



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL**

**“FUNCIONALISMO EN EL SISTEMA PENAL
MEXICANO”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO**

**P R E S E N T A:
FRIDA PAULA LÓPEZ CORNEJO**

**ASESOR:
DR. ROBERTO CARLOS FONSECA LUJÁN**



CIUDAD UNIVERSITARIA, CD.MX., 2024.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/ SP/36/11/2023
ASUNTO: APROBACIÓN DE TESIS**

**M. EN C. IVONNE RAMÍREZ WENCE
DIRECTORA GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.**

La alumna **FRIDA PAULA LÓPEZ CORNEJO**, con No. de Cuenta: 315310108, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del **Dr. ROBERTO CARLOS FONSECA LUJÁN**, la tesis profesional titulada **"FUNCIONALISMO EN EL SISTEMA PENAL MEXICANO"**, que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciada en Derecho.

El profesor **Dr. ROBERTO CARLOS FONSECA LUJÁN**, en su calidad de asesor, informa que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis **"FUNCIONALISMO EN EL SISTEMA PENAL MEXICANO"** puede imprimirse para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna **FRIDA PAULA LÓPEZ CORNEJO**.

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

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

Sin otro particular, agradezco anticipadamente la atención que le dé a la presente solicitud, y aprovecho para enviarle un saludo cordial.

**ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Cd. Universitaria, CDMX. 9 de noviembre de 2023.**

**LIC. ARTURO LUIS COSSÍO ZAZUETA
DIRECTOR DEL SEMINARIO**



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO PENAL

DEDICATORIAS

Al Dr. Roberto Carlos Fonseca Luján, mi asesor, quien me tendió la mano desde el momento en que se lo pedí, apoyándome en todo el proceso de titulación.

A Ubaldo Alberto López Guadarrama, mi padre, quien me mostró y enseñó el camino profesional en la abogacía, para mí es el mejor abogado. Asimismo, agradezco su apoyo incondicional que siempre me demuestra.

A Verónica Cornejo Millán, mi madre, a quien le debo mi crianza, me impulsa a luchar por mis sueños y por quien afirmo que el amor de una madre es irremplazable.

A Ubaldo Emiliano López Cornejo, mi hermano, un ser leal, a quien admiro y le agradezco el apoyarme en mis batallas.

A Carla Victoria López Cornejo, mi hermana, la más pequeña de la familia que ya empieza a cuestionarse las cosas, le agradezco me permite explicarle dejándome ser parte en su proceso de aprendizaje.

A Daniel, Elías, Génesis, Jesús, Josué, Renata, Sabina y Valeria, mis primos, cada uno diferente, razón por la que aprendo de ustedes y me es grata nuestra convivencia.

A Lino Ubaldo López Torres, mi abuelo paterno, que hasta en la eternidad se acordó de mí al decirme a través de un sueño “No dejes de estudiar”, lo recuerdo con amor y le agradezco por siempre haber confiado en mí.

A Joel Cornejo Escamilla, mi abuelo materno, no lo conocí, pero su esencia aún está presente en la familia, su recuerdo vive en mí y en la valentía que tuvo y que me transmitió para querer siempre luchar contra la injusticia.

A Irlanda Guadarrama y Nohemí Millán, mis abuelitas, quienes me demuestran que la mujer es amorosa, fuerte, trabajadora, independiente, inteligente y capaz por sí misma, son un espejo de la mujer poderosa en la que trabajo día a día para convertirme.

A Adriana, Edgar, Hugo, Joel, Juan, Linda y Paola, mis tíos, quienes me dieron sus consejos, opiniones y apoyo en las situaciones que más los necesité, tienen todo mi cariño.

A la Universidad Jaguelónica de Cracovia, Polonia, por aceptarme e instruirme en el Derecho por 6 meses y que durante la estancia tuve la oportunidad de visitar Alemania, Francia, Hungría, República Checa, Italia, además de los múltiples lugares maravillosos de Polonia.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, lugar donde goce de mi derecho a la educación, me aceptó como soy y me dió la oportunidad de formarme en la profesión de mi agrado.

Al pueblo mexicano que costó mi educación desde la preparatoria, es decir 8 años y que, a su vez, sustentó mi intercambio por 6 meses en Cracovia, Polonia.

A la Facultad de Derecho de la UNAM, donde me formaron docentes extraordinarios y muy capaces con el fin de seguir un camino desde la profesión.

“FUNCIONALISMO EN EL SISTEMA PENAL MEXICANO”

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN-----|

CAPÍTULO I

TEORÍA DEL DELITO

1.1 PRINCIPALES SISTEMA PENALES-----	1
1.1.1 SISTEMA PENAL CLÁSICO-----	1
1.1.2 SISTEMA PENAL NEOCLÁSICO-----	12
1.1.3 SISTEMA PENAL FINALISTA-----	15
1.2 EVOLUCIÓN DE LA TIPICIDAD-----	19
1.3 PROGRESO DE LA IMPUTACIÓN-----	27

CAPÍTULO II

FUNCIONALISMO

2.1 INFLUENCIA SISTÉMICA-----	41
2.2 OTRAS INFLUENCIAS-----	60
2.3 TEORÍA NORMATIVA DEL DERECHO PENAL FUNCIONAL-----	63
2.3.1 TIPICIDAD-----	64
2.3.2 ANTIJURICIDAD-----	71
2.3.3 CULPABILIDAD-----	72

CAPÍTULO III

INFLUENCIAS DOGMÁTICAS EN LA LEGISLACIÓN PENAL FEDERAL MEXICANA Y EN FUENTES INTERNACIONALES

3.1 POSTULADOS CONSTITUCIONALES-----	75
3.2 LEGISLACIÓN PENAL SUSTANTIVA-----	81
3.2.1 CÓDIGO PENAL FEDERAL-----	82
3.2.2 LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA-----	84

3.2.3 LEY GENERAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LOS DELITOS EN MATERIA DE SECUESTRO-----	87
3.3 CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES-----	89
3.4 JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES LATINOAMERICANAS-----	92

**CAPÍTULO IV
PERSPECTIVA PRÁCTICA**

4.1 IMPUTACIÓN-----	102
4.2 VINCULACIÓN A PROCESO-----	107
4.3 ACUSACIÓN-----	114
4.4 SENTENCIA-----	123
 CONCLUSIONES-----	 132
PROPUESTA-----	135
BIBLIOGRAFÍA-----	138

INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación es con el fin de obtener mi título de Licenciada en Derecho, después de todo un trayecto en la academia ha llegado el momento en que pueda desarrollarme en el ambiente laboral basándome en los conocimientos obtenidos en la carrera, así como en mis principios, pero siempre persiguiendo la verdad.

Al momento de elegir carrera seleccioné dos opciones, Derecho y Física, gran diferencia entre esas dos ciencias, pero al final opté por Derecho porque siempre me he preocupado por los problemas sociales, por la gente y por querer hacer algo en contra de todas esas injusticias que ocurren día con día en el mundo, así como siempre he tenido presente mi deseo de participar en la Fiscalía que investiga los casos de desapariciones de personas, además de ello, me di cuenta que en cada familia siempre existe una dificultad que requiere de una solución legal.

México, un país con más de 120 millones de personas que llevan a cabo sus actividades en un mundo moderno que evoluciona mediante el uso de la tecnología, los avances científicos, las reformas en el derecho, entre otros cambios, no ha profundizado en la solución de conflictos que corresponden a la materia penal, se ha quedado utilizando una teoría del delito tradicional, en una sociedad ya no tradicional.

Por lo que pienso que, así como cambia la sociedad es como cambia el Derecho y no puede seguir practicándose los postulados de una teoría a una sociedad para la que no fue creada. Existen demasiados casos en los cuales me he percatado que no existió justicia, como lo es el caso de la Guardería ABC donde niños muertos y lesionados fue el resultado de omisiones de propietarios, personal y funcionarios públicos que no les importó la seguridad del lugar.

Otros casos de impunidad como aquellos en donde el secuestrador obtiene su libertad, los servidores públicos se coluden con la delincuencia organizada, la corrupción judicial, el gran número de desaparecidos y todos aquellos en los que se da la preferencia a la corrupción, en lugar de cumplir con la norma.

Refiero que el estudiante de Derecho egresa de la universidad con todo el ánimo de no permitir la impunidad, de impartir justicia, de buscar la verdad, lo cual no debe olvidarse; por lo que reflexionando sobre el sistema penal mexicano, considero que es momento de utilizar una teoría jurídica que supere la teoría del delito finalista con el objetivo de que no exista la complejidad y pueda evolucionar el sistema tradicional a uno actual y con eso “resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito”, como establece el artículo 2 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Por tales motivos decidí como tema de investigación la Teoría Normativa del Derecho Penal Funcional de Günther Jakobs, una teoría jurídica del delito en la cual sí observo un cambio estricto al sistema penal, pues se aleja de actuaciones subjetivas, es decir, la responsabilidad penal ya no depende de las psiques de los seres humanos y mucho menos se sustenta en una finalidad que no puede explicarse en los delitos culposos.

Esta teoría jurídica versa sobre un sistema objetivo y no subjetivo, que corresponde a un sistema de comunicación normativo que fija el rol de la persona, y que se encarga de asegurar las expectativas de la sociedad y continúe la confianza de las personas en la vigencia del Derecho. La investigación consiste en cuatro capítulos que se desarrollan, como sigue:

El primer Capítulo hace referencia a las teorías del delito tradicionales, las cuales desarrollan postulados que terminan recurriendo al ser humano, pues la doctrina italiana en la escuela clásica se fija en el libre albedrío y la voluntad de éste, y en la escuela positiva se mide la peligrosidad conforme las características somáticas y psíquicas del delincuente. Asimismo, la doctrina alemana desde la teoría causalista hace referencia a la causa del comportamiento que se basa en la voluntad del ser humano, la teoría neoclásica refiere a los elementos subjetivos específicos y la teoría finalista recurre a los elementos subjetivos específicos y generales, cuyos últimos elementos consisten en la forma de dolo o culpa con la que intervinieron los sujetos activos.

El segundo Capítulo refiere a las influencias funcionalistas que contribuyeron a la Teoría Normativa del Derecho Penal Funcional, dichas influencias constan en la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann y en los diversos principios jurídicos, éstos son: el principio de división de trabajo, el principio de seguridad jurídica y el principio de utilidad; y, a su vez, establece los postulados sobre los que versa propiamente la Teoría Normativa (teoría funcionalista).

El tercer Capítulo establece la influencia dogmática de la Teoría Normativa del Derecho Penal Funcional en la propia legislación penal mexicana (la Constitución, el Código Penal Federal, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro y el Código Adjetivo Único) y en algunos criterios orientadores latinoamericanos para México, la República de Argentina y la República del Perú.

Y, por último, el cuarto Capítulo refiere la perspectiva práctica de un caso real del estado de Baja California, cuyos datos son confidenciales y modificados en el análisis, con el objetivo de practicar y mostrar los postulados que apoyan a esta teoría jurídica y la solución que propone, dichos postulados se reflejan en el procedimiento penal con la formulación de la imputación, la vinculación a proceso, la acusación y la sentencia.

Esta investigación espero cumpla el objetivo y tengo el deseo que contribuya a un nuevo punto de vista para reducir la impunidad que persiste.

Finalmente quiero exponer que durante mi trabajo me cuestioné diversos casos reales, en los que imperó la injusticia, los engaños y la falsa promesa de acabar con ellos, en no pocas ocasiones porque el sistema es el obstáculo y hasta ahora no hay un cambio claro; afortunadamente creo en la evolución y en las personas que no trasgreden la norma, así como llego a la siguiente conclusión **“No hay incremento de riesgo, no hay delito, no hay responsable y no hay razón para rendir cuentas; hay incremento de riesgo, hay delito, existe responsable y por ende, se tiene que rendir cuentas al sistema”.**

CAPÍTULO I

TEORÍA DEL DELITO

1.1 PRINCIPALES SISTEMAS PENALES

La teoría, distinta a la práctica, consiste en una estructura compleja que integra concepciones filosóficas y determinados principios metodológicos para analizar la realidad o la vida social, es un proceso de estudio de cómo solucionar problemas que surgen en la realidad y durante ese proceso sus ideas también describen la vida social; por ejemplo, algunos problemas de la teoría a tratar consisten en: ¿qué es delito?, ¿qué delito cometió?, ¿quién lo cometió?, ¿cómo lo cometió?, ¿dónde lo cometió?, ¿cuándo lo cometió? y ¿por qué lo cometió? y ¿cómo lo compruebo?

La multiplicidad de cuestionamientos durante toda la vida del ser humano han sido respondidos poco a poco, a través de teorías, las cuales no siempre responden suficientemente. El crear una teoría significa actividad cognoscitiva y que los resultados en el hacer práctico contribuyan a la vida social; su base siempre será aquel contexto histórico y normativo.

Sin mayor preámbulo, la teoría del delito es aquel proceso de estudio bajo diversos pensamientos sobre el delito y la persona que lo comete, en específico esta teoría fue una revolución y por ende transformación en el derecho penal significando un progreso en éste y, asimismo, en el orden social.

1.1.1 SISTEMA PENAL CLÁSICO

La base del sistema penal clásico alemán deriva del pensamiento de dos escuelas italianas; la escuela clásica y la escuela positiva. La venganza primitiva,

como la hoguera, la tortura, la mordaza, los golpes de bastón, la muerte, entre otros, fue el problema o realidad social que había de solucionar durante un periodo teocrático descendente que regía en la Europa de la Edad Media, en específico en Italia.

La ideología italiana de la Escuela Clásica (fundada por César Beccaria y culminada por Francisco Carrara como el padre de la teoría) se desarrolló bajo los principios de justicia absoluta y utilidad social; sus postulados derivan de un Derecho Natural y un Derecho Positivo.

Bajo la concepción del Derecho Natural, la escuela clásica consideró al ser humano con libre albedrío y voluntad; esto significa que tiene la capacidad (la razón) de decidir cómo actuar, lo que sin libre albedrío y voluntad significaba la causa que excluía la responsabilidad penal. También consideró atribuir una responsabilidad moral, es decir, la persona tendría responsabilidad penal porque es un ser social con libre albedrío, por sí mismo sabe lo que está bien o mal, en caso de que la decisión fuese lo malo devendría una responsabilidad penal moral.

La responsabilidad penal moral conllevaría a una pena que seguía el principio de retribución “el mal que hace, era el mal que recibiría”, motivo por el que se considera que no se abolió la pena de muerte, a pesar de que proponía penas proporcionales.¹

No hay que olvidar que esto sucedió después de la Revolución Francesa, un movimiento en busca de libertades para todos, por lo que uno de los puntos de esta teoría consistió en la igualdad de derechos.

La inimputabilidad en los postulados clásicos era aquella incapacidad de elección, que solo tenía efectos en menores de edad, estado de embriaguez absoluta y perturbación mental (relativa o absoluta), por lo que la imputabilidad era lo contrario; o sea, ser capaces de decidir.

Bajo la concepción del Derecho positivo, la escuela clásica consideró que las leyes humanas contenían su fundamento. En este pensamiento se olvidó al

¹ Cfr., Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, 5a. edición, editorial Temis, Colombia, 2016, pp. 57 y 59.

delincuente y su concentración es meramente objetiva, solo se ocupa del delito cometido; Carrara definió al delito como un “ente jurídico”;² esto significa que la esencia del delito es la violación de la ley.

El Código Penal promulgado de 1871³ practicó los postulados de la Escuela Clásica, éste proyectó la definición de Carrara y contempló la pena de muerte:

Art. 92.- Las penas de los delitos en general son las siguientes:

...Fracción X.- Muerte.

Asimismo, la primera fracción del artículo 34 estableció que sin libre albedrío y sin voluntad, no había responsabilidad penal.

Art. 34.-Las circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal por la infracción de leyes penales, son:

1.- Violar una ley penal hallándose el acusado en estado de enajenación mental que le quite la libertad, o le impida enteramente conocer la ilicitud del hecho u omisión de que se le acusa...

16.-....

El gran avance de esta teoría fue el progreso a penas proporcionales y sobre todo a la consideración de la libertad condicional, misma que el citado Código Penal, la contempló como libertad preparatoria:

Art. 74.- A los reos condenados a prisión ordinaria o a reclusión en establecimiento de corrección penal, por dos o más años, y que hayan tenido buena conducta continua por un tiempo igual a la mitad del que debía durar su pena; se les pondrá dispensar condicionalmente el tiempo restante, y otorgarles una libertad preparatoria.

² Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal-parte general*, trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, editorial Temis, vol.1, Bogotá, 1988, pp. 5 (prefacio).

³ Hernández López, Aarón, *Código penal de 1871(código de Martínez de Castro)*, Editorial Porrúa, México, 2000, p.4.

El pensamiento clásico aportó bases fundamentales para la evolución de la ciencia penal, sin embargo, fue sustituida por la Escuela Positiva de César Lombroso y Enrique Ferri, debido al auge de las ciencias naturales. La Escuela Positiva fue antagónica a la Escuela Clásica, nombre que le dio el propio Cesar Lombroso porque lo asimilaba con lo “viejo”.⁴

Ferri concibió al delito como un producto natural que nace por distintos factores sociológicos, antropológicos y físicos. La Escuela positivista se basó en un método-inductivo bajo la experimentación y observación con el fin de investigar el origen del delito y atacarlo desde sus raíces, con apoyo de las ciencias naturales, se analizó los caracteres somáticos y psíquicos del delincuente; todo esto con el fin de producir conocimientos reales y verdaderos.

El pensamiento se enfoca en el delincuente, a quien se le observa como un ser anormal, el delito consiste en un síntoma del estado peligroso del delincuente (persona que cometió el delito), quien es el factor principal del estudio por considerarse el sujeto activo.

La responsabilidad no es moral, sino social, esto es que todo delincuente tiene responsabilidad como miembro de la sociedad y no por su mala intención, siendo necesario defender al resto de la sociedad quienes no son delincuentes, defensa que se hace por medio de la sanción que corresponde al grado de peligrosidad del delincuente y no a la gravedad del hecho; es decir, se sanciona por ser un delincuente y no por lo que se hizo (derecho penal de autor).

La sanción tomó en cuenta el principio de prevención cuyo objeto fue no reprimir a los delincuentes sino prevenir que vuelvan a cometer delitos, sus medidas fueron la readaptación del delincuente y la segregación de los incorregibles, lo cual ofrece una defensa social con el fin de proteger a la sociedad del delincuente y al delincuente de la sociedad, a través de un método educativo con el fin de que no volviera a delinquir.

⁴ “De hecho, el término “antiguo” será el que se utilice por antonomasia a lo largo de muchos siglos para hablar de los autores grecolatinos, hasta que se les atribuya el adjetivo de “clásicos” a finales del siglo XVIII.” García Jurado, Francisco, *Teoría de la tradición clásica. Conceptos, historia y métodos*, UNAM, México, 2016, p. 47. En mi opinión, el adjetivo clásico tiene diversos usos; uno de ellos es el uso de lo clásico con el sentido antiguo.

Nuestro Código Penal de 1929 se orientó por el pensamiento de la Escuela Positiva, algunas disposiciones representan aportaciones significantes que derivan de este pensamiento, como fueron:

- a) Suprimió la pena de muerte
- b) Estableció la sanción como método para “prevenir los delitos, reutilizar a los delincuentes y eliminar a los incorregibles”, a través “de procedimientos de educación, adaptación o curación que su estado” de peligrosidad y “la defensa social” exigían.
- c) Separó en cuatro clases las sanciones de acuerdo con los distintivos del delincuente: “a) delincuentes comunes mayores de 16 años, b) delincuentes políticos, c) delincuentes menores de 16 años y d) delincuentes en estado de debilidad, anomalía o enfermedades mentales.”
- d) Estableció la libertad preparatoria con el objetivo de readaptar al delincuente.⁵
- e) Estableció el principio de defensa social creando un **Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social** para apoyar el buen funcionamiento del régimen penitenciario.⁶

Los principios de defensa social y de prevención en la sanción para controlar la reincidencia, se basó en la experiencia y observación del delincuente, medía la peligrosidad de cada uno con base en caracteres biológicos y sociales como la fisionomía (Lombroso) de la persona o las condiciones de vida del delincuente (Ferri).

La conclusión de la doctrina italiana ocurrió en 1886, casi un siglo después de la primera Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

⁵ “Teja Zabre considera que el Código de 1929 implantó en los textos legales todo el bagaje teórico de los autores y comentaristas de la Escuela Positiva, superpuesto sobre la antigua construcción clásica.” Porte Petit, Celestino, *Evolución legislativa penal en México*, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1965, p. 34.

⁶ “Artículo 182. El menor delincuente que no fuere moralmente abandonado ni pervertido, ni en peligro de serlo y cuyo estado no exija un tratamiento especial, será confiado en situación de libertad vigilada a su familia, mediante caución adecuada, a juicio del Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social”, del Código Penal de 1929 de México.

	Escuela clásica	Escuela positiva
ORIGEN	1856 a 1876	1876 a 1886
EXPOSITORES	César Beccaria, John Howard y Francisco Carrara	César Lombroso y Enrique Ferri
CONCEPTO	El delito es un ente jurídico	El delito es un fenómeno natural y social
ASPECTOS	El comportamiento externo dañoso es un aspecto objetivo y la conciencia, voluntad es un aspecto subjetivo	Su estudio es inseparable del examen del delincuente y de la realidad social de éste.
RESPONSABILIDAD PENAL	Con sentido moral	Con sentido social
PRINCIPIOS	Justicia absoluta y utilidad social	Defensa social
PUNIBILIDAD	El objeto de la pena es el hecho material.	El objeto de la sanción es la peligrosidad del delincuente
EFFECTO DE LA PUNIBILIDAD	La pena tiene efecto de venganza	La sanción tiene efecto de prevención

CONCLUSIÓN	Ambas escuelas contribuyeron a la vida social del ser humano, pensando, la primera, al delito como un ente jurídico y, la segunda, como un fenómeno natural y social, pero ese pensamiento recurre a la persona del delincuente como la base de su estudio, porque la primera afirma a la persona con libre albedrío y voluntad y la segunda con características somáticas y psíquicas que reflejan el estado de peligrosidad del delincuente.
------------	--

Abordada la base del sistema penal clásico alemán, continuará el estudio de la propia **Doctrina Alemana**, cuyo pensamiento surgió con el causalismo o teoría clásica, la cual nació en el siglo XIX, precisamente en el año 1881 con la publicación del “**Tratado de Derecho Penal**” de Franz Ritter Von Liszt.⁷

Von Liszt retomó el pensamiento de la escuela clásica y positiva, utilizando un método naturalístico que empleó en el Código Penal Alemán de 1871 para analizar sistemáticamente la estructura del delito que definió como:

“son hechos antijurídicos que están amenazados con pena privativa de la libertad inferior o con multa”.⁸

y al hecho antijurídico como:

“solo aquel que realice el tipo de una ley penal”.⁹

En la definición del delito colaboró Ernst Beling definiéndolo como conducta típica, antijurídica y culpable. La teoría se llamó causalista pues de

⁷ Von Liszt, Franz, *Tratado de derecho penal*, Valletta ediciones, México, 2007.

⁸ López Díaz, Claudia, Código Penal Alemán de 1871, Universidad Externado de Colombia, Colombia, p. 8, 1998, https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_02.pdf. consultado el 26 de noviembre de 2022, 20:21.

⁹ *Idem*.

acuerdo con el código penal alemán, la única causa de estar amenazado por una pena privativa de la libertad se deberá a aquel que realice el tipo de la ley penal.

La causalidad es la conexión de dos fenómenos; el primero consiste en la causa y ésta condiciona al otro que es el efecto.¹⁰ La causa puede ser de orden físico o de orden moral,¹¹ pero en todo caso generales, no de tipo accidental o particular; puesto que una causa particular deviene de una causa general que la originó y por ende causó un efecto.

Cicerón quiso explicar al destino para entender al mundo, de manera más clara que como lo hacían los estoicos, pues él comprendió al destino con lo que los alemanes llaman "*heimarmene*", esto es una serie de causas, de tal modo que una causa al añadirse a otra que la precede produce por sí una consecuencia, lo cual comprendía el cómo fluye la verdad (la verdad de los acontecimientos), es decir:

"Todo lo que ocurre lo hace por causas precedentes, si es así, todo ocurre por consecuencia del destino; por tanto, resulta que, cuanto ocurre, llega a ocurrir a consecuencia del destino".¹²

En el estudio del delito, la conducta o acción humana se basa en procesos causales que integran la causa y el efecto (causa y consecuencia). La causa (el movimiento corporal) produce por sí un cambio en el mundo exterior (efecto), que se traduce como la lesión a ese bien jurídico, es decir, el delito. La acción tiene un carácter interno; la voluntad, y el carácter externo; la manifestación de la voluntad (la causa).

El estudio de la acción solo se fija en el carácter externo que se integra por el movimiento corporal o la inactividad del sujeto, el resultado que es el efecto en el mundo exterior producido por el movimiento o inactividad del sujeto y, por último, el nexo causal que es la relación de los anteriores. El acto debe

¹⁰ Cfr. Fedorovich Iudin, Pavel y Moisevich Rosental, Mark, *Diccionario filosófico*, Booktrade, Colección abierta, España, 2013, p. 57.

¹¹ Rodríguez Paniagua, José María, *Historia del pensamiento jurídico.1. De Heráclito a la revolución francesa*, Biblioteca Nueva, España, 2013, p. 259.

¹² *Ibidem*, p. 82.

comprenderse como la manifestación de la voluntad que puede constituir una realización u omisión voluntaria de un movimiento del cuerpo.¹³

Dentro del causalismo existió la teoría de equivalencia de condiciones¹⁴ para explicar que son causa todas las condiciones que contribuyeron al resultado y se da equivalencia, ya que si se suprime alguna de las condiciones *sine qua non*, el resultado no se produce, o sea, mientras exista la relación entre el movimiento corporal y el resultado (ambas condiciones *sine qua non*) basta para que pueda imputarse el resultado, pero ante la falta de la relación causal no habría responsabilidad penal.

Hay ausencia del acto u omisión siempre que falte alguno de los subelementos del carácter externo; como lo son la ausencia de conducta, la inexistencia del resultado y la falta de relación causal.

La categoría de la tipicidad como elemento del delito surgió en el causalismo. Orellana Wiarco sugiere que se distinguió la tipicidad del tipo penal, definiendo el tipo penal como aquella “descripción legal de una conducta como delictiva; y la tipicidad, como el exacto encuadramiento de esa conducta al tipo.”¹⁵

En el sistema causalista, la tipicidad es uno de los elementos más importantes del delito, pues tomando en cuenta las definiciones anteriores, es delito aquella conducta que se adecue al tipo establecido en la ley penal y, por consiguiente, puede ser sancionado, en cambio si no existe ese encuadramiento, son atípicas. La tipicidad es el elemento objetivo-descriptivo, no valorativo porque solo describe.

La atipicidad es el no encuadramiento entre la conducta realizada con el tipo penal, el principio “***nullum crimen, nullum poena, sine lege***”¹⁶ es uno de los fundamentos para la atipicidad, pues éste afirma que no hay delito, no hay pena sin una ley, por lo que al no establecer la ley la conducta, no hay delito ni pena.

¹³ Von Liszt, Franz, *op. cit.*, pp.365-367.

¹⁴ Cfr. Orellano Wiarco, Octavio Alberto, *Teoría del delito. sistema causalista, finalista y funcionalista.*, 20a. ed., Editorial Porrúa, México, 2011, pp.14 y 15.

¹⁵ *Ibidem*, p.17.

¹⁶ *Ibidem*, p.20.

La categoría de la antijuricidad consistió en que el acto es contrario a la sociedad, de acuerdo con el fundador del causalismo (Von Liszt); este elemento también fue estudiado por Max Ernst Mayer que en su teoría de las normas de cultura prevé lo antijurídico como “lo contrario a las normas de cultura admitidas por el Estado”.¹⁷

La citada teoría estableció que “cultura” es una comunidad de intereses tutelados por la propia sociedad, con base en ello, “las normas de cultura son órdenes o prohibiciones mediante las cuales una sociedad exige el comportamiento que corresponde a su interés”¹⁸, por lo que al desobedecer las normas de cultura reconocidas por el Estado se configura la **antijuricidad**, esto es, que la conducta típica es contraria a Derecho, siempre y cuando no existe una causa de justificación, que constituye el aspecto negativo de la antijuricidad. Algunas causas de justificación son la legítima defensa, el estado de necesidad, el obrar en cumplimiento de un deber y el consentimiento del ofendido en algunos casos.

La antijuricidad sí cumple una función valorativa de la norma; es decir hay un juicio por el que se resuelve si existe o no una causa de justificación.

La última categoría de lo que ya se conocía como teoría del delito corresponde la culpabilidad, la cual requiere de un presupuesto que consiste en la imputabilidad, como aquella condición que se necesita para estar en posibilidad de atribuir la conducta típica y antijurídica a su autor.

Esa condición consiste en que el sujeto activo debe agotar la capacidad física que es la mayoría de edad y la capacidad psíquica que es estar en aptitud de comprender.

La inimputabilidad es el aspecto negativo y consiste en la ausencia de la capacidad física y psíquica que exige la ley.

¹⁷ Pino Andrade, Edmundo, “Norma y ley, una controversia conceptual”, editorial Cuenca, Ecuador, pp. 13 y 14, 2009, <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/5186/1/08793.pdf>. 28 de noviembre de 2022, 14:33.

¹⁸ Orellano Wiarco, Octavio Alberto, *op.cit.*, p. 26.

En la doctrina clásica la culpabilidad comprendía los elementos subjetivos consistentes en el dolo y la culpa:

- **Dolo:** Elemento subjetivo que abarca un aspecto de conocimiento sobre el hecho típico que se piensa realizar y un aspecto volitivo que consiste en querer hacer esa conducta típica y antijurídica.
- **Culpa:** Elemento subjetivo en el que se actúa sin la intención de causar un daño, sino por imprudencia o negligencia de la conducta deviene como resultado el hecho ilícito. No existe el aspecto volitivo, el cual lo diferencia del dolo.

Así como la tipicidad y la antijuridicidad tienen su aspecto negativo, también la culpabilidad que es la inculpabilidad, la cual refiere las causas excluyentes por las que se podría excluir la responsabilidad penal.

La punibilidad consiste en aquella consecuencia del delito que establece la ley, es decir, la pena.

El sistema causalista no fue perfecto pues al ser un proceso causal objetivista (se percibe a través de los sentidos y se verifica con evidencias) no cumplía el análisis de todos los elementos que describe a los tipos penales, pues algunos requerían de otros elementos (normativos y subjetivos) de tal forma que se necesitaba la implementación de estos.

SISTEMA PENAL CLÁSICO	
APORTACIÓN	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Proceso típico causal-objetivo sin elementos normativos ni subjetivos en el estudio de la tipicidad. ➤ La culpabilidad estudia el dolo y la culpa.
CRÍTICAS	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Necesita de elementos de carácter normativo y de elementos carácter subjetivo específicos porque había delitos que lo requerían.

	➤ Se tenía conocimiento de la tentativa hasta el estudio de la culpabilidad porque el dolo y la culpa se estudiaban en esa categoría, lo cual era tardado y se reclasificaba el delito.
CONCLUSIÓN	Esta teoría, de igual manera contribuyó al trato del fenómeno delito y considera el concepto al ser humano ya que su conducta es la base del fenómeno; es decir, la causa del delito es la voluntad, la voluntad está en el ser humano.

1.1.2 SISTEMA PENAL NEOCLÁSICO

Se originó en 1907, partía de una filosofía neokantiana, sus principales expositores son Reinhar Frank, Hans Albrech Fischer, Augusto Hegler, Max Ernst Mayer y Edmundo Mezger, éste último su principal expositor quien definió al delito como **“la acción típicamente antijurídica y culpable”**.¹⁹

La estructura de este sistema se basa en el estudio de cada elemento citado. La acción (concebida como la conducta que incluye a la omisión) integró un método causal, normativo y valorativo debido al estudio de la conducta desde los elementos objetivos (como en el causalismo), así como también, el estudio de los elementos normativos y de los elementos subjetivos específicos.

La teoría de la adecuación estudió a la acción mejorando la teoría de la equivalencia de las condiciones practicada en el causalismo;²⁰ esta teoría consiste en:

1. Toma en cuenta solo aquellas condiciones idóneas que para la realización del resultado.

¹⁹ Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Hammurabi, Colección Criminalistas perennes, t.I, Buenos Aires, 2010, pp. 169 y 170.

²⁰ Cfr. Jiménez Martínez, Javier, *La filosofía del hecho punible/causalismo-finalismo-funcionalismo y dogmática penal mexicana*, Raúl Juárez Carro Editorial, México, 2010, p. 115.

2. Considera las circunstancias particulares del sujeto activo, por ejemplo, los conocimientos que tenía en el momento de ejecutar los hechos.
3. Con base en tales elementos, el juez resuelve si era esperable el resultado causal.

También se apoyó de la teoría de la relevancia que consistió en que cualquier antecedente indispensable para producir el resultado se hace relevante cuando el comportamiento se adecua al tipo penal.²¹

La tipicidad es la descripción del tipo injusto, integrado por los elementos normativos del tipo y los elementos subjetivos específicos del “**injusto**”.²²

Edmundo Mezger definió los elementos normativos como aquellos datos que para ser determinados requieren de una previa valoración tomada de las normas jurídicas, de la concepción cultural o del arbitrio judicial subjetivo.

Max Ernst Mayer, mencionó que existían en ese entonces, tipos penales que no solo contenían elementos objetivos, sino también aquellos elementos que requieren de una valoración jurídica o cultural previo al estudio de la antijuridicidad (elementos normativos).

Por ejemplo, en el artículo 225 fracción I del Código Penal Federal que tipifica un delito contra la administración pública, se alude al sujeto activo como servidor público siendo éste el elemento normativo que requiere de una valoración.

En la tipicidad se integraron los elementos subjetivos específicos que son los ánimos, fines o intenciones y los elementos subjetivos genéricos (dolo y culpa) se continúan estudiándose como en el causalismo hasta la culpabilidad.

La antijuridicidad cambió por antijuridicidad material, pues ya no solo es aquella contradicción de la conducta que el ordenamiento jurídico establece, ahora significa saber si se está violando el bien jurídico de la forma como lo establece el derecho penal y si requiere o no protección de éste.

²¹ Jiménez Martínez, Javier, *Filosofía, método y sistema del delito en el pensamiento alemán*, Porrúa, México, 2010, p. 116.

²² Entiéndase como injusto, la propia acción típica y antijurídica.

Lo anterior muestra en este sistema neoclásico una relación entre la tipicidad y la antijuridicidad, la cual se basa en dos posiciones:

1. **La teoría indiciaria de la antijuridicidad** atribuyó un valor indiciario a la tipicidad, señala la independencia de la tipicidad y antijuridicidad, pero establece que el simple hecho que una conducta sea típica ya es un indicio de la antijuridicidad.²³
2. **La teoría de la razón de ser de la antijuridicidad** fusionó la tipicidad y la antijuridicidad,²⁴ ya que consideró que el delito constituía una antijuridicidad tipificada, pues, en el delito se describe un hecho antijurídico y por tanto se trata de una injusticia tipificada en la ley.

La culpabilidad los causalistas manejaron una relación psíquica entre el autor con su hecho, la cual integraba los elementos subjetivos el dolo y culpa; sin embargo, los neoclásicos incorporan el juicio de reproche o valoración para establecer si la conducta juzgada (acción u omisión) es culpable o no.

El reproche se dirige al autor que realizó el hecho ilícito, basándose en la exigibilidad del ordenamiento jurídico penal; es decir se le considera merecedor de la pena por no haberse conducido de acuerdo con lo que el ordenamiento jurídico penal le exigió:

Para determinar la culpabilidad se requiere de cuatro elementos:

1. Imputabilidad. (ya no actúa como presupuesto de la culpabilidad)
2. Existencia de dolo o culpa.
3. Exigibilidad de otra conducta (juicio de reproche).
4. Ausencia de causas de inculpabilidad.

En este sistema neoclásico hubo autores que no estaban ya de acuerdo en que los elementos subjetivos se estudiaran hasta la categoría de culpabilidad, pues por tal motivo la tentativa no podía ser determinada, subsistiendo el mismo

²³ *Ibidem*, p. 118.

²⁴ Mezger, Edmundo, *op. cit.*, pp. 337-341.

problema que se tuvo en el sistema penal clásico, pues hasta la culpabilidad se podía saber si el delito había consistido en tentativa, volviendo a estudiar el delito desde el principio y a reclasificar, en varias ocasiones daba lugar a la impunidad. La solución al problema consistiría en estudiar al dolo y a la culpa desde la tipicidad, significando esto el paso al finalismo.

SISTEMA PENAL NEOCLÁSICO	
APORTACIÓN	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Proceso típico causal-normativo-valorativo ➤ Antijuricidad material ➤ Elementos que requieren de valoración jurídica ➤ Elementos subjetivos de carácter específico (ánimos, fines o intenciones). ➤ La culpabilidad estudia el dolo y la culpa.
CRÍTICAS	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Persiste el problema respecto a la tentativa, debido a que el dolo y la culpa se estudiaban hasta la culpabilidad. ➤ Se necesita la reubicación del dolo y de la culpa.
CONCLUSIÓN	El sistema neoclásico estructuró la teoría del delito, siguió considerando al ser humano y además incrementó su consideración a éste debido a la implementación de elementos subjetivos específicos, recurriendo con mayor vigor al sujeto al indagar en su pensamiento.

1.1.3 SISTEMA PENAL FINALISTA

Esta teoría surge con la obra “**Derecho Penal Alemán**”,²⁵ publicada por Hans Welzel, quien se nombró el padre de la teoría finalista que se basa en el fin o

²⁵ Welzel, Hans, *Derecho penal alemán. Parte General*, 4a ed, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, editorial jurídica de Chile, Chile, 2002.

fines que el autor del delito tuvo al momento de exteriorizar una conducta contraria a Derecho.

El fin es aquella “anticipación ideal, en la conciencia, de un resultado hacia el que se orienta la actividad”;²⁶ en tal sentido, Welzel mencionó que “la finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su actividad, proponerse por tanto fines diversos y dirigir su actividad conforme a su plan.”²⁷

Dicho concepto, subjetivista, recae en la actividad del ser humano y la actividad consiste en cumplir el fin o fines, mediante la voluntad, provocando un resultado que corresponde a la anticipación ideal cumplida.

Los elementos del pensamiento finalista son la acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

La acción presupone la existencia de la psique en el ser viviente y al mismo tiempo la voluntad constituye la condición básica de que aquella surja, todo comportamiento dependiente de la voluntad humana consiste en una acción finalista, es decir, la voluntad implica a su vez una finalidad, pues no existe acto que no vaya dirigido a un fin.

En el sistema penal finalista para cumplir con el fin está compuesto por una fase interna que radica en la proposición de un fin; es decir, el pensamiento planea cómo, con qué medios y cuáles son los efectos para cumplir la meta, y una fase externa que es la realización de la planeación de la fase interna mediante la voluntad materializándola en el exterior.

La tipicidad en este sistema penal se integra por una parte objetiva y una parte subjetiva; la parte objetiva consiste en la conducta prohibida materializada, integrada por los elementos objetivos del acto y del autor, cuyo resultado consta en una lesión o un peligro al bien jurídico tutelado.

²⁶ Fedorovich Iudin, Pavel y Moisevich Rosental, Mark, *op.cit.*, p. 161.

²⁷ Welzel, Hans, *op. cit.*, pp. 39-44.

Según Díaz Aranda, los elementos objetivos del acto se integran por la acción de ejecución, los medios, las formas de ejecución (armas, autos, bombas.) y otras modalidades como el tiempo y el lugar.²⁸ Conforme a lo anterior, los elementos objetivos en el delito de violación a la intimidad sexual,²⁹ contenido en el artículo 199 octies del Código Penal Federal actual, lo constituyen la entrega o recepción en determinado momento y lugar del video o audio que revele el contenido íntimo.

Los elementos objetivos del autor son las características o condiciones externas del sujeto activo; por ejemplo, en los delitos cometidos por servidores públicos, la característica principal que le da la norma al autor es que sea un “**servidor público**”.

En la parte subjetiva del tipo se ubican los elementos subjetivos genéricos (dolo y culpa) y los elementos subjetivos específicos (ánimos, fines o intenciones); siendo la aportación del finalismo el estudio del dolo y la culpa en la tipicidad, dejando de ser analizados en la categoría de culpabilidad sin modificar la aportación del sistema clásico y neoclásico y solo reubicar el estudio de dichos elementos subjetivos genéricos.

Díaz Aranda refiere con base en Hans Welzel, que el dolo tiene una “voluntad tendiente a la realización típica” y una “voluntad capaz de la realización del tipo”,³⁰ en tal sentido, dolo es aquel elemento subjetivo por medio del cual se dirige el comportamiento humano a partir de la voluntad, con conocimiento del resultado y de cómo ejecutarlo. Por otra parte, Hans Welzel constató que la culpa es “la voluntad de acción que no se dirige al resultado típico realizado”;³¹ es decir, el actuar sin intención y sin la diligencia debida puede causar un resultado dañoso, previsible, contrario a la ley y sancionado por ésta.

²⁸ Cfr. Díaz-Aranda, Enrique, *Cuerpo del delito, probable responsabilidad y la reforma constitucional de 2008*, UNAM, México, 2010, p. 13.

²⁹ “Artículo 199.- Comete el delito de violación a la intimidad sexual, aquella persona que divulgue, comparta, distribuya o publique imágenes, videos o audios de contenido íntimo sexual de una persona que tenga la mayoría de edad, sin su consentimiento, su aprobación o su autorización. Así como quien videografe, audiografe, fotografíe, imprima o elabore, imágenes, audios o videos con contenido íntimo sexual de una persona sin su consentimiento, sin su aprobación, o sin su autorización. Estas conductas se sancionarán con una pena de tres a seis años de prisión y una multa de quinientas a mil Unidades de Medida y Actualización.” Código Penal Federal, artículo 199.

³⁰ Díaz-Aranda, Enrique, *op.cit.*, p. 14

³¹ *Ibidem*, p. 13.

La antijuricidad es aquel juicio de valor por el que se establece que la conducta materializada es contraria a la norma, a partir de que no existen las causas de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, consentimiento del ofendido).

La culpabilidad es el juicio de reproche por medio del cual se atribuye el injusto al autor, sus elementos en el finalismo son: la imputabilidad, el conocimiento de la antijuricidad y la exigibilidad de otra conducta.³² La imputabilidad ya no actúa como presupuesto de la conducta como lo hacía en el sistema penal clásico o causalista, sino constituye un elemento en la categoría de culpabilidad.

SISTEMA PENAL FINALISTA	
APORTACIÓN	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Proceso típico causal finalista ➤ Reubicó al dolo y a la culpa para su estudio en la tipicidad, junto con los elementos subjetivos específicos.
CRÍTICAS	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Ausencia de la finalidad en la culpa pues en los delitos culposos aquella no dirige el proceso causal. ➤ Límite vago entre culpa y dolo eventual (conflicto con las graduaciones de la culpabilidad) ➤ Analiza la teoría del error, es decir, el error de hecho (error de tipo) y error de derecho (error de prohibición), en la culpabilidad.
CONCLUSIÓN	En el sistema finalista no existió colaboración distinta, continúa su enfoque en el ser humano y en su pensamiento como causa del fenómeno delito.

³² Daza Gómez, Carlos, *Teoría general del delito. Sistema finalista y funcionalista*, 5a. ed., Flores editor y distribuidor, México, 2009, p.39.

1.2 EVOLUCIÓN DE LA TIPICIDAD

La tipicidad es una categoría común en la teoría del delito causalista, neoclásica y finalista que se ha modificado en cada una de éstas, pudiendo afirmarse que la evolución de la teoría del delito ha sido la evolución de la tipicidad.

Su origen ocurrió en el sistema penal clásico o causalista alemán por Ernst Ludwing Beling quien se inspiró en Karl Binding, su aportación consistió en la doctrina del “TATBESTAND”, término alemán, que propició una sólida categoría de la tipicidad.

La doctrina del Tatbestand según Beling abarcaba el conjunto de presupuestos de la penalidad (acción, antijuricidad y culpabilidad), su maestro Karl Binding identificó al Tatbestand como “el supuesto de hecho que describe la ley”³³ (presupuesto jurídico).

El Tatbestand empleó un doble sentido; un sentido procesal y un sentido material; el primero se relacionaba al concepto de *corpus delicti* (los requisitos que son necesarios para dar por realizado el delito: objeto del delito y su prueba) y el segundo como “género conceptual de un grupo de delitos”.³⁴ Beling agregó mayor significado ya que ésta era más que una descripción fáctica y algo distinto a un grupo de delitos.

El Tatbestand presentó dos problemas; la denominación y la traducción; respecto a su denominación, éste significó “supuesto de hecho” y en la época de Beling indicaba “el conjunto de elementos del delito” (acción, antijuricidad y culpabilidad), el cual desplazó al cuerpo del delito en cuanto al objeto del delito; en realidad el Tatbestand expresa lo factico y lo normativo; es decir, plasmó los elementos del suceso (supuesto de hecho), así como los aspectos del hecho

³³ Sánchez Ostiz, Pablo, “La herencia de un clásico: Beling y la doctrina del <Tatbestand>”, *Anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales*, ISSN 0210-3001, v. 71, núm. 1, Universidad de Navarra, España, 2018, p.126, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2018-10012100143. 12 febrero de 2023, 12:20.

³⁴ *Ibidem*, pp.127-128.

descritos en la ley (presupuesto normativo). En términos generales; el Tatbestand pasó del hecho a la norma.

Su traducción fue confusa, debido a que el término alemán Tatbestand al traducirse al castellano se definió como “tipo” pero implica tanto un suceso como la norma (supuesto de hecho y presupuesto jurídico al que se refiere la ley).

El concepto Tatbestand en la teoría del delito le impactaron las exigencias del principio liberal de legalidad y por tanto operó como indicio de la antijuricidad de la conducta, referido solo a elementos objetivos y externos.

La conexión de la tipicidad con las categorías de antijuricidad y culpabilidad perfeccionan la distinción conceptual entre Tatbestand y Typus, ya que la antijuricidad plasma el desvalor externo de la acción y la culpabilidad su desvalor interno, insistiendo que el tipo no solamente tiene una función descriptiva, sino valorativa descriptiva, es decir la tipicidad viene a seleccionar los ámbitos de lo antijurídico y designa los elementos caracterizadores de una determinada clase de delito, de entre los cuales corresponde al Tatbestand sus elementos externos, de manera tal que en el Typus está integrado el Tatbestand.

Hasta este momento, la categoría tipicidad involucra al principio de legalidad y a la función sistemática; la primera con el fin de evitar la arbitrariedad que se derivaría respecto la definición de los delitos, aunque no era la única idea liberal garantista, ya que existía el principio de Von Feuerbach.³⁵

La función sistemática establece la distinción entre los aspectos externos y los aspectos internos. Además, existió un sentido metodológico, a través del cual el Typus se asoció a la descripción legislativa de cada delito que originó al Tatbestand legal, o sea, el contenido abstracto de un comportamiento que permite referirse al mismo delito.

³⁵ “Nullum crimen...sine lege, y otros”. Cfr. *Ibidem*, pp.134-135.

Además, es de recordar el incipiente constitucionalismo inglés en la época feudal “Ningún hombre libre debe ser capturado y encarcelado, o expoliado, o proscrito, o desterrado, o en ningún caso dañado si no es ante un legítimo tribunal de sus iguales y según la ley del país”. (año 1036 d.C.). Cfr. Ullmann, Walter, *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, 5a. ed., Ariel, España, 2004, p.143.

En el ámbito procesal la idea del Tatbestand sitúa su entendimiento en el objeto de enjuiciamiento, el cuerpo del delito y al delito; su fin son las consecuencias jurídicas sobre las que se pronuncia la resolución de fondo, consistente en si el inculpado es culpable, de acuerdo con la “cuestión de la culpabilidad”.³⁶

Ernst Beling concluyó que se comprendiera la tipicidad como un elemento constitutivo, como la descripción de la acción u omisión, como la imagen objetiva o externa del delito; la antijuricidad sería el juicio valorativo. Por lo tanto, la herencia de Beling como uno de los fundadores del causalismo alemán fue la integración del nuevo elemento a la estructura del delito: la tipicidad.

Los problemas de denominación y traducción se transmitieron al legislador mexicano; recordemos que el ordenamiento adjetivo penal mexicano de 1880 hizo referencia que el **“hecho u omisión que la ley reputa como delito”**³⁷ debe comprobarse, luego en el código procesal penal de 1894 apareció **el concepto de cuerpo del delito**³⁸ como aquellos elementos que pudieran comprobarlo; el código procesal de 1909 refirió a los elementos que constituyen **el hecho delictuoso**, los cuales debían estar justificados con el fin de comprobar **el cuerpo**

³⁶ En la cuestión de la culpabilidad se incluyen, por tanto, todas las circunstancias que condicionan la culpabilidad, lo son: existencia de una acción; tipicidad; antijuricidad y aspecto negativo; culpabilidad y aspecto negativo, con sus formas de dolo y culpa; las condiciones objetivas de punibilidad; las causas personales de exclusión y de levantamiento de la pena; causas de elevación y moderación de la pena; la cuestión de hecho, la cuestión de Derecho y el contenido de las disposiciones legales aplicables en abstracto, dentro del que se cuenta el sentido de las características del tipo legal. Cfr. Sánchez Ostiz, Pablo, op.cit., pp.138-139.

³⁷ “Artículo 121.- La base del procedimiento criminal es la comprobación de la existencia de un hecho o la de una omisión que la ley reputa delito: sin ella no puede haber procedimiento ulterior.” Código de Procedimientos Penales de 1880 (subrayado añadido).

“Artículo 122.- Todo juez que adquiriera conocimiento de que se ha cometido un delito, si el objeto material sobre el cual ha sido cometido existe, deberá hacer extender una acta en el que se describan minuciosamente los caracteres y señales que presente la lesión, o los vestigios que el delito haya dejado, el instrumento o medio con que probable o necesariamente haya debido cometerse, y la manera en que se haya hecho uso del instrumento o medio para la ejecución del delito. El objeto sobre que éste haya recaído se describirá de modo que queden determinadas su situación y cuantas circunstancias puedan contribuir a indagar el origen del delito, así como su gravedad y los accidentes que lo hayan acompañado. Esta acta se llama de descripción.” Código de Procedimientos Penales de 1880 (subrayado añadido).

³⁸ “Artículo. 82.- El agente de la policía judicial que practicare las primeras diligencias, y el juez que tome conocimiento del negocio, deberán ante todo procurar comprobar el cuerpo del delito como base de la averiguación.”

“Artículo 83.- Cuando el objeto materia del delito exista, se le describirá minuciosamente expresando con toda claridad los caracteres, señales o vestigios que el delito haya dejado, el instrumento o medio con que probable o necesariamente haya podido cometerse y la manera como aparezca que se ha hecho uso de ese medio o instrumento. Se fijarán también todas las circunstancias de situación y localidad, y aquellas que puedan servir para la averiguación de la verdad, está diligencia se llama descripción.”

“Artículo 84.- Además de la descripción, se levantará un acta de inventario en la que se harán constar todos los objetos que puedan tener relación con el delito, describiéndose cada uno de manera que en cualquier tiempo pueda ser identificado. También se anotarán aquellos que por cualquier motivo deban asegurarse.”

“Artículo 85- Todos los objetos inventariados deberán encerrarse dentro de una cubierta, caja o pieza, según sean susceptibles de ello. Las sustancias que se recogieren, que hayan podido servir como medio para la comisión del delito, se colocarán en vasijas cerradas y selladas.” Código de Procedimientos Penales de 1894 (subrayado añadido).

del delito;³⁹ vemos como los elementos del hecho delictuoso (supuesto de hecho o Tatbestand) se equiparan al concepto de cuerpo del delito, equiparación que se reitera al atribuir al juez amplia facultad para obtener las pruebas necesarias con el fin de acreditar éste.

Por su parte, el código adjetivo penal de 1929 estableció que: si **el cuerpo del delito** no señalaba la prueba especial, se justificaría por **los elementos materiales** de la infracción, lo que advierte el predominio del concepto cuerpo del delito, pero también ya se equipara con elementos materiales.

El Código Federal de Procedimientos Penales de 1934, uno antes que el vigente, señaló que **el cuerpo del delito** se comprueba una vez “esté justificada la existencia de **los elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso según lo determine la ley**”⁴⁰ y mientras no se tuviese una comprobación especial, de lo que se observa que persiste una equiparación de los conceptos cuerpo del delito y hecho delictuoso y también se agregan elementos materiales sin existir una distinción clara, lo que advierte la presencia de los problemas de denominación y traducción que presentó el Tatbestand. Fue hasta la reforma legal del 27 de diciembre de 1983 que se determinó que **el hecho delictuoso es la descripción de la conducta**, la cual se conforma **por elementos y su comprobación es el cuerpo del delito**; vemos que el hecho delictuoso y el cuerpo del delito ya no se equiparan, por el contrario, existe una clara diferencia que consiste en que el hecho delictuoso es la descripción de la conducta, la cual se ubica en la ley penal (tipos penales). Mientras que su comprobación es el cuerpo del delito, lo cual implica una cuestión procesal.⁴¹

³⁹ “Artículo. 107.- La existencia de un hecho u omisión que la ley repute delito, será la base del procedimiento penal. Luego que estén justificados los elementos que constituyen el hecho delictuoso, según lo define la ley penal, se tendrá por comprobado el cuerpo del delito.”

“Artículo 128.- Para la comprobación del cuerpo del delito, el juez gozará de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estime conducentes, según su criterio, aunque no sean de los que define y detalla la ley, siempre que esos medios no estén reprobados por ésta.” Código Federal de Procedimientos Penales de 1908 (en vigor el 5 de febrero de 1909, subrayado añadido).

⁴⁰ “Artículo 168.- El funcionario de policía judicial y el tribunal, en su caso, deberán procurar ante todo que se compruebe el cuerpo del delito como base del procedimiento penal.”

“El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando éste justificada la existencia de los elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso según lo determine la ley penal, salvo los casos en que tenga señalada una comprobación especial”. Código Federal de Procedimientos Penales de 1934 (subrayado añadido).

⁴¹ “Artículo 168 reformado. - El funcionario de policía judicial y el tribunal, en su caso, deberán procurar ante todo que se compruebe el cuerpo del delito como base del procedimiento penal.”

La citada reforma dejó pendientes de cuáles eran los elementos que conformaban la descripción de la conducta o hecho delictuoso, a lo cual se comprendió que la descripción se ubicaba en el tipo penal considerando que estos diferían respecto a la doctrina; por ejemplo en la teoría clásica la componen los elementos objetivos, en el sistema neoclásico incluyó a los elementos normativos y subjetivos específicos y en el sistema finalista engloba a todos estos y a los elementos subjetivos genéricos (el dolo y la culpa).

A partir de ello, existió desacuerdo respecto a los elementos que conformaban la descripción cuya solución fue la reforma constitucional y del código adjetivo en 1993, sustituyendo el concepto **cuerpo del delito por el concepto de elementos del tipo penal**.⁴² En la reforma se impuso la doctrina finalista cuyo enfoque había sido la integración del dolo y la culpa en la tipicidad, diferencia notable respecto de las otras teorías que los estudiaban hasta la culpabilidad.

En consecuencia, se tenía que acreditar plenamente los elementos del tipo penal, en el entendido de que se otorgaron amplias facultades de allegarse de pruebas al Ministerio Público.⁴³

Otra reforma al código adjetivo sucedió el 18 de mayo de 1999 la cual dejó en desuso la categoría de **elementos del tipo penal y regresó al concepto de cuerpo del delito**, pero sobre todo retornó a una equiparación ya que la

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hechos delictuosos, según lo determine la ley penal.

Se entenderá para ello, en su caso, a las reglas especiales que para dicho efecto previene este Código". Código Federal de Procedimientos Penales de 1934 (texto según reforma del 27 de diciembre de 1983, subrayado añadido).

⁴² "Artículo 168.- El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:"

- I. "La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;"
- II. "La forma de intervención de los sujetos activos; y"
- III. "La realización dolosa o culposa de la acción u omisión."

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

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

"Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley." Código Federal de Procedimientos Penales de 1934 (texto según reforma del 10 de enero de 1994, subrayado añadido).

⁴³ "Artículo 180.- Para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad el indiciado, el Ministerio Público y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que estos medios no sean contrarios a derecho". Código Federal de Procedimientos Penales de 1934 (texto según reforma del 18 de mayo de 1999, subrayado añadido).

definición que había dado a elementos del tipo penal ahora la atribuyó al cuerpo del delito.⁴⁴

Por cuanto al marco constitucional tenemos que el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 **no se refirió al “cuerpo del delito” sino lo identificó como el hecho que la ley sancionaba con una pena corporal.**⁴⁵ El texto original estableció que el hecho relevante debía estar acreditado.⁴⁶

En el artículo 19 constitucional **sí se contempló el “cuerpo del delito”**, el cual debía quedar comprobado plenamente para pronunciar el auto de formal prisión.⁴⁷

En la reforma de 3 febrero de 1983, los artículos 16 y 19 constitucional no cambiaron respecto al tema que nos interesa **subsistiendo la figura del “cuerpo del delito”**.

En la reforma constitucional de 1993 sí existió modificación al artículo 16 que consistió en **acreditar los elementos del tipo penal.**⁴⁸ También, el artículo 19 constitucional se reformó y se sustituyó **cuerpo del delito por los elementos del tipo penal;**⁴⁹ fue la reforma al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos

⁴⁴ “Artículo 168.- El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.”

“Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera”. Código Federal de Procedimientos Penales de 1934 (texto según reforma del 18 de mayo de 1999, subrayado añadido).

⁴⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917.

⁴⁶ “Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.” Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917 (texto según reforma del 3 de febrero de 1983, subrayado añadido).

⁴⁷ “Artículo 19.- Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado.” Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917 (texto según reforma 3 de febrero de 1983).

⁴⁸ “Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal, y la probable la responsabilidad del indiciado”. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917 (texto según reforma 3 de septiembre de 1993, subrayado añadido).

⁴⁹ “Artículo 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder el término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan

Penales en 1993 visto anteriormente que explicó cuáles eran los elementos que integraban el tipo penal y respecto del cual ya dijimos que adoptó la doctrina finalista.

La reforma de 1999 al artículo 16 constitucional **regresó al término “cuerpo del delito”**;⁵⁰ asimismo, el artículo 19 lo incorporó dicho término,⁵¹ y como vimos anteriormente la definición del cuerpo del delito se equiparó a elementos del tipo penal.

Se reformó la constitución en 2008 para integrar el sistema penal acusatorio se prescindió tanto del concepto “cuerpo del delito” como a los “elementos del tipo” y en su lugar **se estableció al “hecho que la ley señale como delito”**. Los artículos 16 y 19 constitucionales presentan al “hecho que la ley señale como delito”, texto aún vigente”:⁵²

Artículo 16. [...]

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión....

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión....

Independientemente de la ausencia de los conceptos “cuerpo del delito” y “elementos del tipo penal” considero que aún subsiste tácitamente porque la constitución al establecer: “el hecho que la ley señale como delito”, significa el

datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpaado será sancionada por la ley penal”. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917 (texto según reforma del 3 de septiembre de 1993, subrayado añadido).

⁵⁰ “Artículo 16 segundo párrafo: No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado”. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917 (texto según reforma del 8 de marzo de 1999, subrayado añadido).

⁵¹ “Artículo 19.-Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado”. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917 (texto según reforma del 8 de marzo de 1999, subrayado añadido).

⁵² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 16 y 19 (texto según reforma de 2008).

regreso al concepto de Karl Binding quien entendió al Tatbestand como un presupuesto jurídico; es decir, supuesto de hecho que describe la ley (Tatbestand).

Recordemos que el Tatbestand se empleó con un doble sentido; procesal y material; el primero que se refiere al supuesto fáctico o elementos del suceso y el segundo que se refiere al supuesto normativo o elementos del hecho descritos en la ley. También debe de recordarse el sentido metodológico del concepto Tatbestand mediante el cual se identificaba con la descripción legal de cada delito.

Finalmente recordemos que la legislación más fiel a la doctrina alemana del Tatbestand fue la reforma al Código Federal de Procedimientos Penales en el año de 1983 que le dio ese trato de doble sentido al Tatbestand; identificando con lo procesal al cuerpo del delito y con lo material a los elementos del tipo; lo que advierte la adopción del sentido metodológico de dicha doctrina.

Actualmente confirma lo expuesto nuestro Código Nacional de Procedimientos Penales que en sus artículos 311 y 316 establecen los requisitos del hecho que la ley señala como delito y que sirven para acreditar la existencia o no del delito.⁵³ Ante lo cual, no podemos negar un análisis indispensable a los

⁵³ “Artículo 311.- Procedimiento para formular la imputación .- Una vez que el imputado esté presente en la audiencia inicial, por haberse ordenado su comparecencia, por haberse ejecutado en su contra una orden de aprehensión o ratificado de legal la detención y después de haber verificado el Juez de control que el imputado conoce sus derechos fundamentales dentro del procedimiento penal o, en su caso, después de habérselos dado a conocer, se ofrecerá la palabra al agente del Ministerio Público para que éste exponga al imputado el hecho que se le atribuye, la calificación jurídica preliminar, la fecha, lugar y modo de su comisión, la forma de intervención que haya tenido en el mismo, así como el nombre de su acusador, salvo que, a consideración del Juez de Control sea necesario reservar su identidad en los supuestos autorizados por la Constitución y por la ley.”

“El juez de control a petición del imputado o de su defensor, podrá solicitar las aclaraciones o precisiones que considere necesarias respecto a la imputación formulada por el Ministerio Público.”

“Artículo 316.- Requisitos para dictar el auto de vinculación a proceso.- El juez de control, a petición del agente del Ministerio Público, dictará el auto de vinculación del imputado a proceso, siempre que:

- I. Se haya formulado la imputación;
- II. Se haya otorgado al imputado la oportunidad para declarar;
- III. De los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprendan datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Se entenderá que obran datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito cuando existan indicios razonables que así permitan suponerlo, y
- IV. Que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito.”

“El auto de vinculación a proceso deberá dictarse por el hecho o hechos que fueren motivo de la imputación, el Juez de control podrá otorgarles una clasificación jurídica distinta a la asignada por el Ministerio Público misma que deberá hacerse saber al imputado para los efectos de su defensa.” Código Nacional de Procedimientos Penales (texto vigente).

“El proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un hecho delictivo distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación si fuere conducente.” Código Nacional de Procedimientos Penales (texto vigente).

elementos del tipo penal y su comprobación a pesar de que sea a través de datos de prueba.

Por último, Venustiano Carranza con el fin de que solo el Estado pudiera limitar la libertad cuando el ciudadano cometiera un delito, manifestó:

“El amparo y protección del individuo, o sea de las diversas unidades de que se compone el agregado social...el primer requisito que debe llenar la Constitución Política tiene que ser la protección otorgada, con cuanta precisión y claridad sea dable, a la libertad humana, en todas las manifestaciones que de ella derivan de una manera directa y necesaria, como constitutivas de la personalidad del hombre.”⁵⁴

1.3. PROGRESO DE LA IMPUTACIÓN

Es de manifiesto que no se puede atribuir cualquier conducta a una persona, sino solo aquella que cumpla con el objeto del derecho y con el fin, objeto y reglas generales de la norma de conducta.

El derecho penal tiene como objeto garantizar la observancia de la norma penal con el fin de proteger bienes jurídicos, a través de los mandatos y prohibiciones; los medios para su protección son la amenaza de pena, su imposición y la ejecución de ésta.

La amenaza de pena pretende reprimir el comportamiento infractor de la norma penal, su imposición persigue una “finalidad preventiva”:⁵⁵ el que no desiste de cometer alguna infracción de la norma penal, debe de ser motivado con la amenaza de un mal para que desista.

⁵⁴ Díaz-Aranda, Enrique, *Cuerpo del delito, probable responsabilidad y la reforma constitucional de 2008*, UNAM, México, 2010, p. 57.

⁵⁵ Schünemann, Bernd, *El sistema moderno del derecho penal-cuestiones fundamentales*, 2a edición, editorial IB de f, Montevideo, 2012, p. 82.

Otro fin de la imposición de la pena es confirmar que la norma fue infringida y así estabilizar la confianza en el observar de las leyes penales. Los modos de operar de la imposición corresponden al modo preventivo general que asegura la vigencia fáctica y normativa a la sociedad,⁵⁶ y un preventivo especial que lleva al infractor al respeto y observancia de la norma penal.

Por cuanto, a la ejecución de la pena, esta consiste en la forma para que el infractor respete las normas, la cual plantea una resocialización para reforzar sus modelos normativos de comportamiento.⁵⁷

La única posibilidad de renunciar a la pena son las condiciones objetivas de punibilidad y causas de exclusión de ésta, debido a que existen situaciones preponderantes que se oponen a la protección preventiva de bienes jurídicos, que hacen la pena innecesaria.

Por otro lado, las normas penales de conducta se dirigen a los ciudadanos con la finalidad de evitar lesiones a bienes jurídicos por sus comportamientos; Larenz manifestó que el destinatario de las normas penales es el ser racional, la persona;⁵⁸ por lo que la materia de prohibiciones o de mandatos es la acción imputable objetivamente al autor capaz de conducir el proceso causal.

El objeto idóneo de las normas penales de comportamiento consiste en su peligrosidad o su adecuación para la salvación y deja a la persona en “posibilidad de omitirlas a causa de su peligrosidad o de realizarla a causa de su aptitud para la salvación.”⁵⁹

De acuerdo con lo anterior, “la prohibición de una determinada acción se debe a su peligrosidad para un determinado bien jurídico”,⁶⁰ así como el consentimiento de una conducta ilícita se fundamenta solo por las posibilidades de salvación de otros bienes jurídicos que se encontraban amenazados y que la norma tome en cuenta la salvación o la peligrosidad de esto.⁶¹

⁵⁶ La vigencia entiéndase que el hecho y la norma que lo contiene continúen vigentes y son observables.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 87.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 90.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 89.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 89 y 90.

Asimismo, es posible “el incumplimiento de un mandato a aprovechar una posibilidad de salvación”, ya que al realizarse se generarían peligros y la norma valoraría más éstos que “las posibilidades de salvación”.⁶²

La regla general de las normas de conducta exige al infractor su obrar con dolo de lesión o de peligro; la excepción es el obrar lesivo o de peligro de modo imprudente.

Los presupuestos de la norma de sanción junto a la norma de conducta son la reprochabilidad individual que es la imputabilidad y el conocimiento potencial de la antijuricidad.⁶³ La existencia de tales presupuestos configura la infracción que, a su vez, es el presupuesto necesario para la sanción estatal.

Entre los pensamientos sobre la imputación destacan:

El pensamiento aristotélico que manifestó que “el ser humano, o se ordena por naturaleza a la comunidad o no es tal ser humano, de donde deviene que la infracción de la norma se ha de imputar a su mala conducta.”⁶⁴

El pensamiento de Thomas Hobbes con su teoría empirista determinó la funcionalidad del pensamiento anglosajón en los conceptos de Derecho, Derecho penal e imputación; sobre esta última manifestó que la imputación subjetiva servirá como criterio para apreciar la desviación de la conducta respecto a la norma y como medio para graduar la pena.

Luego de ello existió un giro en el pensamiento europeo con Kant y Rousseau, sobre su idea respecto al derecho de libertad desde la Revolución francesa, en el que el obrar libre se definió como acto de aplicación de una regla que se hace presente, de una ley válida con carácter general, por tanto, podemos establecer que las conductas eran validadas conforme la norma.

Kant mencionó que la personalidad moral no es otra cosa que la libertad de un ser racional bajo leyes morales (bajo las leyes de la libertad) y en

⁶² *Ibidem*, p. 90.

⁶³ *Ibidem*, p. 84.

⁶⁴ Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Cuaderno civitas, España, 2000, p. 72.

consecuencia la imputación en sentido moral es el juicio en virtud del cual alguien es considerado como autor de una conducta que desde ese momento se denomina hecho y se encuentre bajo la ley. A partir de esto, este juicio valorativo se basa en la persona que realizó la conducta desaprobada por la ley.

La imputación subjetiva logró su independencia en la fundamentación del derecho penal; el delito es ruptura objetiva y subjetiva, de la relación jurídica de reconocimiento, en segundo lugar, la imputación subjetiva se integra a la relación jurídica como presupuesto independiente. Aunque, Hegel consideró que en la imputación subjetiva la conducta desaprobada solo puede ser imputada como culpabilidad de la voluntad.

Ahora bien, la imputación es un juicio de atribución de responsabilidad, y corresponde a una estructura con base en las categorías de conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

Existen diversos niveles de imputación:

Primero, la imputación personal del comportamiento externo necesita de la fuerza para la conducción consciente del comportamiento externo que provocó la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido o generó la posibilidad de salvación.

La imputación objetiva del comportamiento antinormativo exige atribuir el comportamiento de peligro para el bien jurídico protegido, desaprobado por la norma de conducta. Sus presupuestos son una perspectiva del comportamiento, el saber de la infracción, “la acción realizada se muestre peligrosa para el bien jurídico protegido” o “la acción omitida aparezca como apropiada para salvar dicho bien” y “la creación de peligro esté jurídicamente prohibida” o “la posibilidad de la salvación, esté jurídicamente mandada”, todo lo cual constituye el desvalor de la acción.⁶⁵

Asimismo, se integra el desvalor de la intención; es decir, en los **delitos dolosos**, el autor conozca y quiera causar el resultado típico mediante la realización

⁶⁵ Schünemann, Bernd, *op.cit.*, p. 93.

de la acción peligrosa u omisión, y en los **delitos culposos** que el peligro de la conducta ejecutada o la salvación de la conducta omisa fuesen previsibles.⁶⁶

La imputación objetiva de los resultados del hecho injusto para la punibilidad exige que “la peligrosidad anti-normativa”⁶⁷ de la conducta del autor sea plasmada en el resultado de peligro concreto o en la lesión de un bien jurídico y, complementariamente, que este resultado de peligro o lesión a un bien jurídico pueda imputarse objetivamente al autor, es decir, es necesario que en el resultado se actualice el peligro que conlleva el comportamiento del autor, por lo cual fue prohibido el comportamiento por el legislador.

Y en la imputación individual del comportamiento anti normativo exige que el autor bajo su capacidad motive su conducta conforme al orden normativo, omitiendo el peligro de la conducta prohibida o realizando la acción mandada para la salvación, por lo que lo primordial es el poder individual de actuar de otro modo de cómo actúa el autor y debe de determinar si le era exigible en la situación fáctica una motivación normativa.⁶⁸

El derecho a sancionar del Estado está validado constitucionalmente por el fin de proteger bienes jurídicos, siempre que sea “un medio adecuado, necesario y proporcionado para combatir las lesiones de dichos bienes”⁶⁹ y ello motiva la presencia de los niveles de imputación.

La evolución de la teoría de la imputación parte del cuestionamiento de cómo deslindar el hecho del acontecer fortuito, actualmente el problema se ha limitado a la atribuibilidad de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, es decir, a quién se atribuye dicha lesión o puesta en peligro, pero también se ha incluido “las formas peligrosas del comportamiento, en las que se fundamenta la producción del resultado.”⁷⁰

⁶⁶ *Ibidem*, p. 94.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 95.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 92-96.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 97.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 121 y 122.

Lo anterior significa que “la causación imputable de un resultado se basa en la creación de un riesgo asimismo imputable”,⁷¹ lo que constituye la producción de un comportamiento peligroso, de tal manera, los **elementos** de la **imputación penal** consisten en un comportamiento peligroso (acción u omisión), en la creación de un riesgo y un resultado que constata el riesgo.

Por tanto, la imputación penal comprende la atribución de un resultado que se basa en la atribución de un riesgo y éste, a su vez, se basa en la imputación personal e individual; todo lo cual consiste en la imputación a título de injusto.

Se recuerda que la función del derecho penal es proteger bienes jurídicos, a través de normas de comportamiento, lo cual constituye una finalidad preventiva, pero también “el derecho penal actúa represivamente por la vía de la desaprobación y la creación de instancias de satisfacción para la víctima.”⁷²

De ese carácter represor también surgen motivos para establecer normas de comportamiento, como son: un “posible resultado de lesión o puesta en peligro y la creación de un riesgo para la víctima por un comportamiento peligroso”,⁷³ las cuales son motivos de desaprobación.

De acuerdo con lo anterior, la acción delictiva se prohíbe “a causa de la posibilidad real de lesión o puesta en peligro del bien jurídico”,⁷⁴ ese comportamiento peligroso constituye el injusto de hecho que comprende las clases de injusto de la conducta (acción u omisión), de injusto del riesgo (peligrosidad) y de injusto del resultado.

El injusto de la conducta y el injusto del riesgo integran el injusto de la acción o de la omisión y éste es el objeto de la norma de prohibición y de mandato (norma de conducta). El riesgo creado que consuma un resultado de lesión o de peligro constituye el injusto de resultado, lo que se equipara al injusto objetivo⁷⁵ de un sujeto que en los delitos dolosos pretende “la causación del resultado típico de

⁷¹ *Ibidem*, p. 122.

⁷² *Ibidem*, p. 124.

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 125.

⁷⁵ Entiéndase por injusto objetivo la relación del riesgo entre acción y resultado, incluyendo su producción de este último.

lesión o de peligro a través de una conducta peligrosa”⁷⁶ y en los delitos imprudentes “la peligrosidad del comportamiento debe ser subjetivamente previsible para el autor”.⁷⁷

El injusto subjetivo comprende los elementos subjetivos genéricos (dolo y culpa) que corresponde a la imputación personal e individual del riesgo, elementos que son relevantes para la culpabilidad y se limita a la creación de riesgos adecuados-idóneos, y en el sentido estricto de poder actuar de otro modo.

Dicho injusto subjetivo o imputación personal e individual del riesgo constituye una de las bases para arribar a la imputación objetiva del resultado, por tanto, la imputación exige una relación del injusto subjetivo con el injusto objetivo,⁷⁸ pues a falta de ella; es decir, aquella acción riesgosa resultaría impune.

En síntesis, “el riesgo doloso-idóneo (riesgo del plan) junto con “el riesgo real”⁷⁹ son equivalentes e imputables en términos estrictamente objetivos, ya que dan lugar a un hecho doloso consumado.

Por último, se recuerda que en la función protectora de bienes jurídicos que le corresponde al derecho penal, también se considera el estado de la persona(titular del bien jurídico) lesionada o puesta en peligro; de ello, surge una pretensión de protección por parte del afectado.⁸⁰

De esta manera, en la doctrina de la imputación, la norma que prohíbe el peligro debe concebirse a partir de una doble vista, es decir del lado del autor que obra, como desde el lado de la víctima que se ve amenazada, lo cual da origen a pautas valorativas a partir del “desvalor de la conducta como del desvalor de la peligrosidad”.⁸¹

⁷⁶ *Ibidem*, p. 129.

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ El autor debe crear a sabiendas con conocimiento de la antijuricidad y de modo reprochable, un riesgo jurídicamente relevante (adecuado, que incremente el riesgo, que este abarcado por el fin de protección de la norma), que se realice de modo adecuado a la acción en el resultado.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 135.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 126 y 127.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 127.

Ahora bien, para el análisis del progreso de la categoría de la imputación en la normatividad penal mexicana comenzaré con la figura de la “probable responsabilidad” contenida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su texto aprobado de 1917.

En el artículo 16 establece que para la responsabilidad del indiciado del hecho relevante (el hecho que la ley sancionaba con una pena corporal) bastaba con el señalamiento de persona digna de fe o de suposiciones que lo incriminaran.⁸² Por su parte, el artículo 19 constitucional, mencionó que una vez se haya comprobado el cuerpo del delito, se hacía probable la responsabilidad del acusado.⁸³

Dichos artículos practicaron, de alguna manera la atribución del hecho relevante como forma de imputación, cabe señalar que el Código Federal de Procedimientos Penales expedido el 16 de diciembre de 1908 no figuraba la probable responsabilidad, así como tampoco figuró en el código expedido el 30 de agosto de 1934.

En la reforma de 1983 al texto constitucional, no tuvo cambios respecto al tema que nos compete, pues el artículo 16 y 19 siguió contemplando la comprobación del cuerpo delito para su probable responsabilidad, asimismo la falta de previsión de la probable responsabilidad continuaba en el Código Federal de Procedimientos Penales.

En 1993, se tuvo otra reforma a los artículos 16 y 19 constitucionales; el primero estableció que se necesitan datos para acreditar “los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado”⁸⁴ y, el segundo

⁸² “Artículo 16.- No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación a querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata”. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917 (subrayado añadido).

⁸³ “Artículo 19.- Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917 (subrayado añadido).

⁸⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917, artículo 16 (texto según reforma del 3 de septiembre de 1993).

mencionó que esos datos deben ser suficientes para acreditar “los elementos del tipo penal del delito que se **impute** al detenido y hagan probable la responsabilidad”.⁸⁵

Los citados artículos revelan una confusión legislativa, ya que en primer lugar se plantea una diferencia entre elementos del tipo penal y elementos de la probable responsabilidad, y en segundo término se hace probable la responsabilidad acreditando los elementos del tipo penal del delito. De igual manera, se destaca el uso del término **imputación** con la frase “elementos del tipo penal que se impute al detenido”⁸⁶, lo cual parece una diferencia entre imputación y probable responsabilidad.

Dicha confusión, se aclaró por la reforma al Código Federal de Procedimientos Penales de fecha 10 de enero de 1994, que estableció cuales son los elementos de la probable responsabilidad.⁸⁷

En su texto, el artículo 168 fracción I, establece lo que identifiqué como imputación objetiva, y en su fracción III se observa la imputación personal e individual del riesgo; ambas fracciones indican la imputación a título de injusto ya abordada. Asimismo, en el penúltimo párrafo se exige estudiar las causas de licitud (causas de justificación o de exclusión), las cuales consisten en la posibilidad de actuar de otro modo que no sea el camino del riesgo (imputación a título de culpa).

⁸⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917, artículo 19 (texto según reforma del 3 de septiembre de 1993, negritas y subrayado añadido)

⁸⁶ *Idem.*

⁸⁷ “Artículo 168.- El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad del inculcado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:”

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

II. “La forma de intervención de los sujetos activos; y”

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

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

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

“Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.” Código Federal de Procedimientos Penales de 1934 (texto según reforma de 10 de enero de 1994, subrayado añadido).

En la reforma de 1999 a los artículos 16 y 19 constitucionales, continuaba la afirmación de que se hacía probable la responsabilidad del indiciado acreditando el cuerpo del delito.⁸⁸⁸⁹

Posterior a la citada reforma constitucional en fecha 18 de mayo de 1999 se reformó el artículo 168 el Código Federal de Procedimientos Penales, que estableció que la probable responsabilidad se conformaba con la participación en el delito, el dolo o la culpa y la ausencia de alguna causa de licitud o excluyente de culpabilidad.⁹⁰

De lo cual se logra referir que se agregó el término participación, pero creo que dicho término engloba la imputación objetiva; y subsistieron la imputación personal e individual del riesgo (dolo y culpa, así como las causas de licitud o excluyentes de culpabilidad (imputación a título de culpa).

De ambas reformas anteriores se observa que no hay diferencia, más que la de redacción, aunque es importante mencionar que la última reforma no puede comprenderse sin acudir a la disposición de 1994.

Por último, la reforma constitucional de 18 de junio de 2008 con la entrada del proceso penal acusatorio al sistema penal mexicano, se eliminaron las figuras cuerpo del delito y probable responsabilidad, ya que en el artículo 16 se estableció

⁸⁸ "Artículo 16.- No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado". Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917 (texto según reforma 8 de marzo de 1999, subrayado añadido).

⁸⁹ "Artículo 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo, y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado". Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917 (texto según reforma 8 de marzo de 1999, subrayado añadido).

⁹⁰ "Artículo 168.- El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos."

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

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

"El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley". Código Federal de Procedimientos Penales de 1934 (texto según reforma de 18 de mayo de 1999, subrayado añadido).

la comisión de “un hecho que la ley señale como delito”⁹¹ y la existencia de “la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”.⁹²

En el artículo 19 constitucional se aludió a la “**IMPUTACIÓN**” al señalar que para un auto de vinculación a proceso se necesita tomar en cuenta “el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”.⁹³

Dichos artículos muestran la figura de la **IMPUTACIÓN**, que doctrinariamente comprende la atribución a la persona del resultado, imputación del riesgo y la imputación personal e individual del riesgo, de un hecho típico, antijurídico y culpable. Agrego que desde 2008 a la actualidad no se ha tenido reforma alguna respecto a la imputación en los artículos 16 y 19 constitucionales.

Finalmente se unificaron los códigos adjetivos estatales y se expidió el Código Nacional de Procedimientos Penales publicado el 5 de marzo de 2014, en éste único código adjetivo se preponderó el término “imputación”.

En la primera parte del proceso conocida como la audiencia inicial se lleva a cabo la formulación de imputación que se definió como “la comunicación que el Ministerio Público efectúa al imputado, en presencia del Juez de control, de que desarrolla una investigación en su contra respecto de uno o más hechos que la ley señala como delito”.⁹⁴

En esta etapa la función del Ministerio Público es exponerle al imputado “el hecho que se le atribuye, la calificación jurídica preliminar, la fecha, lugar y modo de su comisión, la forma de intervención que haya tenido en el mismo, así como el nombre de su acusador”.⁹⁵

⁹¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917, artículo 16 (texto vigente según reforma de 18 de junio de 2008, subrayado añadido)

⁹² *Idem.*

⁹³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917, artículo 19 (texto vigente según reforma de 18 de junio de 2008, subrayado añadido)

⁹⁴ Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014, artículo 309 (texto vigente).

⁹⁵ Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014, artículo 311 (texto vigente).

En tal sentido, las frases: “hecho que la ley señala como delito” (artículo 309) y “exponga al imputado el hecho que se le atribuye” (artículo 311) se debe entender como la imputación objetiva del resultado a título de injusto. Es decir, en esa comunicación se atribuye el hecho, atribubilidad que es el principal cuestionamiento de la categoría “imputación”; por tanto, concluyo que **la imputación establecida por el texto legislativo debe apegarse a la imputación penal.**

CAPÍTULO II

FUNCIONALISMO

Günther Jakobs define el derecho penal funcional como “aquella teoría según la cual el derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad”.⁹⁶

Para su entendimiento el derecho penal es un subsistema parcial contenido en el sistema social sociedad.

Desde la perspectiva funcionalista el sistema social sociedad es un sistema de comunicación,⁹⁷ una comunicación que la percepción social adopta y que no refiere a la conciencia individual (sujeto-sistema psíquico); es decir, la sociedad opera bajo el sentido que configuran las comunicaciones, en el derecho esas comunicaciones son a través de normas, a su vez, dichas comunicaciones constituyen la identidad de la sociedad porque proyecta su expectativa.

Por tanto, las normas son la orientación del actuar de los miembros de la sociedad, es decir, de personas que desempeñan un rol en sociedad, de manera que la infracción a la norma es delito, lo que significa la afirmación que contradice la norma,⁹⁸ es decir una comunicación defectuosa, una perturbación o un conflicto social.

La prestación del subsistema derecho penal es actuar frente a cualquier perturbación social o cualquier hecho que quebrante la norma penal. El derecho penal funcional ya no actúa frente a lesiones de bienes jurídicos como en la tradicional escuela causalista, neoclásica y finalista; sino ante comunicaciones defectuosas o quebrantamiento del rol.

⁹⁶ Polaino-Orts, Miguel, *Funcionalismo penal constitucional. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2016, p. 33.

⁹⁷ Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Cuadernos Civitas, España, 2000, p. 12.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 18.

El funcionalismo soluciona los problemas sociales, por lo que, la función del derecho penal consiste en solucionar la infracción a la norma, restableciendo la vigencia de la norma,⁹⁹ lo cual lleva a cabo por medio del proceso penal.

Las expectativas de la sociedad, como la representación más oficial del rol, están garantizadas por la norma y van dirigidas a portadores de un rol (personas o titulares de derechos y obligaciones); de acuerdo con Günther Jakobs al quebrantar su rol los portadores defraudan las expectativas de la sociedad contenidas en la norma, siendo el quebrantamiento del rol el requisito mínimo de la defraudación a la norma para que exista una comunicación defectuosa que denomina conducta objetivamente defectuosa.¹⁰⁰

En ese sentido, cada persona debe respetar su rol, así como la responsabilidad que porta; la estructura del rol se basa en dos aspectos, el aspecto formal en el cual se identifica a cada uno en el mundo social bajo la etiqueta misma del rol y el aspecto material que comunica los derechos y deberes. El cumplimiento del rol es lo funcional, y el incumplimiento es lo disfuncional, de manera que se imputa responsabilidad por el quebrantamiento del rol (comunicación defectuosa).

El quebrantamiento del rol conlleva una pena. El fin de la sanción es confirmar la contradicción de la norma y restaurar la comunicación que en su momento se quebrantó,¹⁰¹ siendo la pena la respuesta del derecho penal para cumplir su función de mantener la identidad social y así cumplir su finalidad de respetar la vigencia de la norma, lo que se considera como funcional, es decir, lo justo ante cualquier infracción a la vigencia de la norma jurídica que haya sido ejecutada.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 19.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 55.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 28.

2.1 INFLUENCIA SISTÉMICA

Influencia es aquella acción o efecto de influir, influir es que algo o alguien produzca sobre otra cosa o persona ciertos efectos; se considera que es un actuar que ejerce fuerza moral para lograr los efectos, resultados o direcciones que propone.

Sistema es aquel conjunto de elementos relacionados entre sí que constituyen una determinada formación íntegra.¹⁰² Niklas Luhmann estableció que sistema es aquella distinción que el propio sistema hace de sí mismo y del entorno,¹⁰³ es decir lo que sea entorno no es sistema y viceversa, siempre operando en conjunto porque sin entorno no hay sistema.

Dicho lo anterior, la Teoría Normativa del Derecho Penal Funcional tuvo influencia de la teoría de los sistemas sociales que plantea un conjunto que constituye la formación íntegra del sistema social sociedad, la cual parte de la distinción sistema/entorno para las diversas observaciones y descripciones que Luhmann ocupó en su creación.

Niklas Luhmann, doctor en sociología, fundador de la teoría de los sistemas sociales, trabajó aproximadamente 30 años en la teoría de los sistemas sociales, iniciada por Talcott Parsons quien fue su maestro en la Universidad de Harvard en los EE. UU. Su obra más importante es conocida como “la sociedad de la sociedad”, en la que se explica de manera general la teoría sistémica o teoría de los sistemas sociales.

La teoría sistémica planteó el estudio de la sociedad como sistema social, en la que empleó diversas categorías para la comprensión de ésta, pues con las categorías se constituyeron los esquemas de distinción que la teoría ocupa para la especificación de su objeto de estudio que es el funcionamiento de todos los

¹⁰² Fedorovich Iudin, Pavel y Moisevich Rosental, Mark, *op. cit.*, p.357.

¹⁰³ Luhmann, Niklas, *La sociedad de la sociedad*, trad. de Javier Torres Nafarrete, editorial Herder, México, 2007, pp. 42 y 43.

subsistemas que, al interactuar entre sí, conforman el sistema social (sociedad), así como promueven el orden social a través de la comunicación.¹⁰⁴

Esta teoría surge por la ausencia de una explicación sobre la evolución de la sociedad desde el punto de vista de la sociología, ya que se podía observar como la sociedad iba cambiando; sin embargo, la sociología carecía de una explicación respecto los cambios experimentados por la sociedad. Era una sociedad moderna sin razón de ser por la rama sociológica, a pesar de que esta se encarga de estudiar a la sociedad, es decir, la sociología presentaba una crisis.

Las circunstancias que caracterizan una vida moderna pero también constituyen una evolución con nuevos riesgos para ésta, radican en que engloban una red de comunicaciones, procesos educacionales, científicos, artísticos, moda en expansión, epidemias virales transportadas por aviones, computadoras contagiadas por virus, así como, decisiones de un hemisferio que podían afectar las condiciones de campesinos.¹⁰⁵

Al buscar una posible solución, varios de los sociólogos acudían a los clásicos sin entender los grandes cambios de la sociedad. Los filósofos reflexionaron sobre los fenómenos propios de la sociedad; la teoría sociológica al estar excluida de los desarrollos teóricos careció de argumentos para el comienzo de una teoría general, lo que fue un gran problema durante la evolución, ya que lo que observaba, ya no era lo que ocurría, esto consistió un obstáculo derivado de la tradición, lo que significó propiamente la crisis a que me he referido y lo cual detonó a que cada quién realizara una teoría propia.

Talcott Parsons, sociólogo estadounidense, creó su propia teoría del sistema general de la acción, en la cual el sistema social integrado por elementos culturales, sociológicos, psicológicos y orgánicos tiene la función de guiar la acción al intervenir dichos elementos en ésta.

Esta teoría no superó los obstáculos que impedían determinar el objeto llamado sociedad, los cuales fueron:

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. XXX.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. VIII.

1. "Que la sociedad está constituida por hombres concretos y por relaciones entre seres humanos".
2. "Que la sociedad se establece a través del consenso de los seres humanos, de la concordancia de sus opiniones y de la complementariedad de sus objetivos".
3. "Que las sociedades son unidades regionales, territorialmente delimitadas".
4. "Y que, las sociedades pueden observarse desde el exterior como grupos de seres humanos o como territorios".¹⁰⁶

Luhmann superó dichos obstáculos al distinguir tres grandes sistemas que constituyen la base de su teoría epistemológica: el sistema social a través de la comunicación, el sistema psíquico mediante la conciencia y el sistema orgánico que refiere a los seres vivos.

Talcott Parsons explicaba desde el individuo y su acción, cuando lo que se necesitaba era una teoría que explicara a todo el fenómeno social desde el punto de vista de toda la sociedad y evitar los obstáculos que derivaban de lo tradicional, para pasar a una sociedad radicalmente antihumanista,¹⁰⁷ antirregionalista y constructivista.¹⁰⁸

La postura de Luhmann fue completamente distinta a la clásica, en su teoría sistémica "la sociología tiene como objeto de estudio a la sociedad",¹⁰⁹ sistema social que comprende todas las comunicaciones.¹¹⁰

La comunicación es la base de todo funcionamiento del sistema social (sociedad) y no puede reducirse a la voluntad de los seres humanos que, sin desvalorizarlos, ya no los considera como "*componente de la sociedad*" sino como

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 11 y 12.

¹⁰⁷ Luhmann en su teoría sistémica renunció al concepto SUJETO a quien denomina sistema psíquico, también se apartó del marco sociológico común y del pensamiento social que constituía la ACCIÓN como base de todo fenómeno social, esto lo hizo porque la acción no solo se encuentra en la sociología, sino que los mismos sistemas sociales realizan acciones para la conexión de sus comunicaciones. Dicha separación es una vertiente radical porque Luhmann fue contra el propio sistema, lo que varios sociólogos no pudieron lograr.

¹⁰⁸ Entiéndase una sociedad cuyo componente no son los seres humanos, ni tampoco los espacios territoriales en los que se encuentran, sino una sociedad como sistema social construida por la comunicación, ya que la comunicación será quien comunica y no los seres humanos.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. XXVII.

¹¹⁰ *Idem*.

condición de posibilidad de la misma”,¹¹¹ ya que el sistema psíquico es la condición para hacer posible la comunicación, pues “la sociedad no puede pensarse sin comunicación, pero tampoco la comunicación sin sociedad”.¹¹²

“La comunicación es la única operación estrictamente social porque es el único fenómeno que permite el establecimiento de una relación social entre los individuos”,¹¹³ por lo que para la teoría de los sistemas la única labor es la observación de las comunicaciones de los observadores sociales (sistemas sociales).

La comunicación es una operación autopoietica,¹¹⁴ ya que por sí misma se encarga de comunicar autorreproduciéndose, es decir que, al concluir una comunicación, se genera otra. La comunicación consiste en el saber y no-saber, pues todos los participantes deben intervenir con un saber y no saber. La comprensión de la comunicación se presenta por 3 selecciones que actúan conjuntamente, éstas son:

- Información,
- Darla-a-conocer, y
- Entenderla.

La información que consiste en aquella selección de entre varias posibilidades; darla-a-conocer refiere el cómo se da a conocer, lo que implica que existen varias formas para hacerlo (oral, escrita, signos, gestos). El entendimiento es aquella diferencia que existe entre dar a conocer y la información, lo que es a través de la conectividad de la comunicación.

En general, “la comunicación es una cierta manera de observar al mundo pasando por la distinción específica de información y darla a conocer”.¹¹⁵ Dicha distinción debe comunicar que ella misma es una comunicación, haciendo énfasis en quién y qué es lo que ha dado a conocer para que pueda comunicarse, con el fin

¹¹¹ *Ibidem*, p.6 (subrayado añadido).

¹¹² *Ibidem*, p. 3.

¹¹³ *Ibidem*, p. XXX.

¹¹⁴ La autopoiesis proviene del biólogo chileno Humberto Maturana, su etimología consiste en dos vocablos de origen griego “auto” que significa a sí mismo y “poiesis” que se traduce como creación, esto es, que los seres vivos pueden producir y reproducir por sí mismos los elementos que los integran. En tal sentido, el sistema social autopoietico produce sus propias operaciones elementales (autorreproducción).

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 50.

de continuar otra comunicación (autopoiesis); es decir, la comunicación contiene un doble sentido que consiste en “la aceptación o rechazo de la oferta contenida en la comunicación”,¹¹⁶ la cual no pertenece al proceso de comunicación, sino que da lugar al inicio de otra comunicación. Bajo esta operación la comunicación se autorreproduce.

Bajo la teoría sistémica la sociedad moderna es un sistema social cuya descripción consiste en que “hace uso de la comunicación, activa las relaciones sociales y se expone a la observancia en la sociedad”.¹¹⁷ Su carácter es “la automatización funcional y la clausura operativa de sus sistemas parciales más importantes”¹¹⁸ (la familia, la política, la religión, la economía, la ciencia, el arte y el derecho).

La automatización funcional consiste en que sus sistemas parciales quedan en libertad de autorreproducirse y de autoorganizarse, a través de la comunicación.

La clausura operativa del sistema significa que solo se puede establecer el sistema total (sociedad) en sus sistemas parciales, a través de las influencias estructurales de su “*forma de diferenciación*”,¹¹⁹ por tanto, la sociedad es aquel sistema social que lo abarca todo e incluye a todos los demás sistemas parciales.

En conclusión, las características de la teoría sistémica son:

- Distinción de 3 sistemas:
 - Biológico
 - psíquico,
 - social
- Percepción del sistema social como un sistema DIFERENCIADO en las sociedades modernas (sistemas parciales).
- Carácter autorreferencial o autopoietico de los sistemas sociales.¹²⁰

¹¹⁶ *Ibidem*, p. X.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 5.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 26.

¹¹⁹ Niklas Luhmann establece que para la distinción entre distintos sistemas de referencia se utiliza el análisis de la teoría de la diferenciación sistémica, en la cual la sociología remite a los sistemas sociales y también al sistema omnicomprensivo de la sociedad. *Cfr.* Luhmann, Niklas, *¿Cómo es posible el orden social?*, trad. de Pedro Morandé Court, Herder, México, 2009, pp. 21 y 26. (subrayado añadido).

¹²⁰ La categoría *autorreferencia*, tuvo una evolución, primero en los años 50's era la autorreferencia o autoorganización, ya que entendía a los sistemas sociales como “entidades capaces de laborar sus propias estructuras”; luego, en los años 70's se sustituyó “la referencia a la *estructura*” por “una referencia a la *unidad del sistema*”, esto es, un sistema autopoietico que

Estos sistemas autopoieticos se caracterizan por operar clausuradamente y consideran que, para su reproducción, diferenciación y establecer vínculos con su entorno necesitan de la categoría autorreferencia.

El operar clausuradamente de los sistemas autopoieticos consiste en que el operar de la sociedad es a través de comunicaciones mientras se repiten y anticipan recursivamente otras comunicaciones. Entendiendo por recursividad la conclusión de una operación y la posibilidad de comenzar otra.

Los sistemas sociales tienen como condición necesaria la categoría autodescripción que consiste en el desarrollo de su descripción de sí mismo, esto significa reconocer lo perteneciente y lo no perteneciente al sistema, con el fin de aplicar en su propia autopoiesis.

Los sistemas sociales son “sistemas constituyentes y constituidos por sentido”;¹²¹ lo que significa que el sentido es producido por la comunicación, la cual va siendo posible “al delimitarla de lo no perteneciente”; la limitación del sentido establece la razón de “complejidad entre el sistema/entorno”.¹²²

Dicha complejidad es reducida por el sentido porque obliga a la selección de otras posibilidades, éstas otras posibilidades se mantienen para ser realizadas posteriormente, por lo que tal reducción y conservación de la complejidad da lugar al sentido y consecuentemente a la comunicación.

La categoría de sentido es información que necesita generar información para darle sentido de información. El procesamiento de información como problema tiene como función ordenar recursiones (operaciones) y producirse recursivamente.

Luhmann estableció para la orientación de la teoría la categoría de **observación** que es la propia distinción;¹²³ esto ayudó a comprender que los sistemas sociales también observan y se autoobservan (el proceso de observación).

produce sus elementos (operaciones elementales). Cfr. Luhmann, Niklas, *La sociedad de la sociedad*, trad. de Javier Torres Nafarrete, editorial Herder, México, 2007, p. IX.

¹²¹ Toda operación de la sociedad ocurre con *sentido*, es un producto de las operaciones que lo usan y éste se produce en el momento que las operaciones lo requieran. Este concepto Niklas Luhmann lo conservó en su teoría, pero sin que éste tuviera referencia al sujeto, si no a la reducción y conservación de la complejidad.

¹²² *Ibidem*, p. XI.

¹²³ *Ibidem*, pp. XIV y XV.

El observador decide las ideas con el que están contruidos estos sistemas autopoiéticos,¹²⁴ actúa como “tercero excluido de su observar”¹²⁵ debido a que el observador al observar no puede verse a sí mismo observando, es lo inobservable.

Todo observar depende de distinciones (ya no se habla de objetos), por ello “el mundo es tan rico en sentido”,¹²⁶ ya que puede reconocerse todo lo señalado bajo otras distinciones. En lo distinguido es posible otra distinción, la diferencia sistema/entorno se da en 2 ocasiones; primero, “como la distinción producida por el sistema y como la distinción observada dentro del sistema”¹²⁷ (*re-entry*).

Luhmann también cambió el término cosa por la categoría **forma (autorreferencia desplegada en el tiempo)**, de ésta se puede establecer que el sentido (reducción y conservación de la complejidad/distinción) es el medio por el que se imprimen formas.¹²⁸ Bajo la distinción medio/forma se orienta “el trato de la comunicación”,¹²⁹ mediante la cual se reproducen los sistemas sociales.

El lenguaje se considera una “forma impresa”¹³⁰ sobre el medio del sonido y también un medio para imprimir palabras y frases.

La distinción es la transformación más profunda de la teoría sistémica, se hace a través de formas, las cuales se consideran marcas de la diferencia que aclara el lado en el que se dice encontrarse. El lado de la forma es el otro lado del otro lado.

Siempre se debe partir “del lado señalado y se necesita tiempo para una operación posterior: tanto para permanecer en el lado designado como para atravesar el límite que constituye la forma”¹³¹ que es la distinción misma en cuanto que señala un lado o el otro.

¹²⁴ Los sistemas psíquicos (seres humanos) manejan operaciones en forma de observación que permiten diferenciar al sistema del entorno, independientemente de que la operación sea dentro del sistema, esto es que se distingue entre autorreferencia y heterorreferencia.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 48.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 37.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 28.

¹²⁸ *Ibidem*, p. XII.

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 39.

¹³⁰ *Idem*.

¹³¹ *Ibidem*, p. 41.

Cuando señala la forma un lado de “la distinción bajo el presupuesto de que hay otro lado simultáneamente definido” existe la superforma que es “la forma que distingue a la forma de cualquier otra cosa”.¹³²

La forma al procesar distinciones procesa la distinción base de la teoría sistémica que es el sistema/entorno, como cuando el sistema/entorno constituye los dos lados de una forma (no pueden estar sin ser referidos el uno con el otro). El sistema y el entorno tienen autonomía; pues en el sistema se producen comunicaciones (pertenencia y no pertenencia) y el entorno es el resto, es decir, lo que no produce comunicaciones (lo que no pertenece), pero la autonomía¹³³ no es sinónimo de independencia: “El entorno alcanza su unidad sólo a través del sistema y solamente en relación al sistema”.¹³⁴

En conclusión, la teoría sistémica “utiliza la distinción sistema/entorno como forma de sus observaciones y descripciones; pero para poder hacerlo debe distinguir esta distinción de otras distinciones”¹³⁵, y para poder operar debe formar un sistema.

Luhmann adoptó diversas categorías que devienen del sociólogo Talcott Parsons, como la categoría de contingencia (lo que puede o no suceder) y la doble contingencia como lo que hace probable la conservación de un sistema cuya esencia es problemática e improbable (algo lo hizo suceder y es portador de mucha información), lo cual es importante porque “los sistemas sociales se inician en la doble contingencia y se mantienen mientras logren coordinar las contingencias”¹³⁶ o, lo que puede o no ocurrir.

Luhmann se apoyó de una tesis de improbabilidad que establece que los sistemas sociales reducen la complejidad (organizan) y, al mismo tiempo, son improbables; cualquier tipo de orden implica mayor improbabilidad; pero un suceso improbable no ocurre por azar, si no que algo lo hizo acontecer y por tanto es

¹³² *Ibidem*, p. 42.

¹³³ Compréndase por autonomía que los sistemas pueden distinguirse a sí mismos de su entorno, lo que ocurre como operación en el mismo sistema, las operaciones son posibles como operaciones de un sistema desde su lado interno, pero también el sistema puede operar como observador de la forma.

¹³⁴ Daza Gómez, Carlos *et al.*, *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günter Jakobs*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2007, p. 157.

¹³⁵ Luhmann, Niklas, *La sociedad de la sociedad*, *op. cit.*, p. 43.

¹³⁶ *Ibidem*, p. XII.

portador de mucha información. Dicha tesis permite acercarse a los fenómenos sociales desde el entendimiento de su improbabilidad y la observación de lo improbable remite al cuestionamiento ¿cómo es posible?,¹³⁷ por lo tanto, imposibilita la explicación fácil y colabora para ubicar “el problema de investigación sociológicamente relevante”.¹³⁸

La reducción y conservación de la complejidad de los sistemas sociales se apoya en un **análisis funcional**,¹³⁹ el cual busca las funciones que no son observadas por el propio sistema, es decir, va más allá de descubrir la función que un cierto fenómeno social desempeña y descubre los modos que el sistema ha desenvuelto para atender tanto a las funciones visibles como no visibles.¹⁴⁰

Por otra parte, Luhmann adoptó la categoría de interpenetración con la cual cada sistema puede ser explicado y solamente puede existir si existen los demás sistemas, esta categoría la usó para “el acoplamiento estructural” entre el sistema psíquico (ser humano) y el sistema social (la sociedad), y de “medios de intercambio simbólicamente generalizados”¹⁴¹ que constituyen los medios de comunicación.¹⁴²

El acoplamiento estructural entre los sistemas psíquico y social opera para hacer posible la comunicación,¹⁴³ a través de la interpenetración. La interpenetración es posible en la relación de la distinción sistema/entorno, gracias a la atribución del sentido; ésta presupone que los sistemas se distingan y que a pesar de ello tengan algo en común, lo que podrían ser las acciones individuales.¹⁴⁴

¹³⁷ Este cuestionamiento refiere a problemas ya resueltos, pero también en sistemas diferenciados, de lo contrario los problemas no serían posibles, por ejemplo, el cuestionamiento ¿cómo es posible el orden social?, dirige a un problema resuelto porque es solo posible si el orden social es posible. Cfr. Luhmann, Niklas, *¿Cómo es posible el orden social?*, trad. de Pedro Morandé Court, Herder, México, 2009, p.21.

¹³⁸ Luhmann, Niklas, *La sociedad de la sociedad*, op. cit., p. XII.

¹³⁹ *Ibidem*, p. XIV.

¹⁴⁰ Un ejemplo para la comprensión al análisis funcional puede partir planteando como fenómeno social al “delito”; observo que la función visible de éste consiste en lesionar o poner en peligro bienes jurídicos, ir contra la norma o dañar a la sociedad, pero, además las funciones no visibles comprenden un comportamiento, una tipicidad, una antijuricidad y una culpabilidad, todo lo cual es el modo que el sistema derecho penal ha desarrollado, lo cual reduce la complejidad y la conserva.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. XII.

¹⁴² *Idem*.

¹⁴³ Toda comunicación está acoplada estructuralmente a la conciencia, sin la cual, la comunicación sería imposible.

¹⁴⁴ *Ibidem*, pp.116-118.

En conclusión, la teoría sistémica de la sociedad de Luhmann consiste en la categoría observación, la cual es una operación que se basa en esquemas de diferenciación dirigidos a que sea posible la observación de los sistemas sociales.¹⁴⁵

Dicha distinción sistema/entorno terminó con la tradicional distinción sujeto/objeto, para Luhmann la base del sistema social como lo es la sociedad consiste en la comunicación.

Ahora bien, Niklas Luhmann empleando la teoría de los sistemas sociales, mediante una diferenciación funcional puntualiza la relación entre el subsistema derecho y el sistema global sociedad.

La función del subsistema derecho consiste en la solución de problemas de la sociedad, que solo pueden ser desarrollados y solucionados por éste, dicha función constituye la razón de su surgimiento como sistema autopoietico dentro del sistema autopoietico de la sociedad.

Nuevamente, al igual que en la sociología, existe una crisis sobre la ausencia de una teoría del derecho, puesto que solo se habla de teorías jurídicas que no comprenden el sistema de manera apropiada, es decir, como una unidad del sistema que se produce a sí misma; por tal razón hay una multiplicidad de teorías, pero no una que autorrepresente al derecho como derecho, lo cual, sí se logró bajo la formación de las categorías de la teoría de los sistemas sociales desde el punto de vista del derecho al crear la comunicación jurídica.

La teoría del derecho también depende del progreso de la civilización y debe adaptarse a las condiciones de la sociedad moderna, la cual desde el derecho solo reconoce al derecho positivo.

Desde la teoría de los sistemas Niklas mencionó en su obra titulada “el derecho de la sociedad” que el derecho como la sociedad también es un sistema social, autopoietico, opera clausuradamente bajo un acoplamiento estructural, lo que comprende su unidad como sistema cuyo símbolo es la validez jurídica.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. XIV.

La validez jurídica significa la aceptación de las comunicaciones producidas en el sistema jurídico (autopoiesis) y considera que todo derecho es derecho vigente, por lo que una vez realizada alguna modificación al derecho ésta terminará siendo válida jurídicamente, y, por tanto, vigente. La validez se maneja con la distinción validez/no validez, en toda operación con validez opera el código derecho/no derecho.¹⁴⁶

Por otro lado, el entorno del sistema del derecho es complejo, razón por la cual el sistema derecho se remite a su autonomía (autolimitación).

La operación estrictamente social del sistema jurídico es la comunicación mediante normas que prescriben lo que debe ser,¹⁴⁷ pues el derecho debe ser previsible, debe ser un sistema cuyas consecuencias puedan ser calculadas.

En el sistema social derecho la norma es la diferenciación entre sistema/entorno, esto es, la norma como autorreferencia; es decir, como aquella comunicación en el sistema y no en el entorno que establece expectativas. De ahí, el sistema hace la distinción respecto a si se actúa conforme a la norma establecida o no.

La comunicación que opera en el sistema derecho (norma) deriva de problemas que se desarrollan durante el transcurso del tiempo, sin embargo, como solución desde una dimensión temporal la expectativa se expresa cada que es necesario, esto es, cada que es necesario prescribir lo que debe ser.

Las expectativas se refieren a comunicaciones ya ocurridas y a posibles comunicaciones futuras, estas son expectativas de sentido, desde un sentido que se utiliza para asegurar que la expectativa se reconozca como es en cualquier caso y desde otro sentido que se reutiliza para confirmar la expectativa en cada caso. La expectativa siempre tiene la esperanza de que sea conforme a derecho, sin embargo, puede ocurrir que no sea conforme a derecho.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 2a. ed., trad. de Javier Torres Nafarrete, editorial Herder, México, 2005, pp. 154-167.

¹⁴⁷ Entiéndase sistema jurídico como sistema social que pertenece a la sociedad y la orienta; es un sistema autopoietico y autodiferenciador.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 182-221.

Las normas jurídicas constituyen expectativas simbólicamente generalizadas que refieren al futuro (referencia temporal del derecho),¹⁴⁹ pues la expectativa se crea en el pasado y se conserva ante un futuro incierto, ya que en este último puede ocurrir una realidad distinta que termine en el engaño al ser impredecible, es decir, que no se cumpla la expectativa.

Por el lado de la dimensión social, se puede estar a favor o en contra de la expectativa; lo que permite saber si tiene el respaldo o no de la sociedad. La dimensión social mantiene compatibilidad con la dimensión temporal bajo el código derecho/no derecho.

Al haber un respaldo social, Luhmann en su análisis estableció que el sistema parte de la sociedad y no de simples individuos configurando el abandono del sujeto, así como lo había establecido en su teoría de los sistemas.

La expectativa normativa es la base de su operar del sistema jurídico, en sí, es el factor de producción del sistema y conservador de su estructura, debiendo comprometerse al código binario (conforme a derecho / no conforme a derecho); por lo tanto, la función del derecho consiste en comunicar las expectativas y que éstas sean reconocidas en la comunicación (normas) y para el mantenimiento de su función continuar sus operaciones conforme al código binario.

La comunicación implica dos distinciones: la distinción “expectativas normativas/ expectativas cognitivas”¹⁵⁰ y la distinción que refiere al código binario conforme a derecho/no conforme a derecho, el cual le otorga un valor a la expectativa; ya que las expectativas que contiene la norma deben ser conforme derecho con la posibilidad de que no lo sean, lo cual implica que puedan modificarse éstas para evitar la arbitrariedad, consultando los programas que se encargan de regular los valores de derecho/no derecho (justicia, igualdad, entre otros).

La norma determina el lado de la expectativa normativa y no de la cognitiva. De tal manera, que la norma en su concepto funcional se entiende como “la expectativa de conducta”¹⁵¹ que establece, la conducta que se espera.

¹⁴⁹ *Idem.*

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 188.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 191.

Es importante aclarar que la norma no asegura un comportamiento ya que las personas pueden actuar conforme a ésta o en contra de ésta; sin embargo sí protege a quien tiene esa expectativa y anticipa normativamente lo que es posible esperar, ejemplo; la sociedad tiene la expectativa de no matar, por lo tanto no mata y el homicida no cumple la expectativa de “no matar” por lo tanto mata, de manera que la expectativa de la sociedad está protegida pero no la del homicida que condujo su comportamiento mediante una expectativa individual, por ello la norma no puede asegurar el comportamiento, pues solo protege la expectativa de representación social con la imposición de la sanción, en este caso por matar.

Cada que se actúa en contra de las expectativas, el derecho para asegurarlas transforma esa expectativa en forma de castigo, en caso del derecho penal lo hace con la pena, por tal razón el derecho con esto reconoce que las expectativas pueden conservarse o eliminarse, lo cual corresponde a la función de estabilización de las expectativas de las normas que lleva a cabo el derecho para la regulación de los conflictos.¹⁵²

También es importante aclarar que el derecho no asegura que el individuo tenga la capacidad de cumplir con la seguridad de la expectativa que la función del derecho posibilitó a través del castigo (multas, indemnizaciones, entre otros), a veces ésta peligra ante la insolvencia del individuo, por lo que, aunque el sistema haya querido asegurar la expectativa, en ocasiones no puede lograrlo.

En cuanto al dogma derecho/no derecho, el sistema derecho opera clausuradamente con la regla: *re-entry* (distinción de lo distinguido):¹⁵³

- Lo que no es conforme a derecho, no es derecho, y
- Lo que es conforme a derecho, es derecho.

Este código permite garantizar que el sistema puede relacionar sus operaciones por el lado del derecho como por el lado del no derecho, así como

¹⁵² Las expectativas pueden cumplirse o quebrantarse ya que la norma no obliga al ser humano, es un orden social el que orienta el comportamiento, pero no lo obliga, simplemente las asegura, pues el ser humano tiene libertad física y de psique para conducirse como bien crea conveniente.

¹⁵³ *Ibidem*, p.232.

también con lo que es conforme a derecho y lo que no es conforme a derecho; en caso de que una comunicación no se identifique con el código, simplemente no es parte del sistema, sino del entorno.

Debido a esta regla, hay dos valores; uno positivo que es cuando el asunto construido por el propio sistema es derecho, es decir, va conforme a las normas, y un valor negativo cuando el asunto no es derecho, lo que significa que quebranta las normas del sistema.

Es relevante considerar que para la determinación de la decisión y de la clausura operativa (operación) se debe tomar en cuenta dos cosas: la primera radica en la determinación de la función del derecho, la orientación hacia un conflicto social específico; y como segundo punto la codificación binaria del sistema bajo los dos valores (positivo y negativo).

Lo que hace posible la autopoiesis del sistema jurídico es el esquema estructural del código binario, esto implica una reutilización del código en cada operación, así como la exclusión de terceros valores; aunque durante la selección de alguno de los dos valores, antes de seleccionar uno, se debe tomar en cuenta el otro que también puede ser seleccionado y utilizado.

Los programas apoyan en la indicación de los valores que se asignan (negativo o positivo), esta determinación establece la distinción codificación/programación, siendo el primero la representación de los códigos (conforme a derecho/no conforme a derecho) que establecen un lado de la forma y el segundo la representación de los programas (justicia, igualdad, entre otros) que establecen el otro lado de la forma.

En los programas se contempla la dimensión de lo correcto y lo falso y a su vez la dimensión cambiable/no cambiable, esto no se incluye en la codificación pues ésta solo trata de la pertenencia o no al sistema que determinan los límites del derecho.

En el derecho siempre a nivel de la codificación y de la programación se lleva a cabo su función de mantener estables las expectativas normativas. La programación es el complemento de la codificación, ambos permiten abastecer el

sistema para tomar decisiones, con ello una vez establecido el código se inicia un proceso de reglas.

La distinción regla/excepción se considera que no siempre que se establezca un derecho se producirá un no derecho, pues hay ciertos casos problemáticos que son “no conforme al derecho”; desde otro punto de vista existen ciertos casos como el abuso del derecho que actúa como derecho reconocido por el derecho, lo cual será excluido bajo la excepción.¹⁵⁴

El “fin” es una categoría compleja que establece la diferencia en el futuro presente (existencia y permanencia de la expectativa) y en el presente futuro (existencia de comportamiento), lo cual se refiere a los programas orientados hacia un fin que es el problema establecido en el futuro, al no coincidir con el futuro que se proyecta actualmente.¹⁵⁵

Dicha complejidad es una condición en los programas que se relaciona con la finalidad del derecho ya que para el caso de que no se cumplan las expectativas, representa el cambio de la seguridad de las expectativas a la inseguridad por el incumplimiento a éstas.

En el sistema no se trata de alcanzar fines en ningún caso, solo de lo que es conforme o no a derecho, pues los programas finalísticos son imprecisos, con perspectiva política, por ello, mientras haya más consideraciones en que el fin soporte una decisión, incrementará la posibilidad de que ésta resulte errónea porque el futuro es incierto.

Como se ha ido explicando, reitero que los códigos y programas se observarán siempre que exista la comunicación; pues los primeros diferencian de lo perteneciente y no perteneciente al sistema, y los segundos son juicios acerca de la validez o invalidez de lo perteneciente al sistema.

Además de la diferenciación de la codificación y programación, existe un lado estrictamente temporal que consiste “en que la relevancia de hechos pasados

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 265.

¹⁵⁵ *Idem*.

y de su secuencia depende de aquello que los programas del sistema jurídico incluyen y excluyen”,¹⁵⁶ a través de la validez/invalidéz.

El sistema jurídico es el único que utiliza el código derecho/no derecho, éste no debe desistir de la idea de justicia, solo debe encontrar su ubicación en el sistema.¹⁵⁷

“La justicia se trata de autoobservación y autodescripción del sistema”,¹⁵⁸ es decir el sistema se observa y describe como justo, en la codificación es paradójico que el derecho de una persona sea justo para otra persona, pero en la programación podría interpretarse como la unidad de los programas ya que ningún programa podría ser injusto pues todos son justos, aun así, la justicia requiere de una cualidad normativa (descripción normativa).

También la justicia se trata de autorreferencia al nivel de los programas y en forma de la norma; con esto se puede establecer la existencia de sistemas jurídicos injustos o no tan injustos; para la solución al problema, la justicia debe entenderse como Luhmann plantea “fórmula de contingencia del sistema jurídico”¹⁵⁹.

Las fórmulas de contingencias se refieren a la diferencia entre lo determinado y lo indeterminado que consta de la referencia a hechos capaces de ser manejados de otra manera; lo que puede ser o no ser de un hecho que admite una posibilidad distinta a lo que es. Dicha contingencia en casos jurídicos se refuerza en que haya una mayor positivización del derecho.

Toda operación del sistema y estructura debe conllevar la expectativa de ser justa porque si no, “se perdería la referencia de la norma a la unidad del sistema”.¹⁶⁰ La justicia es un principio que se fundamenta por sí mismo y corresponde a uno de los programas, pues es en éstos donde se contienen los valores que otorgan la validez jurídica.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 272.

¹⁵⁷ *Ibidem*, pp.279-289.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 278.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p.280.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p.284.

Los valores: “No se puede exigir más de lo que uno merece por su propio esfuerzo o solo se exige la deuda por el daño causado” ya no opera para sociedades complejas, la reciprocidad ya no puede figurar la unidad del sistema. Ahora se trata de entablar una relación distinta con la forma igualdad en “forma de reglas que deciden casos iguales de manera igual (y por lo tanto; casos desiguales de manera desigual)”.¹⁶¹

Ya no se trata de si lo que alguien obtiene es justo, sino se trata de si un caso concreto se decide de manera justa; la justicia ya no es virtud, pues la decisión se basa en delimitar los casos específicos frente a otros, a través de reglas de decisión que se consideran justas entre casos iguales y desiguales.

Es un periodo en el que aumenta la legislación y se transforma el derecho, son inconsistentes, se deciden “casos iguales en forma desigual y desiguales en forma igual”.¹⁶²

Para la solución al problema existen dos principios, estos son: el principio de que nadie quede excluido de la protección del derecho y el de que está prohibida la denegación de justicia.

Aunado a lo anterior, el derecho racional moderno plantea derechos humanos fundamentales como principios que rechazan el poder de ciertos seres humanos sobre otros. Los derechos humanos consisten en la libertad e igualdad, aunque son inservibles para la interpretación del derecho vigente, ya que discrepan con el orden jurídico porque la norma solo delimita la libertad y la igualdad: de manera que interfiere, la igualdad como exclusión de la desigualdad y la libertad como exclusión de las restricciones.

El problema está de un lado y la solución del otro lado; esta solución se basa en un *re-entry*, donde se establece que la igualdad tiene que aceptar desigualdades jurídicamente aceptadas y la libertad restricciones jurídicamente aceptadas, la solución se incluye en el derecho (se establece en la norma). El

¹⁶¹ *Ibidem*, pp. 288 y 289.

¹⁶² *Ibidem*, p. 290.

derecho no consiste en un principio, sino en una paradoja, por eso se expone a la observación de segundo orden de libertad/restricción y de igualdad/desigualdad.

Otra categoría que interviene en el sistema es la clausura operativa del sistema jurídico como sistema autopoietico, ésta solo puede llevarse a cabo con la producción de sus operaciones, es decir su reproducción solo puede ser con operaciones propias consistentes en una comunicación con sentido, pero esas operaciones no significan que puedan vincularse a su entorno; para que surja una relación entre el sistema y el entorno es necesario el acoplamiento estructural, por medio del cual, se garantiza una simultaneidad entre ambos en los acontecimientos aunque no una vinculación, es decir el sistema parcial derecho y otro sistema parcial puede relacionarse con un acontecimiento al mismo tiempo, como ocurre con la propiedad ampliamente regulada por el derecho y su valor o interés de índole económico.

A la economía, así como el derecho también se le distingue con un código que indica “intereses legalmente protegidos e intereses legalmente desprotegidos”,¹⁶³ lo que implica que el sistema jurídico y el económico estén acoplados.

Ambos sistemas están acoplados, sin embargo, cada uno opera con sus propias operaciones. Para efectuar sus operaciones en el sistema jurídico se ocupa el código conforme a derecho y no conforme a derecho y en el sistema económico el código es quien tiene disposición y quien no con relación a ciertos bienes (dinero y servicios).¹⁶⁴

La característica del acoplamiento permite que las operaciones económicas iriten al sistema derecho y las operaciones jurídicas sean la irritación del sistema económico, de tal modo que el sistema económico ha hecho complejo al sistema jurídico como viceversa, el sistema jurídico ha complicado al sistema económico.

Otro acoplamiento estructural que tiene el sistema jurídico es con el sistema político, éste se cumple a través de la Constitución, por la Constitución se

¹⁶³ *Ibidem*, p. 520.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 522.

alcanza una inmensa recíproca irritabilidad; en la que la Constitución “logra soluciones políticas para el problema de la autorreferencia del derecho”¹⁶⁵ (autodescripción del sistema jurídico), así como también el derecho logra soluciones jurídicas para el problema de la autorreferencia del sistema político (autodescripción del sistema político).

Estás soluciones consistieron en una Constitución que en el sistema jurídico actúa como ley superior y en el sistema político como instrumento político, lo que implica una diferenciación funcional en cada sistema y la reproducción de sus propias operaciones con sus propias operaciones (la autopoiesis en cada sistema).

La irritación recíproca de sistemas funcionales como el sistema jurídico, político y económico aseguran el mantenimiento de una compatibilidad satisfactoria.

Por otra parte, el sistema jurídico tiene relación con el entorno psíquico del sistema social, pues sin su acoplamiento a la conciencia y ésta en la comunicación, nada puede funcionar.

Otra categoría es la autoobservación del sistema jurídico consiste que en la comunicación se trata de lo que es conforme a derecho y lo que no es conforme a derecho, cuyas operaciones autodescriben lo que es parte del sistema y por lo tanto lo que pertenece a éste, sin el código binario no se puede establecer una restricción que obligue a tomar una decisión ni una responsabilidad con relación a la función propia, por lo que para estabilizar una expectativa, o sea crear una norma, que indique el comportamiento o designe lo debido, es necesario complementarlo con el código binario que establece la identidad del sistema.¹⁶⁶

La autorepresentación o identidad de la sociedad moderna está en el carácter positivo del derecho, que es emitido y observado como decisión; positividad que otorga seguridad a las expectativas normativas.

La teoría positiva reacciona a que “lo que vale es la ley y no el fallo del juez; lo que vale es el derecho y no la opinión doctrinal”.¹⁶⁷ En la observación, “los

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 548.

¹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 569-574.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p.599.

abogados deben observar al juez para determinar cómo es que éste observa y decide los casos”,¹⁶⁸ por eso la positividad se convierte en una fórmula por la cual los observadores que son los abogados de los observadores que son los jueces se ponen de acuerdo por observar el derecho vigente.

De conformidad con lo anterior, el sistema jurídico debe tomar como punto de partido la distinción de derecho/no derecho es conforme y no discorde con el derecho para su orientación.

Toda comunicación jurídica conduce a la inseguridad de la sociedad, lamentablemente, porque tanto el abogado como tribunal manifiestan una seguridad condicionada ya que los resultados son impredecibles, por lo que no queda más que subordinarse al código binario que implica una garantía.

Finalmente, las categorías consistentes en la teoría sistémica fueron desarrolladas en el sistema jurídico ya que su relación implica una compatibilidad con éstas, pues la sociedad como sistema y el derecho como sistema social del sistema sociedad establecen una relación, en la que el derecho opera en sociedad, se aplica a ésta, ejerce una función social y se distingue bajo una reproducción autopoiética propia.

2.2 OTRAS INFLUENCIAS

La teoría normativa del derecho penal funcional también tuvo otras influencias, las cuales están basadas en distintos principios; en México, el principio de **división de trabajo** se visibilizó en la división social y del trabajo de los aztecas que se hacía por estamentos, el poder y la tierra se distribuían a través de un sistema de normas, y las personas cumplían con sus roles como tributo de fuerza de trabajo para la sociedad en su conjunto.

Esta división de los aztecas consistió en que los tlamatimine cultivaban la flor y el canto, esto es, la filosofía, la historia, las artes y la poesía. Los tlacuilo dibujaban las narraciones en los códices. Los tameme cargaban los bienes y

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 604.

mercancías. Los sacerdotes se dedicaban a las cosas sagradas de la reproducción ideológica y los guerreros a la defensa del territorio. Ninguno de esos estamentos era superior; todos eran importantes en el logro y mantenimiento de la comunidad.¹⁶⁹

Esta división social y del trabajo gira entorno a las funciones de cada persona, las cuales están observadas por un sistema normativo y su cumplimiento es producto de la comunicación de su rol.

El pensamiento socrático estableció que la justicia es buena por sí misma, independientemente de cualquier efecto que ella produzca, no solamente corresponde al hombre particular, sino también a toda una ciudad o Estado, la cual debe tener una diversidad y una división de trabajo para organizar el Estado.

La justicia es algo común a todos, afecta a todos y todos deben participar de manera que cada una de las clases sociales del Estado tenga lo que le corresponde (justicia).¹⁷⁰

Este pensamiento refleja el funcionalismo en su comprensión respecto a la justicia, pues para que exista justicia es necesario la participación de la sociedad mediante la división del trabajo que organiza el Estado, así como lo justo.

En el pensamiento aristotélico se consideró que el número de población que garantice la independencia de un Estado debe ser suficiente, pero sin que sea excesiva, para ello se distinguió los distintos tipos de ciudadanos y las diferentes clases de virtud que ha de tener cada uno según la función que desempeñe.¹⁷¹ En este caso, el pensamiento mostró que cada ciudadano tiene una función distinta a desempeñar en sociedad, lo cual confirma el rol.

Los estoicos afirmaron una predisposición natural a la sociedad bajo la premisa “Hemos nacido para unirnos y asociarnos con otros hombres y para formar con ellos una comunidad natural”. Asimismo, concibieron el deber como el acto que tiene una defensa razonable, es decir, lo que es adecuado en la vida, significa la

¹⁶⁹ Sánchez Sandoval, Augusto, *Sistemas ideológicos y control social*, UNAM, México, 2012, p. 11.

¹⁷⁰ Rodríguez Paniagua, *op.cit.*, pp. 41-42.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 54.

acción que por sí misma es afín a las disposiciones de la naturaleza.¹⁷² Toda acción a la que está obligada la sociedad debe ser congruente con el derecho natural, aquel derecho inmutable, pues su cumplimiento es lo adecuado, es el orden social, es la formación de la comunidad natural, lo cual es una expectativa.

Cicerón también estuvo de acuerdo con los estoicos en que orientar la conducta humana es seguir a la naturaleza humana, que a su vez es social y la sociedad la hacen los hombres, lo que significa cumplir los deberes que se manifiestan en el ámbito de la sociedad humana.¹⁷³ En este pensamiento, se visibiliza la expectativa social.

En la época medieval, específicamente en el siglo IX, toda persona ocupante de un cargo ya fuese rey, emperador u obispo, debía reducirse al desempeño exclusivo de aquellas funciones que se le habían encomendado “cada cual debe darse por satisfecho dentro de los márgenes de su cargo”.¹⁷⁴ Aquí se hace mención al límite de su rol, el cual no puede ser rebasado pues implicaría afectación al orden.

La concepción organológica de la sociedad en esta época tuvo gran influencia,¹⁷⁵ ya que se planteó que cada parte del cuerpo poseía una función peculiar, pero ninguna funcionaba por sí misma, sino por la virtud del conjunto del cuerpo, lo cual refiere a una comunicación necesaria para el buen funcionamiento del todo; es decir de la sociedad.

Santo Tomás de Aquino describió al ciudadano como un ser distinto del mero hombre, lo cual desde ese momento se distinguió la división de actividades humanas y con ello la sujeción del ser humano a diversos conjuntos de normas y postulados.¹⁷⁶ Tal influencia, trató de explicarla desde la visión de un gobierno ascendente populista.¹⁷⁷

¹⁷² *Idem.*

¹⁷³ *Ibidem*, p. 163.

¹⁷⁴ Ullman, Walter, *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, Ariel, España, 2004, p. 78.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 119.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 169.

¹⁷⁷ Entiéndase por un gobierno ascendente populista como aquel en el que existe esa relación de democracia y voluntad del pueblo.

Por otro lado, el principio de **seguridad jurídica** es característico o propio del Derecho y se refiere al derecho positivo.¹⁷⁸ Dicho ideal es la norma jurídica vigente, la que establece la expectativa social y otorga seguridad para el mantenimiento de su orden.

La última influencia consiste en el principio **de utilidad**; Cicerón aconsejó que, al cumplir con nuestros deberes, lo hagamos siempre teniendo en cuenta la utilidad colectiva que es la utilidad de la sociedad humana, pero es importante considerar que la apariencia de la utilidad puede afectar, por lo que se debe tener en cuenta que la bondad y la justicia están por encima de la utilidad. Si algo parece útil, pero lleva consigo inmoralidad, no significa que deba dejar de tener en cuenta la utilidad, pero sí que dónde hay inmoralidad no puede haber utilidad.

La bondad moral es consecuencia de la utilidad; siempre la bondad, la honradez y la justicia tienen primacía y preeminencia. Siempre deben fijarse si es justo porque puede no serlo mientras sea perjudicial para el Estado y en consecuencia para la sociedad.

Respecto a las influencias mencionadas concluyen que el ordenamiento normativo rige a la sociedad, ya que establece lo que debemos hacer y no como sociedad, lo cual constituyen los roles/deberes que cada uno de nosotros como parte de toda una sociedad tenemos y la realización de éstos cumple la expectativa de orden social, su quebrantamiento es el desorden.

2.3 TEORÍA NORMATIVA DEL DERECHO PENAL FUNCIONAL

La Teoría Normativa del Derecho Penal Funcional es el sistema de comunicación que consideró Günther Jakobs, el cual se basa en la “norma”, que establece los diversos roles para el funcionamiento del sistema social sociedad.

La norma orientadora del comportamiento y la pena conminadora ante un comportamiento desaprobado (quebrantamiento del rol), pero también como el

¹⁷⁸ Rodríguez Paniagua, *op.cit.*, p. 158.

elemento funcional que restablece la comunicación, tiene como finalidad la permanencia de la confianza al Derecho por parte de la sociedad.

En dicha teoría existe una clara influencia de la teoría de los sistemas porque emplea la comunicación, contenida en la norma como operación para funcionar. La dogmática esquematizada respecto a la teoría normativa del derecho penal funcional se precisa a continuación:

2.3.1 TIPICIDAD

Günther Jakobs fue el cambio, no se basó ni en la mera causalidad ni en la psique de la persona, sino en un sistema de comunicación normativo al igual que la teoría de los sistemas.

Jakobs, definió la acción como: “Mientras la acción es la causación evitable de un resultado, la omisión es la no evitación evitable de un resultado”,¹⁷⁹ lo que implica un comportamiento desaprobado que consiste en el quebrantamiento al rol y por ende a la norma que contiene las expectativas de la sociedad¹⁸⁰ que refleja la identidad de la sociedad.

Recordemos que la función del derecho penal es el respeto a la vigencia de la norma al igual que el sistema derecho asegura la expectativa social; el comportamiento desaprobado falta al reconocimiento de la vigencia de la norma, por tanto, son la acción o la omisión las que faltan al reconocimiento de la vigencia de la norma.

Y por último Jakobs también concibió a la acción como “un acto comunicativamente relevante” que no puede interpretarse de manera individual,¹⁸¹ pues la norma concibe las expectativas de la de la sociedad en conjunto, y no para

¹⁷⁹ Luis González, Ramón, “Sobre el concepto jurídico-penal de acción en el derecho penal moderno”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste*, nueva serie, años 4, núm. 7, mayo, República Argentina, 2010, p.272, <https://revistas.unne.edu.ar/index.php/rfd/article/download/5013/4702>. 17 de abril de 2023, 15:00.

¹⁸⁰ La pena siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol.

¹⁸¹ Quintero, María Eloísa y Polaino-Orts, Miguel (coord.), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, Flores editor y distribuidor, México, 2007, p.102.

cada ciudadano, de ahí que la acción se ubica dentro de la sociedad. La relevancia consiste en el comportamiento desaprobado por la norma que quebranta el rol.

Los **3 criterios** que en esta teoría construyeron a la conducta (acción u omisión) son: la evitabilidad, la adecuación social y el elemento “social”.¹⁸²

Como **PRIMER** criterio, Jakobs estableció la evitabilidad en la acción porque las causas de las que derivan las consecuencias necesitan de un motivo para evitarse. Aunque es imposible evitar todo riesgo pues la vida es un riesgo y no se puede vivir sin éste en una sociedad.¹⁸³

Nosotros como seres sociales no podemos vivir sin el riesgo; sin embargo, el riesgo sí puede evitarse siempre que sea alcanzable esa evitabilidad, es decir, mientras sea evitable para la persona.

La evitabilidad es un presupuesto de la acción y no de la culpabilidad como los estudiosos de la dogmática tradicional establecieron, ya que lo inevitable no puede valorarse por la persona, es inviable valorizar la inevitabilidad de la inevitabilidad por lo que no puede existir un juicio de reproche (juicio de valor) de algo que desde un principio es desvalorizado por la persona, de lo cual, opera la distinción evitabilidad/inevitabilidad. La acción tampoco es un juicio valorativo, es un análisis objetivo cuyo presupuesto de evitabilidad es indispensable para que ésta exista.

En cuanto a los delitos culposos no se puede considerar como algo inevitable, aunque haya “desvalorización de la no reflexión”¹⁸⁴ por parte de la persona, sin embargo, en éstos se castiga la posición que toma el destinatario en el hecho, ya que a pesar de que éste valorizó su comportamiento, imprudencialmente el destinatario no valorizó todos los motivos de reflexión para evitar que ocurriera el resultado pero que al haberlos atendido no hubiera ocurrido.

¹⁸² Medina Peñaloza, Sergio J., *Funcionalismo e imputación objetiva*, Ángel editor, México, 2007, pp. 60 y 61.

¹⁸³ Un pasaje de la vida del cínico Diógenes quien se conformaba con tan poco vivía en un túnel sin interacción social, individualmente, sin luz solar, sin riesgo para una sociedad debido a que se encontraba bajo tierra, no aguantó que cuando prendió una lámpara lo primero que buscaba era a un hombre que no encontró, de manera que cuando vio a Alejandro Magno y éste le preguntó que le concedería lo que quisiese, sin pensarlo dijo “no me quites el sol, no me hagas invisible”. Cfr. Rodríguez Paniagua, José María, *op. cit.*, p. 58.

¹⁸⁴ Medina Peñaloza, Sergio Jiménez, *op. cit.*, p. 60.

Por ello, tanto en los delitos dolosos como en los culposos, el criterio evitabilidad es necesario como presupuesto de la acción. Y la distinción evitabilidad/inevitabilidad supera la crítica al finalismo porque el estudio subjetivo que implica la finalidad no se presenta en los delitos culposos ya que suceden sin querer el resultado (imprudencialmente). En cambio, el funcionalismo logra la explicación objetiva y consistente que en los delitos culposos no hay finalidad, pero sí el deber de cuidado que con el estudio de evitabilidad como presupuesto de la acción soluciona el problema, proponiendo que la conducta imprudente es evitable y por tanto relevante para el derecho penal (sancionable).

Otro presupuesto de la acción es la imputación, lo cual solo es posible con la operación de la evitabilidad, pues si no hay un comportamiento peligroso que incrementó el riesgo a un riesgo no permitido, el cual provocó un resultado y éste último no fue evitado por la persona a pesar de que pudo hacerlo, no hay acción; es decir no hay un acto comunicativamente relevante.

Ejemplo:

- SUCESO:
Muerte de ciclista.
- EVITABILIDAD:
Los supuestos de evitabilidad son: obediencia a señalamientos, condiciones mecánicas aceptables y condiciones de la vialidad.
- IMPUTABILIDAD:
Comportamiento peligroso: La marcha del vehículo en reversa.
Incremento de riesgo (riesgo no permitido/desaprobado): Invasión al carril exclusivo de bicicletas.
Resultado: Cuerpo de un ciclista sin vida por atropellamiento.
- ACCIÓN:
Privación de la vida a la persona (HOMICIDIO).

Para el análisis de la imputación se emplea la teoría de interpretación del suceso que aportó la teoría de la imputación objetiva del comportamiento, cuya finalidad es vincular un suceso que acontece en el mundo y la persona que lo realizó o permitió.¹⁸⁵

Sin la interpretación del suceso, lo sucedido simplemente sería “un curso causal o un curso causal psíquicamente sobredeterminado”¹⁸⁶ y no lo objetivo (el quebrantamiento de un rol).

La interpretación del suceso se estudia a través de 4 importantes criterios que limitan el rol, estos son el riesgo permitido, el principio de confianza, la competencia de la víctima (acciones a propio riesgo) y la prohibición de regreso.¹⁸⁷

I. EL RIESGO PERMITIDO

El riesgo, como bien lo acote al inicio de este capítulo, reitero que se encuentra en todo lugar, modo y tiempo, por tal motivo el rol no es la eliminación de todo riesgo pues tendríamos millares de normas y aun así sería imposible cubrir todos los riesgos.

De tal manera, existe el riesgo permitido contenido en el rol que lleva a cabo todo ciudadano, éste se encuentra en las normas que establecen las expectativas sociales.

Este riesgo permitido va evolucionando con la misma sociedad para que pueda actualizarse y no se pierda el respeto al principio de la vigencia de la norma, la cual comunica la distinción riesgo permitido/riesgo no permitido.

II. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA

Se debe considerar que la sociedad está integrada por personas que interactúan entre ellas conforme a sus roles y son sujetos responsables, de tal

¹⁸⁵ Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en el derecho penal*, editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 18 y 19.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 24.

¹⁸⁷ *Ibidem*, pp. 28-38.

manera que cada uno realiza su rol y pone su confianza en el otro para que también lo haga, pudiendo llevarse a cabo esa interacción, y viceversa, y al mismo tiempo se hace posible la división del trabajo.

El principio de confianza implica dos modalidades:¹⁸⁸

- I. Que una tercera persona genere una situación de modo correcto que cuando el autor actúe conforme a sus deberes no ocasione daño (se espera que el autor actúe conforme a sus deberes).
- II. Que una tercera persona prepare una situación existente de acuerdo con sus deberes que cuando alguien la utilice no ocasione daño alguno (se espera que la tercera persona actúe conforme a sus deberes).

Este concluye cuando la persona no cumple con las exigencias de su rol, cuando la repartición del trabajo, de las funciones pierde sentido; que es cuando la otra parte no hace lo que le corresponde, en tal sentido, la distinción que opera es conforme al deber/inconforme al deber.

III. LA COMPETENCIA DE LA VÍCTIMA

Este criterio refiere al autor y, a su vez, a la víctima en interacción cuando:

- Por el comportamiento de la víctima se fundamenta la consecuencia lesiva, o
- Por su posición de la víctima, se encuentre en esa desgraciada situación por obra del destino

De acuerdo con la posición de desgracia de la víctima se constituye cuando el autor conoce las consecuencias lesivas de su comportamiento y puede

¹⁸⁸ Medina Peñalosa, Sergio Jiménez, *op.cit.*, p. 106.

afirmar frente a la víctima que la consecuencia es asunto de ella, pues el autor actuó conforme a su rol, por ejemplo, en una intervención quirúrgica riesgosa.

El comportamiento que produce consecuencias lesivas es conforme al rol, siempre y cuando la víctima no tenga derecho a que no se produzca tal comportamiento lesivo ya que no depende jurídicamente de ella.

La competencia de la víctima por el cual su comportamiento derivo consecuencias lesivas, para que sea éste imputado a ella, su explicación sería la lesión de un deber de autoprotección.

La víctima no puede comportarse de modo arriesgado ni asumir un contacto social arriesgado, sin aceptar como fruto de su comportamiento las consecuencias que son objetivamente previsibles.¹⁸⁹

Al igual que en el autor su responsabilidad parte del quebrantamiento del rol, en la víctima ocurre lo mismo, se debe determinar si el rol de la víctima es un rol como víctima o el rol de quien actúa a propio riesgo (distinción).

IV. LA PROHIBICIÓN DE REGRESO

En este criterio se debe considerar que alguien asume un vínculo con otra persona que no daña física ni moralmente, pero esa otra persona usa tal vínculo en una organización no permitida. Se puede observar que hay una participación a simple vista de la primera persona, sin embargo, la primera persona cumple con su rol, no tiene idea que su rol será usado por la otra persona para una organización no permitida.

Es importante observar la diferencia de que exista o no prohibición de regreso, de manera que, si no existe, implicaría confirmar que el rol era uno de todos los roles existentes dentro de esa organización no permitida.

Es primordial mencionar que este criterio debe limitarse a la persona que ejecutó el comportamiento arriesgado, ya que sí hubo otros responsables debe

¹⁸⁹ Jakobs, Günther, *op. cit.*, pp. 34-37.

tomarse en consideración reglas especiales como la accesoriedad que forman parte del principio de confianza y de la prohibición de regreso.¹⁹⁰

El Derecho se caracteriza como lo socialmente adecuado, lo que constituye aquellas normas que contienen los riesgos permitidos; es decir los roles divididos entre la sociedad. El quebrantamiento a estos roles se considera perturbación o conflicto social, mejor conocido como delito que es el “comportamiento que el propio Derecho define como no permitido, prohibiéndolo ya por su peligrosidad concreta o abstracta”¹⁹¹ bajo una sanción (pena o multa administrativa), siendo la diferencia para destacar conforme al rol/inconforme al rol.

El **SEGUNDO** criterio de la acción es la adecuación social, el cual consiste en que ciertos comportamientos son aprobados positivamente por la sociedad, aunque pudieren corresponder a la descripción de un tipo penal. En el finalismo tales comportamientos los situaba en la atipicidad, lo cual es erróneo pues el funcionalismo advierte que estos comportamientos al cumplir con el rol no deben considerarse desde el principio como acciones.

El **TERCER** y último criterio es lo “SOCIAL” de la acción consta en un comportamiento que adquiere sentido a través de la norma y no de posiciones individualistas.

Para determinar la tipicidad, el tipo penal es aquella descripción de los comportamientos desaprobados que integran la norma; es decir de aquel riesgo no permitido y su encuadramiento con la acción u omisión “(la causación evitable de un resultado o la no evitación evitable de un resultado)”,¹⁹² realizada por la persona

¹⁹⁰ La accesoriedad consiste en la repartición de trabajo que en conjunto forma una organización en común para llevar a cabo un riesgo no permitido, es decir el alcance de la realización del tipo.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 51.

¹⁹² Luis González, Ramón, “Sobre el concepto jurídico-penal de acción en el derecho penal moderno”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste*, nueva serie, años 4, núm. 7, mayo, República Argentina, 2010, p.272, <https://revistas.unne.edu.ar/index.php/rfd/article/download/5013/4702>. 17 de abril de 2023, 15:00.

o persona(s), siempre y cuando, primero en la acción u omisión se haya verificado el presupuesto de evitabilidad y de ahí el presupuesto de imputación.

No hay acción si se excluyen los criterios que le otorgan carácter jurídico penal a la acción, así como el presupuesto de imputabilidad, por lo que, sin acción, no hay encuadramiento que configure la tipicidad.

El quebrantamiento del rol conlleva el quebrantamiento de la norma que establece respeto entre sus destinatarios, ejemplo: “NO LESIONES, NO ROBES, NO SECUESTRES, ENTRE OTROS”, estos son el rol que conlleva el lado negativo del rol, estableciendo el rol de la persona que infiere que “no lo hagas”.

Tampoco habrá tipicidad cuando la acción no encuadre con aquella descripción del tipo penal, considerándose como atipicidad.

El derecho penal se encarga de actuar ante todo comportamiento desaprobado, sin embargo, antes de reprochar al destinatario tal comportamiento que quebrantó el rol y por ende la norma, se debe saber si hubo acción antijurídica.

2.3.2 ANTIJURICIDAD

La acción será antijurídica siempre que en ésta exista el conocimiento defectuoso evitable, lo que se considera el quebrantamiento del rol y que significa que el comportamiento es contrario a derecho porque el rol (la expectativa de la sociedad) que se considera el riesgo permitido fue inobservado, llevando a cabo el riesgo no permitido.

Este conocimiento defectuoso evitable es la afirmación que recibió el reconocimiento en la antijuricidad admitiendo que ante su existencia se admita la pena.¹⁹³

¹⁹³ Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Cuaderno civitas, España, 2000, pp.55 y 56.

En los delitos dolosos sin duda pudieron ser evitados, los delitos culposos se consideran imprudentemente evitables, lo cual corresponde que también sea antijurídico, es decir, mientras haya evitabilidad y no inevitabilidad es antijurídico.

Lo antijurídico se excluye siempre y cuando exista alguna causa de justificación favorable al Derecho.

2.3.3 CULPABILIDAD

La culpabilidad se concibe como aquel juicio de reproche mediante el cual se demuestra si la acción del autor expresa una falta de fidelidad al Derecho por esa comunicación defectuosa que se presentó.¹⁹⁴

La explicación funcional de la culpabilidad en cuanto a la comunicación consiste en la diferenciación de lo que se entiende por sentido o lo que se entiende por naturaleza; es decir, la existencia de la culpabilidad asegura la expectativa social, pero su ausencia de culpabilidad transforma la expectativa social en algo individual causal,¹⁹⁵ lo que pertenece al mundo de lo natural.

El Derecho penal espera la existencia de fidelidad suficiente al Derecho, lo que busca es garantizar el rol de ciudadano fiel al Derecho.

La transición de un concepto subjetivo de culpabilidad a un concepto normativo de culpabilidad, parte de una medida objetiva, por la que se aprecia el rol de ciudadano fiel al derecho, pero también se mide a la persona, no se mide individualmente al sujeto como en la dogmática tradicional (juicio de reproche), sino a una persona general, es decir aquella cuyo rol consiste en respetar el Derecho y no expresar una comunicación defectuosa.

Cualquier comportamiento que implique no respetar el Derecho es carente de sentido y por lo tanto culpable, sin embargo, el rol de la persona que respeta el Derecho no se contradice con una conducta carente de sentido, cuando se

¹⁹⁴Medina Peñaloza, *op.cit.*, p. 61.

¹⁹⁵ La ausencia de culpabilidad consiste en la falta de capacidad, ausencia inevitable de comprensión del injusto, y falta de exigibilidad. (Causa natural de inimputabilidad).

encuentre en circunstancias excluyentes, por ejemplo, cuando existe un error sobre la norma.¹⁹⁶

La culpabilidad pone como presupuesto la responsabilidad, desarrollándose el concepto de Derecho penal de culpabilidad por el acto en el que la culpabilidad es presupuesto de la pena, pues no puede imponerse una pena cuando no existe culpabilidad y esto es cuando no hay lesión a la vigencia de la norma jurídica. En tal sentido Medina Peñaloza refirió que Jakobs al extender el concepto acción hasta culpabilidad definió a la acción en cuanto a la culpabilidad como “la acción en un Derecho penal de culpabilidad”,¹⁹⁷ esto es la acción abarca hasta la culpabilidad.

En resumen, la acción es una acción culpable por lo que siempre que se actúa culpablemente habrá acción en la que se desconozca la vigencia de la norma que se conforma por las expectativas de la sociedad, que van se actualizan conforme la sociedad va evolucionando.

¹⁹⁶ Las causales de error sobre la norma son: con el estado de necesidad que no es contrario a Derecho, con el exceso en la legítima defensa contra el agresor quien no respeta el derecho, con las posiciones de conciencia en principio favorables al Derecho (exculpación del autor por convicción) y con el rol de una persona que respeta el derecho, pero su conducta carente de sentido fue por enfermedad o trastorno. *Cfr.* Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Cuaderno civitas, España, 2000, p.65.

¹⁹⁷ Quintero, María Eloísa y Polaino-Orts, Miguel (coord.), *op.cit.*, p.104.

CAPITULO III

INFLUENCIAS DOGMÁTICAS EN LA LEGISLACIÓN PENAL FEDERAL MEXICANA Y EN FUENTES INTERNACIONALES

La influencia de la teoría sistémica de Niklas Luhmann ayudó a que el derecho sea aceptado solo como derecho positivo; de manera que, superó el derecho natural (naturalismo), el derecho como el histórico proceso civilizatorio de la fuerza (progresista), el derecho como un arreglo de intereses negociados (contractualismo), la idea de que el derecho es útil (el utilitarismo) y la calificación del derecho como individualista (individualismo); todo esto con el fin de que se adaptara a las condiciones de una sociedad moderna.¹⁹⁸

El derecho positivo es la norma vigente, la influencia sistémica propone a la norma como una comunicación de derecho positivista, es decir a través de normas que contienen expectativas, lo cual caracteriza a esta teoría.

Recordemos que la Teoría Normativa del Derecho Penal Funcional establece que el derecho penal es una comunicación por medio de normas que contienen expectativas de la sociedad.

El quebrantamiento de la norma significa el quebrantamiento a la comunicación y la posibilidad para restaurar esa comunicación fracturada por un comportamiento desaprobado, es el castigo o la pena contenida en la propia norma, siendo la pena (norma) quien ayudará al derecho penal a cumplir su función de asegurar las expectativas sociales (norma); es decir, la restauración de la norma no se trata de proponer comportamientos acorde al derecho, sino es un llamado a rendir cuentas a quien fracture la comunicación (realidad).

Con la comprensión de lo anterior, a través de la teoría sistémica, la Teoría Normativa del Derecho Penal Funcional de Günther Jakobs establece el

¹⁹⁸ Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 2a. ed., trad. de Javier Torres Nafarrete, editorial Herder, México, 2005, pp. 71-94.

derecho como realidad y lo define como sistema, siendo ésta la perspectiva con la que se observará la norma penal mexicana.

3.1 POSTULADOS CONSTITUCIONALES

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es un texto que se prevé como parte del sistema derecho,¹⁹⁹ es la norma fundamental, es una ley vigente y es parte fundamental de la comunicación en el sistema derecho, asimismo es un marco que contiene programas.

La Constitución expresa los roles (derechos y deberes) que constituyen la indicación del comportamiento de la sociedad, y garantiza el cumplimiento de ambos a través de poderes integrados por instituciones y autoridades cuya función es cumplir con su deber en el ámbito de su competencia.

El artículo 14 constitucional,²⁰⁰ establece programas²⁰¹ que emplea el sistema para lograr la comunicación, uno de ellos es la igualdad bajo el valor de la legalidad que refiere que se debe cumplir solo con lo que la norma establece, es decir dejar del otro lado cualquier opción a la subjetividad. La legalidad está contenida en el programa igualdad, pues a todas las personas y en todos los casos debe imperar la norma.

También este artículo considera al programa justicia bajo el derecho a la defensa ya que a nadie se puede privar de la libertad, propiedad, posesiones o derechos, esto es, que antes de que se tome una decisión la norma comunica que debe escucharse a aquel que se juzga, lo que se propone como justo.

Bajo el mismo programa, la norma comunica también el debido proceso que consiste en llevar el juicio ante tribunales, observando “las formalidades

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 542.

²⁰⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 14.

²⁰¹ Entiéndase los programas como la asignación de valores derecho/no derecho. La Constitución establece un marco programático. Cfr. Luhmann Niklas, *El derecho de la sociedad*, 2a ed., trad. de Javier Torres Navarrete, Herder, México, 2005, p. 48.

esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”²⁰² (principio de retroactividad).²⁰³

Asimismo, se observa que la norma contiene una doble vista del rol (rol democrático): aquel que consiste en el derecho de ser oído y vencido en juicio y aquel que consiste en el deber de juzgar conforme a la ley.

La norma también comunica que, para la imposición de la pena por comportamientos desaprobados, ésta debe estar expresada en la norma, lo que una vez más refiere al principio de legalidad y a sus derivados: “*nullum poena, sine lege*”²⁰⁴ y el principio de prohibición de analogía.

El artículo 16 constitucional se refiere al procedimiento en los actos de molestia que en materia penal son la aprehensión, el cateo y la intervención de comunicaciones privadas.²⁰⁵ En estos actos de molestia interviene el principio de seguridad jurídica como valor del programa justicia, ya que establece que los actos de molestia deben ser justificados (fundamentación y motivación), contenidos en un escrito emitido por autoridad competente.

La norma comunica los requisitos que cada mandamiento escrito debe tener para justificar el acto de molestia; el cumplimiento de los requisitos constituye la validez de la ejecución del acto de molestia y que sin estos no hay validez; con base en ello se crea la distinción validez/invalidéz,²⁰⁶ con lo cual opera el código conforme derecho y no conforme derecho.

Por tanto, en el caso de la orden de cateo, sí y solo sí será válida y conforme a derecho cuando: la expida autoridad judicial a solicitud de Ministerio Público, se ejecute en el lugar señalado, se aprenda a la persona precisada, ocurra el hallazgo de los objetos que se hayan mencionado y al finalizar el cateo se realice el levantamiento de un acta circunstanciada en presencia de 2 testigos. De tal

²⁰² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 14.

²⁰³ La retroactividad consiste en que debe existir la norma antes del hecho, siendo evidente como el derecho positivo establece la diferenciación que observa la teoría sistémica norma/hecho.

²⁰⁴ No hay pena, sin ley.

²⁰⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 16.

²⁰⁶ La validez constituye un símbolo del que se dispone para generar la unidad del sistema y consiste en solo aceptar la comunicación. Cfr. Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 2a ed., trad. de Javier Torres Navarrete, Herder, México, 2005, p. 154-160.

manera, que para la orden de aprehensión y la autorización a intervención de comunicaciones se deben cumplir en su ejecución los requisitos constitucionales para que sea válido y conforme a derecho.

En el caso de la intervención de comunicación privada solo se puede con autorización judicial mientras éstas no hayan sido aportadas voluntariamente por particulares que participan en ella y que esté relacionada con la comisión de un delito, lo cual es la regla general, pero además respetando las excepciones ya que no podrán obtenerse o valorarse aquellas comunicaciones “de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor”,²⁰⁷ de lo cual se observa otra distinción (regla/excepción).

Al igual que en el artículo anterior se observa una doble vista del rol que consiste en la seguridad y confianza del gobernado y el deber de la autoridad competente.

En conclusión, del análisis de ambos artículos, confirmo la relevancia del derecho positivo (la norma vigente) y por tanto la perspectiva sistémica que considero ayuda a comprender al derecho como realidad.

En la realidad ocurre que los detenidos son liberados porque la autoridad no cumple con su rol, no observa la norma y solo actúa como cree conveniente, razón que aclara la gran impunidad que existe por el incumplimiento al rol, a los programas, valores, símbolos y código del sistema derecho.

El derecho en la teoría sistémica establece que la justicia es el programa que proyecta la unidad del sistema, esto es “un programa para todos los programas”,²⁰⁸ en tal sentido el derecho como sistema parcial no puede desistir de la idea justicia como programa de sus programas que dan el valor de lo que es conforme a derecho y lo que no es conforme a derecho.

²⁰⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 16.

²⁰⁸ *Ibidem*, pp. 278 y 279.

Al respecto, el artículo 17 constitucional comunica que ninguna persona puede ejercer el rol de obtener justicia por sí misma, pues el Estado a través de la comunicación jurídica garantiza la administración de justicia por tribunales en los plazos y términos de la propia comunicación, sus resoluciones serán prontas, completas e imparciales (no subjetividad), y es gratuita.²⁰⁹

La misma norma expresa que mientras no se afecten los derechos de las personas, la autoridad deberá “privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales”,²¹⁰ lo cual indica que la autoridad debe cumplir con su rol, es decir preferir la mejor solución y reitera que existe un sistema de organización (poder judicial para la toma de decisiones).

El artículo 19 constitucional comunica el plazo permitido de la detención sin que pueda éste exceder, a menos de que se justifique con un auto de vinculación a proceso,²¹¹ de lo que se observa la distinción detención legal/detención ilegal en función del tiempo, lo cual nos remite al símbolo de la validez/invalidez que obliga a aceptar que se está dentro o fuera del plazo y por tanto conforme derecho/no conforme derecho.

La misma norma establece la imposición de prisión preventiva justificada y oficiosa; la justificada como motivo “para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad y cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso”,²¹² y la oficiosa cuando sea por delitos graves; de lo cual observo la distinción prisión preventiva justificada/prisión preventiva oficiosa.

Dicha distinción ha generado múltiples reflexiones, las cuales construyen la complejidad del sistema y, a su vez la reducen, por ejemplo, en éstas se observa claramente lo que distingue a la prisión preventiva oficiosa de la prisión preventiva justificada. Asimismo, se destaca la reflexión compleja respecto a los delitos en

²⁰⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 17.

²¹⁰ *Idem.*

²¹¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 19.

²¹² *Idem.*

materia de hidrocarburos al establecer que el agente de Ministerio Público tenía que justificar la prisión preventiva debido a que ese delito no formaba parte del listado de delitos graves que contiene la Constitución, sin embargo, por su adición al listado actualmente forma parte, lo cual redujo la complejidad ya que la persona que lo cometa se le impondrá prisión preventiva oficiosa, es decir no deberá justificarse su aplicación, más que la pertenencia al listado del artículo 19 constitucional.²¹³

En este mismo artículo, se obliga a la autoridad a que todo el proceso lo siga por el/los hecho(s) delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso, lo que refiere el principio de legalidad. Asimismo, este artículo hace referencia indirectamente a la imputación, pues dicho auto de vinculación a proceso se dicta “por el hecho o hechos que fueron motivo de la imputación”²¹⁴ que formula el Ministerio Público, lo que conlleva al análisis de la imputación que considero debe realizarse conforme a la Teoría Normativa del Derecho Penal Funcional porque ésta también comprende el Derecho como realidad,²¹⁵ ya que la sociedad opera bajo el sentido que configuran las normas, es decir, la sociedad moderna es normativa.

²¹³ **Algunas reflexiones son:**

1.- **“PRISIÓN PREVENTIVA JUSTIFICADA EN LOS DELITOS COMETIDOS EN MATERIA DE HIDROCARBUROS. EL HECHO DE QUE EL ARTÍCULO 4, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY FEDERAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LOS ILÍCITOS EN DICHA MATERIA, IMPONGA AL MINISTERIO PÚBLICO DE LA FEDERACIÓN LA OBLIGACIÓN DE SOLICITARLA COMO MEDIDA CAUTELAR, NO IMPLICA QUE EL JUEZ SE ENCUENTRE CONSTREÑIDO, EN TODOS LOS CASOS, A OTORGARLA”.** Tesis VI.2o.P.44 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, agosto de 2018, p. 3017, <file:///C:/Users/User/Documents/TESIS%202023/CAPITULO%203/tesis%20ocupadas/Tesis2017569.pdf>. 20 de mayo de 2023, 14:05.

2.- **“PRISIÓN PREVENTIVA JUSTIFICADA. PROCEDE IMPONERLA, SIEMPRE QUE UNA DIVERSA MEDIDA CAUTELAR NO SEA SUFICIENTE PARA GARANTIZAR ÚNICA O CONJUNTAMENTE ALGUNO DE LOS SUPUESTOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 167, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES”.** Cfr. Tesis I.1o.P.120 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, agosto de 2018, p. 2964, <file:///C:/Users/User/Documents/TESIS%202023/CAPITULO%203/tesis%20ocupadas/Tesis2017702.pdf>. 20 de mayo de 2023, 14:05.

3.- **“PRISIÓN PREVENTIVA JUSTIFICADA. LA IMPOSICIÓN DE ESTA MEDIDA CAUTELAR CON BASE EN APRECIACIONES SUBJETIVAS DEL JUEZ DE CONTROL ES ILEGAL”.** Cfr. Tesis XVII.1o.P.A. J/34 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Undécima Época, t. V, agosto de 2021, p. 4739, <file:///C:/Users/User/Documents/TESIS%202023/CAPITULO%203/tesis%20ocupadas/Tesis2023411.pdf>. 20 de mayo de 2023, 14:05.

4.- **“PRISIÓN PREVENTIVA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. EL LISTADO DE DELITOS POR LOS QUE DEBE ORDENARSE OFICIOSAMENTE LA IMPOSICIÓN DE ESTA MEDIDA CAUTELAR, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, NO LIMITA LAS FACULTADES LEGISLATIVAS DE LOS ESTADOS O LA FEDERACIÓN PARA CONSIDERAR APLICABLE ESA MEDIDA CAUTELAR A OTROS ILÍCITOS”.** Cfr. Tesis II.2o.P.64 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, mayo de 2018, p. 2741, <file:///C:/Users/User/Documents/TESIS%202023/CAPITULO%203/tesis%20ocupadas/Tesis2016873.pdf>. 20 de mayo de 2023, 14:05.

²¹⁴ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 316.

²¹⁵ Teoría de la imputación objetiva y la teoría del riesgo.

Respecto al artículo 20 constitucional,²¹⁶ se establece **el proceso penal** como un medio “para resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito”;²¹⁷ la solución debe comprenderse como la función del derecho penal de asegurar la expectativa social.

En el artículo 21 constitucional observo el rol exclusivo que le asiste a la autoridad de brindar seguridad pública con el fin de preservar el orden público y la paz social; el rol del Ministerio Público y policía durante la investigación de los delitos; el rol de la autoridad judicial de imponer las penas, la modificación y duración de éstas; y, el rol de la autoridad administrativa de aplicar sanciones, dichos roles en conjunto apoyan la función del Derecho penal de asegurar la expectativa social.²¹⁸

Otro artículo es el 22 constitucional, en éste observo el principio de legalidad en la pena,²¹⁹ ya que solo la pena que refiera el tipo penal es la pena que puede ser impuesta, a su vez, se infiere al principio de prohibición de analogía, el cual consiste en que la acción como la omisión tiene pena establecida, lo que indica que no se impone pena diferente, ni parecida ni tampoco pena que no comunique la norma para la restauración de la comunicación jurídica. En tal sentido, la norma contiene el valor legalidad que se mencionó deriva del programa justicia.

El artículo 73 constitucional fracción XXI incisos a), b) y c) expresa la facultad que tiene el Congreso de la Unión para expedir la normatividad penal que consta en la legislación sustantiva penal y procesal penal; de la primera podrá el Congreso expedir leyes generales que establecen los tipos penales y sus sanciones en materias especiales como secuestro, trata de personas, entre otros (materia especial), también podrá expedir la legislación que establezca los delitos y faltas en contra de la Federación (ley federal) así como en materia de delincuencia organizada (materia especial).²²⁰

²¹⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 20.

²¹⁷ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 2.

²¹⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 21.

²¹⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 22.

²²⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 73 fracción XXI incisos a), b) y c).

Asimismo, en lo que respecta a la legislación procesal penal, el Congreso podrá expedir la legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias, de ejecución de penal y de justicia penal para adolescentes, la cual rigen en el orden federal y fuero común (ley nacional). Dicha actividad legislativa se orienta con la distinción derecho material/derecho procesal, así también la distinción ley general/ley federal/ley nacional.²²¹

Por último, el artículo 102 constitucional comunica la organización del Ministerio Público, única autoridad que con la amplitud de sus deberes le corresponde mayor participación para asegurar la expectativa y restaurar la comunicación quebrantada, pues además de la persecución de los delitos, ésta presentará pruebas, se encargará de que exista una impartición de justicia pronta y expedita, pida la aplicación de las penas, así como otros deberes que la ley señale.²²²

3.2 LEGISLACIÓN PENAL SUSTANTIVA

La comunicación jurídica en el sistema derecho consiste en la orientación de la sociedad bajo expectativas normativas, las cuales pueden ser quebrantadas por ésta. Esto significa que la norma presupone la desviación del comportamiento, ya que la norma no cumple la función de asegurar comportamientos conforme a ésta, sin embargo, sí tiene la función de proteger la expectativa.

La norma sustantiva penal mexicana contiene tipos penales y la consecuencia jurídica que consiste en la pena o sustituto, la cual se encarga de remediar la comunicación jurídica y, por tanto, asegurar la expectativa social.

La legislación penal mexicana opera con la distinción “derecho material/derecho procesal”; en conjunto cumplen con la protección a la expectativa de serle fiel al Derecho, pues el conflicto se resuelve por una decisión con base en

²²¹ *Idem.*

²²² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 102.

razones que remiten a la norma vigente,²²³ lo que describe al sistema derecho como una instancia de decisión.

Dentro del derecho material a analizar se encuentra el Código Penal Federal, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, las cuales se analizarán desde una perspectiva sistémica funcionalista.

3.2.1 CÓDIGO PENAL FEDERAL

El Código Penal Federal de México en el artículo 1 comunica los delitos del orden federal, lo cual permite la distinción con el orden.²²⁴ En lo que respecta al artículo 6 del mismo ordenamiento comunica otra distinción, como lo es el delito contenido en leyes especiales o tratados de los cuales México es parte,²²⁵ con el énfasis de que en caso de que la materia sea regulada por diversas disposiciones, prevalecerá la especial, lo que también implica la distinción ley general/ley especial.

En el artículo 7 la norma sustantiva penal define al delito como el acto u omisión (comportamiento desaprobado) que en caso de su comisión o permisón se sanciona. En esta disposición observo la referencia a la imputación objetiva bajo el término “atribuible”, cuya esencia de ésta consiste en el quebrantamiento del rol por el obrar de la persona; la norma comunica también que se imputará, por omisión el resultado a la persona que lo permita y no lo impida al constituir parte de su deber (rol).²²⁶ De dicha atribución del resultado logro destacar la distinción cumplimiento al deber/ incumplimiento al deber.

Los artículos 8²²⁷ y 9²²⁸ comunican el elemento subjetivo que interviene en la realización de la conducta prohibida por la norma, la cual distingue intención/imprudencia, sin embargo, tanto el obrar dolosamente como el obrar

²²³ Cfr. Luhmann, Niklas, El derecho de la sociedad, 2a ed., trad. de Javier Torres Navarrete, Herder, México, 2005, p. 575.

²²⁴ Código Penal Federal de México, artículo 1.

²²⁵ Código Penal Federal de México, artículo 6.

²²⁶ Código Penal Federal de México, artículo 7.

²²⁷ Código Penal Federal de México, artículo 8.

²²⁸ Código Penal Federal de México, artículo 9.

culposamente como bien lo acotamos en la teoría normativa del derecho penal funcional pueden ser evitables; en el primero no realizando o no permitiendo la conducta y en el obrar culposo no violando el deber de cuidado, es decir cumpliendo el rol que implica lo objetivo.

Esta violación al deber de cuidado (rol) es muy importante, pues será evitable la violación al rol siempre que sea observado éste; por ejemplo una madre que no le da de comer a su hijo recién nacido (rol), no puede recurrir a la frase “no quería el resultado”, pues la privación de alimentos, llevaron a su hijo a un estado crítico del que posiblemente no logre sobrevivir; o el ejemplo de la enfermera, en el cual no puede invocar la frase “perdón se me olvidó ese paciente” cuando por no suministrar el medicamento (rol), el paciente se puso grave, y, por último, la persona que acelera y se pasa un alto con lo que provoca una colisión y con ésta la muerte de personas.

Dichos ejemplos muestran lo previsible que pudieron ser tales resultados cumpliendo las personas activas el rol que les corresponde. Por tal motivo la relevancia penal de la conducta ya no es por un causalismo (causa-efecto) o finalismo (la finalidad), sino por algo normativo que implica la infracción de un deber inherente al rol de la persona (funcionalismo de Jakobs-lo normativo),²²⁹ lo cual es congruente con la función que tiene el derecho de introducir orden al anticipar lo que se debe esperar justificadamente de las personas y esa seguridad es la que otorga la expectativa y éste deber ser crea la comunicación (funcionalismo de Niklas-lo positivo).²³⁰

En el artículo 12, la norma describe la tentativa como la realización u omisión en parte o total de los actos u omisiones que producen el resultado, sin embargo, “no se consuma por causas ajenas a la voluntad”²³¹ de la persona que quería el resultado, lo que arroja una primera distinción tentativa/consumación.

²²⁹ Polaino-Orts, Miguel, *op. cit.*, p. 261.

²³⁰ Luhmann, Niklas, *op. cit.*, p. 209

²³¹ Código Penal Federal de México, artículo 12.

Ahora bien, lo contrario a la tentativa implica lo designado como desistimiento espontáneo o impedimento de la consumación del delito; de esto observo la distinción tentativa/desistimiento/impedimento. De tal manera, que la distinción siempre está presente, ya sea a través de la observación, de la descripción o de la designación que se aprecia de la norma.²³²

El artículo 20 comunica la reincidencia cuando “el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito”²³³ (comportamiento desaprobado), pues una vez más el condenado será sancionado por el actual quebrantamiento a la norma, lo que llevará a la nueva restauración de la comunicación jurídica, sobresaliendo la distinción primodelincuente/reincidente.

Los tipos penales descritos en el ordenamiento sustantivo penal señalan la pena para restaurar la comunicación que el comportamiento desaprobado quebrantó, de conformidad con el artículo 24 de esta norma sustantiva, el cual establece el catálogo de penas y medidas de seguridad.²³⁴

3.2.2 LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

En esta ley trata el Derecho penal del enemigo empleado por Günter Jakobs, quien menciona que este derecho solo es legítimo en países democráticos.²³⁵ México integra el tipo de la delincuencia organizada como legítimo²³⁶ y se integra al sistema derecho.

El derecho penal del enemigo trae la distinción enemigo/ciudadano, la que hace énfasis a la existencia del otro derecho que refiere al Derecho penal del ciudadano,²³⁷ en cambio, el otro lado de ese derecho consiste en el derecho penal

²³² Luhmann, Niklas, *op. cit.*, pp. 79 y 80.

²³³ Código Penal Federal de México, artículo 20.

²³⁴ Código Penal Federal de México, artículo 24.

²³⁵ Las normas en los países democráticos son legítimas hasta que no sea declarada inconstitucional por el tribunal competente para ello, en México quien conoce de las acciones de inconstitucionalidad y al resolver declare la invalidez de una norma impugnada es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de conformidad con el artículo 105 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²³⁶ Daza Gómez, Carlos *et al.*, *op.cit.*, p. 441.

²³⁷ Recordemos al ciudadano como aquella persona que respeta el Derecho, es fiel al Derecho, por lo que el Derecho penal del ciudadano va en contra de aquella persona que no respeta el Derecho, que infringe la expectativa social.

del enemigo definido por Jakobs como “un ordenamiento de combate contra manifestaciones exteriores de peligro, desvaloradas por el legislador y que éste considera necesario reprimir de manera más agravada que en el resto de los supuestos”,²³⁸ más agravada porque son el enemigo del Estado.²³⁹

Este ordenamiento combate el delito de delincuencia organizada tipificado en el artículo 2 que atribuye responsabilidad por el mero hecho de ser miembro de una organización delictiva integrada por 3 o más personas para realizar conductas con el fin de cometer ciertos delitos.²⁴⁰

Este delito se aleja del autor único porque actúan 3 o más personas, lo que implica colectividad, asimismo también se anticipa a la realización de comportamientos prohibidos siendo suficiente que la organización tenga como fin cometerlos, aun así, lo objetivo de este delito desde mi punto de vista corresponde a la consumación de una organización, es decir, la creación de la organización delictiva por 3 o más miembros, siendo esta conducta suficiente para atribuir la responsabilidad.

La norma comunica que dicha organización consumada tiene como fin o resultado cometer alguno o algunos delitos, destacando que la organización va contra la expectativa social de la persona en Derecho (rol ciudadano). Esto es, la norma contiene las expectativas de la sociedad que conforman el rol del ciudadano, esto quiere decir bajo la perspectiva de Jakobs que “todo ciudadano está en obligación de colaborar, de un modo general, al funcionamiento de la juricidad”,²⁴¹ lo que significa no quebrantar la norma lesionando las expectativas que hay en ésta, por lo que el enemigo no cumple con el deber de ciudadano y por tanto con la expectativa social poniendo en duda la vigencia de la norma,²⁴² lo cual objetivamente es atribuible.

²³⁸ Los otros supuestos son considerados en el Derecho penal del ciudadano; es decir supuestos que no atentan contra el Estado y su seguridad.

²³⁹ *Ibidem*, p. 414.

²⁴⁰ Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, artículo 2..

²⁴¹ Daza Gómez, Carlos *et al.*, *op.cit.*, p. 437.

²⁴² García Ramírez, Sergio y Rojas Valdez, Eduardo, *Evolución y resultados de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*, UNAM, México, 2020, p.17-25.

El trato por esta ley corresponde a la distinción de enemigo/no enemigo, ya que no se le puede tratar igual a una organización consumada para fines o resultados delictivos que no reconoce el derecho, que genera a las personas inseguridad e impide que la sociedad pueda “tener razonable confianza en que el derecho mantenga su vigencia”.²⁴³

La ley comunica otros dos supuestos por los que se puede atribuir la responsabilidad, su artículo 2 bis establece que es atribuible la responsabilidad a quien acuerde cometer las conductas delictivas del artículo 2 y acuerde los medios para realizarlo.²⁴⁴ El artículo 2 ter atribuye la responsabilidad a quien conociendo “la finalidad y actividad delictiva general de una organización criminal, participe intencional y activamente en sus actividades ilícitas u otras de distinta naturaleza cuando conozca que con su participación contribuye al logro de la finalidad delictiva”²⁴⁵ (participación accesoria). En ambos supuestos considero que es posible aplicar la imputación objetiva apoyándose de la teoría de la interpretación del suceso, en la que será atribuible la responsabilidad siempre y cuando la participación no sea conforme al criterio de prohibición de regreso,²⁴⁶ lo que implica la no responsabilidad y la justificación de su participación, de acuerdo con la Teoría Normativa del Derecho Penal Funcional.

En el artículo 7 de esta ley noto la existencia de un acoplamiento operativo entre esta norma sustantiva y el Código Nacional de Procedimientos Penales, ya que la norma adjetiva es quien propone el procedimiento por el delito de delincuencia organizada.²⁴⁷

Por otra parte, el artículo 8 atribuye la competencia exclusiva a los Agentes de Ministerio Público de la Federación para llevar “la investigación y procesamiento de delitos cometidos por personas que formen parte de la delincuencia organizada”.²⁴⁸

²⁴³ Daza Gómez, Carlos *et al.*, *op cit.*, p. 416.

²⁴⁴ Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, artículo 2 Bis.

²⁴⁵ Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, artículo 2 Ter.

²⁴⁶ Recordemos que la prohibición de regreso es el criterio de la interpretación del suceso en el que alguien como miembro de una organización criminal saca provecho de una persona que está cumpliendo solo con su rol para hacer uso de éste en la organización criminal.

²⁴⁷ Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, artículo 7.

²⁴⁸ Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, artículo 8.

Asimismo, la autoridad para cumplir con su rol tiene técnicas de investigación para ello, de lo cual observo que al ser una organización criminal (muchas personas actúan para cometer delitos) se considera peligroso y por lo mismo hay técnicas diferentes a aquellas que consideran otros supuestos delictivos, por ejemplo, en este tipo penal observo las operaciones encubiertas como táctica para que la autoridad cumpla con el objetivo de tener conocimiento respecto a la organización delictiva conforme al artículo 11 de esta norma,²⁴⁹ enfatizando que al llevar a cabo esta táctica se considera el consentimiento de la persona que operará en la misión,²⁵⁰ pues nadie es obligado para ello al considerarse una operación riesgosa,²⁵¹ por ello puedo distinguir entre operaciones de delitos comunes y operaciones de delito de delincuencia organizada.

Por último, considero que esta norma especial considera el principio de especialidad pues solo se encarga de un ámbito más reducido al encargarse únicamente del tipo penal de delincuencia organizada.

3.2.3 LEY GENERAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LOS DELITOS EN MATERIA DE SECUESTRO

La visibilidad del Derecho penal del enemigo en la Ley Federal de Delincuencia Organizada que se trató anteriormente, también se acopla a la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, ya que el secuestro se considera dentro de los delitos que las organizaciones criminales tienen como fin o resultado cometer.

Los delitos por los cuales se atribuye responsabilidad (imputación objetiva) corresponden a la privación de la libertad, con los propósitos establecidos

²⁴⁹ Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, artículo 11.

²⁵⁰ Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, artículo 11 Bis párrafo cuarto.

²⁵¹ Se debe tomar en cuenta que las operaciones encubiertas son una operación riesgosa, pero es riesgo permitido por la norma pues no es con el fin de perjudicar a la sociedad, si no, al contrario. La persona en esta técnica consiente apoyar a la autoridad bajo la instrucción fundada y motivada por ésta, las acciones como persona encubierta en una organización delictiva están amparadas como excluyente de responsabilidad por encontrarse en cumplimiento del deber jurídico. Sí existe una alianza con personas que no reconocen el Derecho, sin embargo, esto no responsabiliza a la persona encubierta pues solo es con fines de obtener mayores datos y se pueda en su momento **atribuir la responsabilidad (imputación objetiva)**.

por el artículo 9 de esta ley,²⁵² es importante señalar que una de las circunstancias modificativas agravantes de la penalidad de acuerdo con el artículo 10 fracción segunda, inciso a) de la ley, consiste en que la consumación del secuestro haya sido por “integrantes de alguna institución de seguridad pública, de procuración o administración de justicia, o de las Fuerzas Armadas Mexicanas, o se ostenten como tales sin serlo”,²⁵³ norma que anticipa, con el aumento de la penalidad la infidelidad al derecho por quienes su auténtico rol es velar por el respeto a la ley y protección a las personas, lo que comprueba que las personas son seres normativos obligados a rendir cuentas a aquellos que no cumplen con la expectativa en mayor o menos medida, conforme a su rol, comunicación con la que se aprecia claramente la función del Derecho de asegurar la expectativa social.

El artículo 11 de esta ley contempla otro caso que es importante destacar consistente en la privación de la vida a la víctima de secuestro, caso que al igual que el anterior sanciona severamente la infidelidad al Derecho.

Otro artículo es el 23, el cual establece que el delito de secuestro es perseguido y sancionado por autoridades del fuero común, con excepción de que éste sea con el fin o el resultado de una organización de la Delincuencia Organizada, caso en el cual es exclusivamente de competencia federal, así como cuando el Ministerio Público Federal atraiga la investigación, el secuestro tenga conexidad con delitos investigados por la autoridad federal y, la autoridad federal haya prevenido en el conocimiento, lo haya detenido al imputado o, cometido en territorio extranjero el secuestro, se siga cometiendo o produzca sus efectos en territorio nacional.²⁵⁴

²⁵² “Artículo 9. – **Al que prive de la libertad a otro** se le aplicarán: I. **De cuarenta a ochenta años de prisión y de mil a cuatro mil días multa**, si la privación de la libertad se efectúa con el propósito de: **a) Obtener, para sí o para un tercero, rescate o cualquier beneficio; b) Detener en calidad de rehén a una persona y amenazar con privarla de la vida o con causarle daño, para obligar a sus familiares o a un particular a que realice o deje de realizar un acto cualquiera; c) Causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a terceros; o d) Cometer secuestro exprés, desde el momento mismo de su realización, entendiéndose por éste, el que, para ejecutar los delitos de robo o extorsión, prive de la libertad a otro.**”

“Lo anterior, con independencia de las demás sanciones que conforme a esta Ley le correspondan por otros delitos que de su conducta resulten”. Ley General para Prevenir y Sancionar los delitos en Materia de Secuestro (negritas y subrayado añadido).

²⁵³ Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, artículo 10.

²⁵⁴ Reglas de competencia previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación conforme al artículo 51 y del Código Nacional de Procedimientos Penales conforme al artículo 20.

Por otro lado, el artículo 5 de esta norma establece que el delito de secuestro es imprescriptible,²⁵⁵ por lo que hago referencia a la distinción imprescriptible/prescriptible.

3.3 CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

La norma procesal, la normatividad material y la norma constitucional mantienen un acoplamiento operativo por medio del cual llevan a cabo la función del derecho penal de garantizar la expectativa social, lo que nutre la confianza de la sociedad y mantiene la vigencia de la norma.

El acoplamiento consiste en tres importantes distinciones dentro del sistema derecho: derecho constitucional/derecho material/derecho procesal; dichas distinciones conducen a que la norma procesal funcione para la aplicación de la norma material y respetando la norma constitucional, dicho funcionamiento garantiza la expectativa social.

La función del Código procesal es “resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito”;²⁵⁶ dicha función revela lo que postula la teoría normativa del derecho penal funcional, es decir también implica resolver un problema; ambas funciones confirman el postulado del derecho como sistema (teoría de los sistemas) que consiste en asegurar la expectativa de lo cual deviene la fidelidad del Derecho,²⁵⁷ en todo lo cual está considerada la sociedad ya que es quien configura la expectativa. El problema es el hecho, suceso o acontecimiento que ocurre en sociedad (comportamiento) y el funcionalismo muestra como opera la solución al llamado conflicto, esto es una decisión que remite a la norma, bajo el código derecho/no derecho.²⁵⁸

²⁵⁵ Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, artículo 5.

²⁵⁶ “Artículo 2. - Objeto del Código. Este Código tiene por objeto establecer las normas que han de observarse en la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos, para esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño, y así contribuir a asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.” Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 2.

²⁵⁷ El derecho va más allá de regular conflictos, pues también es un mecanismo de estabilizar las expectativas. *Cfr.*

Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 2a. ed., trad. de Javier Torres Nafarrete, editorial Herder, México, 2005, p. 195.

²⁵⁸ La forma del derecho se encuentra entre la combinación de expectativas normativas (norma), expectativas cognitivas (aplicación de teorías jurídicas) y la distinción del código derecho/no derecho (decisiones judiciales). *Cfr. Ibídem*, pp. 190-193.

Al considerar a la sociedad, a través de sus expectativas contenidas en las normas el Derecho funciona y propone la continuidad de su función, las normas determinan el Derecho y éstas no se estructuran jerárquicamente sino colateralmente formando redes, es decir se entiende la razón de que ninguna norma es más relevante que otra.

El procedimiento ordinario consiste en tres etapas: “la de investigación, la intermedia y la de juicio”,²⁵⁹ las tres parten de la expectativa social de “esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño”,²⁶⁰ para llegar a la solución del conflicto y garantizar la expectativa social.

Las 3 etapas del procedimiento considero que refieren al postulado más importante de la teoría normativa del derecho penal funcional consistente en la IMPUTACIÓN OBJETIVA.

Durante la investigación el Ministerio Público formula la imputación cuando obren en la carpeta de investigación datos suficientes para hacerlo.

Cuando el Ministerio público formula la imputación de acuerdo con el Código Nacional de Procedimientos Penales comunica al imputado: “el hecho que se le atribuye, la calificación jurídica preliminar, la fecha, lugar y modo de su comisión, la forma de intervención que haya tenido en el mismo, así como el nombre de su acusador”,²⁶¹ a menos que sea necesario reservar su identidad.

El interés de esta investigación recae en que para formular la imputación se considere la imputación objetiva del comportamiento con base en la teoría de la interpretación del suceso, pues ésta vincula el suceso cometido o permitido en el mundo exterior con la persona que lo realizó o permitió, esto implica un análisis objetivo y no causal ni tampoco finalístico, es decir un análisis al quebrantamiento del rol por la persona que incremento el riesgo, lo cual es acorde al desarrollo de la sociedad en una sociedad moderna, pues el riesgo siempre está presente en ésta y depende solo de la persona su incremento.

²⁵⁹ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 211.

²⁶⁰ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 2.

²⁶¹ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 311.

La formulación de imputación es el acto más importante tanto procesal como del punto de vista material, ya que en el ámbito material la teoría normativa del derecho penal funcional estima a la persona como normativa, esto es el rol de la persona está contenido en la norma o lo que es lo mismo, la norma comunica el rol; el quebrantamiento del rol y por ende de la norma es el comportamiento desaprobado por la falta al reconocimiento de la vigencia de la norma, tal quebrantamiento de la comunicación es motivo para definir a la acción como la causación de un resultado que se pudo evitar y a la omisión como la no evitación de un resultado que se pudo evitar al respetar el rol y en consecuencia operar los criterios de evitabilidad, adecuación social y el elemento social, los cuales fueron abordados en el capítulo anterior.

Por cuanto a la importancia procesal radica en que desde la imputación se comunica el hecho que se le atribuye al imputado, la cual debe abordarse como se expuso en el párrafo anterior. Asimismo, la norma adjetiva penal comunica que el proceso solo se seguirá por “el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso”,²⁶² que no es más que lo establecido en la imputación.

La acusación que es solamente respecto a “los hechos y personas señaladas en el auto de vinculación a proceso”,²⁶³ de lo cual afirmo que lo relevante de todo el procedimiento es la imputación, pues ésta constará en la vinculación a proceso.

Finalmente, en la etapa de juicio, el juicio se realiza sobre la base de la acusación, la cual implica lo establecido en la vinculación a proceso y ésta corresponde a lo comunicado en la formulación de imputación; esto muestra la importancia que le dio la teoría normativa del derecho penal funcional a la categoría de la imputación objetiva, ya que funciona como la estructura del procedimiento penal.

La imputación objetiva tiene la función de atribuir la responsabilidad a una persona que quebrantó la norma que contiene un hecho que señala como delito

²⁶² Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 316.

²⁶³ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 335.

y la sanción por su comisión, la cual se impone al culpable y garantiza la expectativa social.

La imputación objetiva cumple el objeto de la norma adjetiva de solucionar el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, logra esclarecer los hechos, protege al inocente y procura que el culpable no quede impune;²⁶⁴ es decir crea una estructura que atribuye una clara responsabilidad al autor o partícipe, lo que permite concluir que debe aplicarse la Teoría Normativa del Derecho Penal Funcional, ya que se ajusta a una sociedad moderna.

Por otro lado, la culpabilidad de la persona de acuerdo con el Código único corresponde a la parte acusadora demostrarla, conforme lo establece el tipo penal, esto es, el Ministerio Público tiene la obligación de probar la existencia del delito y la responsabilidad plena de la persona, quien tendrá que rendir cuentas por el quebrantamiento a la comunicación. Esta disposición también es importante porque las pruebas que reúna la autoridad a través de esta combinación y bajo la aplicación de la imputación es la única forma que tiene el derecho para señalar objetivamente a la persona responsable y ésta rinda cuentas, y por tanto cumpla el Derecho con su función de asegurar la expectativa, es decir imponiendo la pena.

Por último, considero que una imputación objetiva bajo el análisis de la interpretación del suceso ayuda a que la sentencia se configure sin duda, lo que permite que se cumpla con el principio in dubio pro reo.

3.4 JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES LATINOAMERICANAS

En México la responsabilidad penal se decide conforme a una teoría del delito finalista (capítulo 1 de esta obra) contenida en el artículo 8 y 9 del Código Penal Federal y los correlativos de los estados de la República; sin embargo, expongo dos criterios orientadores que distinguen con perspectiva normativista funcional la distinción cumplimiento del rol/quebrantamiento del rol.

²⁶⁴ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 2.

El primer criterio se relaciona con el cumplimiento del rol bajo un error de prohibición:²⁶⁵

ERROR DE PROHIBICIÓN. DEBE CONSIDERARSE QUE SE ACTUALIZA CUANDO LAS CIRCUNSTANCIAS DEL HECHO TÍPICO REVELAN INEQUÍVOCAMENTE QUE EL SUJETO ACTIVO SE CONDUJO CREYENDO QUE SU CONDUCTA ESTABA APEGADA A DERECHO.

El conocimiento de la antijuridicidad, como requisito que fundamenta la culpabilidad del individuo, debe apreciarse en cada caso concreto teniendo en cuenta tanto factores objetivos sobre la mecánica de los hechos, como psicológicos y sociales que afecten la percepción de la norma penal que pueda tener el sujeto activo, para así establecer con mayor exactitud si la conducta típica debe reprochársele desde el punto de vista criminal. Por tanto, cuando una persona se presenta espontáneamente ante la ventanilla de atención al público de una zona militar, con el propósito de registrar un arma de fuego de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, es factible aceptar que actúa bajo un error sobre el alcance de la norma, pues de conocer que la tenencia del arma de tales características no se permite a particulares, seguramente no habría intentado el trámite de registro, con el consecuente riesgo de ser considerado como un delincuente flagrante del delito de portación. Más bien, esa actitud de entregar sin temor el arma, revela que creía estarse conduciendo sin infringir disposiciones legales, motivo por el cual no puede decirse, desde la perspectiva del funcionalismo penal, que su intención haya sido delinquir, actualizándose así el error de prohibición previsto en el artículo 15, fracción VIII, inciso b), del Código Penal Federal.

En este criterio puedo advertir claramente el cumplimiento del rol de ciudadano poseedor de un arma, pues la persona quiso cumplir como una persona en Derecho, ya que pretendió el cumplimiento de la obligación de registrarla, esto es la acción posesoria fue estrictamente para registrarla, lo cual es contrario a un aumento de riesgo ya que se apegó a la expectativa normativa, es decir se apegó a la forma de funcionar del Derecho.

Lo anterior es distinto a la mera posesión que se tiene de un arma, sin voluntad de registrarla, comportamiento riesgoso y que quebranta el rol y por ende a la norma.

²⁶⁵ Tesis XXI.1o.P.A.20 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXII, septiembre de 2005, p. 1461. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/177300>. 24 de mayo de 2023, 10:00

El segundo criterio consiste en el incumplimiento del rol cuya imputación corresponde al riesgo creado (imputación objetiva):²⁶⁶

IMPUTACIÓN OBJETIVA. CASO EN EL QUE SE ATRIBUYEN LAS LESIONES OCASIONADAS A UNA PERSONA POR LA CAÍDA DE UN ANUNCIO ESPECTACULAR, QUE PUSIERON EN PELIGRO SU VIDA (DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN), AL APODERADO LEGAL DE LA PERSONA MORAL QUE FIRMÓ EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO CORRESPONDIENTE, EN VIRTUD DEL RIESGO CREADO BAJO SU POSICIÓN DE GARANTE (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

De conformidad con el artículo 16, fracción I, inciso c), del Código Penal para el Distrito Federal, en los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si como en el caso es garante del bien jurídico en razón de que con una actividad precedente culposa generó el peligro para el bien jurídico. Luego, si el activo, en virtud de un contrato de arrendamiento, instaló un "espectacular" en un lugar no apto, sin supervisión ni mantenimiento y sin cumplir los requisitos administrativos para ello, al no contar con la licencia correspondiente, el cual se desprendió por una ráfaga de viento y con ello ocasionó a la ofendida lesiones que pusieron en peligro la vida por dejarle incapacidad parcial permanente por enajenación mental. Este resultado es objetivamente imputable a quien como apoderado legal de la empresa signó el contrato respectivo para la colocación que se realizó bajo su cuidado y vigilancia, con lo que tenía el carácter de garante respecto de los riesgos y resultados lesivos que generó el producto colocado, bajo su cuidado y vigilancia, al incumplir los deberes de cuidado que le eran objetivamente exigibles observar.

En este criterio la atribución del resultado observó el riesgo creado, al no cumplir la persona con sus deberes, esto es ante el incumplimiento a su rol, lo cual fue la causa que originó el riesgo pudiendo evitar que la publicidad se desprendiera por una ráfaga de viento, pues lo único inevitable es la ráfaga de viento.

Es importante mencionar que el criterio ubica a la persona responsable con la calidad de garante al bien jurídico por una actividad precedente que generó el riesgo y fue causa de los resultados lesivos, sin embargo, afirmo que no solamente quien celebró el arrendamiento e instaló el espectacular le asiste el deber de supervisión, mantenimiento y cumplimiento de los requisitos administrativos, pues al primero que le asiste la calidad de garante es al Estado quien a través de

²⁶⁶ Tesis I.9o.P.72 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, enero de 2015, p. 1905, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2008342>. 24 de mayo de 2023, 10:00.

las autoridades competentes tienen la obligación de verificar administrativamente la instalación, es decir, me refiero a que este resultado debe ser atribuido a toda persona cuyo deber de mantenimiento o protección a tal espectacular no lo cumplió, pues el riesgo creado devino del quebrantamiento al rol de todas aquellas personas que se encargan del mantenimiento, protección y orden de la publicidad al exterior.

En México los referidos criterios producen un intento de solución a través de la imputación objetiva, más cierta y menos subjetivista, pues lo objetivo es el rol y el riesgo que crea su quebrantamiento.

Por otro lado, en **la República Argentina** existen importantes resoluciones que le han dado un giro al derecho penal con el uso de la imputación objetiva para aquellos casos complejos en los que es difícil determinar la culpa, dolo eventual, o bien, si fue un caso inevitable, esto es a pesar de que se pudo realizar cualquier cosa para evitarlo, no podía ser evitado (causa fuera de las manos del ser humano).

La resolución con registro N° 1364/2017, sentencia condenatoria de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los magistrados Luis Fernando Niño, Eugenio Sarrabayrouse y Daniel Morin encargados de resolver los recursos de casación interpuestos, asunto caratulado “Di Bella, Diego Martín y otro s/ homicidio en ocasión de robo”.²⁶⁷

Los hechos ocurridos son los siguientes:

1. El 30 de julio de 2004 con posterioridad a las 21:00 Silvana Paula Maquieira y Diego Martín Di Bella, junto con la ya condenada Eva Leonor García, ingresaron mediante engaños al domicilio en Buenos Aires del matrimonio Sr. Omar Narciso Manti y la Sra. Leticia Botta, a cuyos últimos se les suministró benzodiazepinas en las bebidas

²⁶⁷ Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires, caso Di Bella, Diego Martín y otro s/ homicidio en ocasión de robo, resolución de los magistrados de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires del 15 de diciembre de 2017, disponible en: <file:///C:/Users/User/Downloads/17810009.pdf>. 25 de mayo de 2023, 10:00.

que ingirieron para adormecerlos y de esa forma sustraer joyas, dinero, entre otras cosas que se encontraban en el domicilio.

2. A raíz de la ingesta de las benzodiazepinas proporcionada por los imputados, se produjo el fallecimiento del señor Manti y por lo que sucede a la señora Leticia quien llegó al hospital con diagnóstico de sobredosis, pero sobrevivió.

De tales hechos, a Di Bella, Diego Martín y (otro) se les responsabilizó por el delito de homicidio en ocasión de robo tipificado en el artículo 165 del Código Penal de la Nación que dice: “Artículo 165.- Se impondrá reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio”.²⁶⁸

Solo en lo que respecta a Diego Bella y Diego Martín su defensor interpuso recurso de casación en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal, impugnando cinco tópicos de los cuales uno nos interesa; éste consiste en la modificación de la calificación legal asignada que refiere al delito de homicidio en ocasión de robo, por la de robo en concurso ideal con homicidio culposo.

En el análisis a tal tópico el magistrado Sarabayrouse utilizó la teoría de la imputación objetiva para explicar el delito culposo o imprudencia en el que establece, primeramente, que la imprudencia tradicionalmente se componía solo de 3 elementos, los cuales eran la lesión al bien jurídico, la relación de causalidad existente con esa lesión y la previsibilidad del resultado para el autor, sin embargo, radicalmente la aparición del riesgo permitido modificó esa concepción tradicional.

Señaló que la evolución de la imprudencia se había basado en dos teorías principales; la psicológica y la normativa; cuya última determina que el carácter imprudente no es un nexo psíquico entre autor y hecho sino la formulación de un reproche objetivo perteneciente al mundo del deber ser: reconociendo bajo

²⁶⁸ Código Penal de la Nación, artículo 165.

una variante moderna que la imprudencia debe determinarse por la teoría de la imputación objetiva.²⁶⁹

En el caso, el magistrado Sarrabayrouse realizó el estudio con la imputación objetiva mediante la cual estableció que es claro que los 2 imputados crearon el riesgo no permitido, el cual devino del suministro de benzodiazepinas a ambos, pues independientemente de una dosis leve, constituía un riesgo no permitido creado por los imputados, con lo que se provocó la muerte, resultado que pudo ser previsible antes de realizarlo.

Asimismo, el magistrado mencionó que la teoría de la imputación es la que mejor puede explicar los delitos culposos o imprudentes:

“Entonces, la imputación objetiva es la teoría que mejor puede explicar el delito culposos o imprudente, pues la sola infracción de deber de cuidado o el estudio de la previsibilidad aislado pueden conducir a soluciones erróneas ya que sugieren el concepto equivocado de que aquél constituye una omisión. Tanto la previsibilidad objetiva como la violación del deber de cuidado son criterios que permiten establecer la creación de un riesgo no permitido (o lo que es lo mismo, delimitan el ámbito del riesgo permitido) que a su vez debe concretarse en el resultado.”

Observo que tal análisis ayudó al juez a establecer el homicidio como resultado del robo derivado de la previsibilidad objetiva, descartando una acción culposa o una acción separada. De esto afirmo que la imputación objetiva tiene gran influencia en casos complejos como los culposos, pues tal consideración refleja que la teoría de la imputación objetiva acaba con los problemas que se pueden derivar de los elementos subjetivos.

La **República del Perú** ha implementado la teoría normativa del derecho penal funcional para la solución de casos bajo una perspectiva de imputación objetiva.

La resolución de la Sala Penal Permanente de Lambayeque, ciudad de la costa norte del Perú, bajo registro N°2756-2010 con fecha 2 de agosto de 2011

²⁶⁹ Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires, Caso Di Bella, Diego Martín y otro s/ homicidio en ocasión de robo, resolución de los magistrados de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires del 15 de diciembre de 2017, disponible en: *file:///C:/Users/User/Downloads/17810009.pdf*. 26 de mayo de 2023, 10:00.

resuelve un recurso de nulidad interpuesto por el acusado Gonzalo Amarante y la Fiscal Superior contra la sentencia de 26 de mayo de 2010, en la que se absolvió a los acusados Llatas Pérez y Dávila del delito imputado de tráfico ilegal de drogas.²⁷⁰

El recurso que nos interesa es el de la Fiscal Superior, éste manifestó su inconformidad con la absolución de los acusados Llatas Pérez y Dávila, ya que mencionó que lo actuado era suficiente para acreditarse la participación de los acusados.

El único elemento que los incriminaba consistía en el vehículo del que descendió Gonzales Requejo el día del operativo, por lo que se procedió a intervenir contra los acusados Llatas Pérez (propietario del vehículo) y Dávila Mera (conductor el día del operativo). El traslado fue hasta la ciudad de Chiclayo.

El acusado Dávila Mera mencionó: que trabajó en la empresa transportes "San Martín de Tours", como chofer, que conoció a Gonzales Requejo porque le solicitó que lo llevará desde Púcara hasta la ciudad de Chiclayo y viceversa por la suma de 300 soles.

Por otro lado, el imputado Llatas Pérez estableció: que se desempeña como Gerente de la empresa de transportes "San Martín de Tours", que su vehículo fue contratado para el servicio de Púcara a Chiclayo, su versión de los hechos se acreditó con la constancia de la División de Transito y Transportes de la Municipalidad Provincial de Jaén, con la tarjeta de operatividad de su vehículo que gestiona el precipitado, con su trabajo en la empresa "San Martín de Tours" y con que hace justamente esa ruta.

Además de la acreditación que lograban desvirtuar tales hechos, en el vehículo no se encontró droga y con la declaración de Oblitas Vargas también se acreditó la falsa relación entre ellos, pues estableció que no los conocía.

²⁷⁰ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Caso Lambayeque, resolución del juez ponente Calderón Castillo de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Perú, del 2 de agosto de 2011, disponible en: <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f08c81004069e33f8d4bcd99ab657107/RN+2756-2010.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f08c81004069e33f8d4bcd99ab657107>. 27 de mayo de 2023, 10:00.

Por tales elementos acreditados no podía existir una relación entre el resultado y los acusados, para ello la sala realizó el análisis de imputación objetiva bajo su criterio de prohibición de regreso, en el que un grupo con fines ilícitos que quebranta su rol ocupa los servicios de alguien que se conducía de acuerdo con su rol y sin tener conocimiento de la conducta ilícita, esta persona le sirve al grupo para lograr la conducta ilícita.

En dicho análisis se estableció que no existe relación de causalidad entre la droga encontrada y la acción desarrollada de los encausados, pues ellos siempre se comportaron bajo su rol de una persona en Derecho, por ende, la Sala Penal Permanente dictó NO HABER NULIDAD de la misma sentencia que absolvió a Llatas Pérez y Dávila Mera del delito “tráfico ilegal de drogas”.

De lo anterior observo que el criterio de la imputación objetiva se basa en el rol de los acusados, el cuestionamiento ¿qué rol cumplían en el momento de los hechos? ayuda a resolver casos en los que personas que cumplen con su deber son usadas sin su consentimiento para lograr la conducta ilícita de personas que quebrantan su rol.

De los ejemplos anteriores, concluyo que existen análisis con perspectiva funcionalista, más que nada en casos complejos como aquellos casos culposos; casos donde se debe desvirtuar que la persona que se encontraba en el momento de los hechos pudiese no ser responsable; casos de justificación o excluyentes de responsabilidad; entre otros, pero sin duda alguna afirmo que en todos los casos en que haya responsabilidad penal existe un rol quebrantado del que derivó un riesgo creado que causó el resultado; este análisis es fundamental y necesario para que el derecho penal cumpla su función de asegurar la expectativa social y que la sociedad siga teniendo confianza en la norma.

CAPÍTULO IV. PERSPECTIVA PRÁCTICA

Una vez tratada la perspectiva teórica de la Teoría Normativa del Derecho Penal Funcional es necesario su aplicación, pues, para configurar la práctica se necesita enfrentar al complejo material desarrollado en la teoría, lo cual delimitará y orientará la solución; de esta manera la teoría y la práctica se relacionarán mutuamente.

Recordemos que, la teoría del delito es aquella teoría jurídica que estudia y analiza al delito cometido por el infractor de la norma desde su estructura compuesta por 4 elementos, los cuales son las categorías de Conducta, Tipicidad, Antijuricidad y Culpabilidad; siendo las dos primeras a las que corresponde confirmar la existencia del delito y a las dos últimas les corresponde confirmar la responsabilidad penal; sin embargo, para el análisis se depende de la teoría jurídica aplicable que caracteriza a la sociedad.

En este caso, la teoría jurídica aplicable es la Teoría Normativa del Derecho Penal Funcional que trata a la sociedad como una sociedad moderna. Esta teoría se aplicará para solucionar “el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito”²⁷¹ al seguir sus postulados, el orden sustantivo y procedimental.

Es decir, desde la parte icónica de esta teoría que es la imputación, hasta el dictado de sentencia, se cumplirá con la determinación, comprobación y confirmación de la responsabilidad del infractor de la norma y la imposición de la pena para la restauración del sistema de comunicación normativo.

El CONFLICTO a resolver consiste en responsabilizar por el delito de homicidio que cometió un menor de edad a los dos adultos que le entregaron un arma de fuego con la finalidad de secuestrar en grupo.²⁷²

²⁷¹ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 2.

²⁷² El análisis se aplica a un hecho real ocurrido en el Estado de Baja California, las pautas refieren la versión pública cuyos datos fueron modificados.

El hecho es un conflicto porque al analizarlo en una **teoría causalista** no se atribuiría la responsabilidad del resultado a los dos adultos como coautores sino solamente al menor de edad quien accionó el arma y provocó el cambio en el mundo exterior.

La **teoría finalista** tampoco resuelve el problema, pues se complica porque la finalidad de ellos era el secuestro y no el homicidio como aconteció, de tal manera que desde esta teoría se termina asumiendo un dolo al preverse como posible el resultado típico, esto es, se impone un dolo eventual que consiste en el conocimiento del tipo penal sin la voluntad de realizar la conducta pero con la presunción de que aceptó el resultado producido, lo cual trae dificultad en la teoría porque se caería nuevamente en el subjetivismo al tener que acudir al infractor para suponer si el resultado era su finalidad o si tenía conocimiento para prever y evitar el comportamiento que provocó tal resultado, subjetivismo que intenta colocar una verdad que pueda o no ser probable en la realidad.

Otro conflicto es la figura del delito emergente que podría ocuparse en su defensa,²⁷³ pues las dos personas que querían secuestrar con el auxilio del menor a quien proporcionaron un arma para ello no serían responsables del homicidio sí concurren todos los requisitos de tal figura, lo que llevaría a la impunidad de estas dos personas, pues el homicidio no sirve como medio adecuado para cometer el secuestro, no es consecuencia necesaria del secuestro, no tenían conocimiento de que se iba a cometer el homicidio y tampoco estuvieron en su ejecución como se verá más adelante, pero ¿quién de nosotros pensaría que no son culpables? y ¿qué sociedad permitiría la impunidad de estas dos personas?

De tal manera, la teoría causalista no soluciona el conflicto al no procurar que el culpable no quede impune y la teoría finalista soluciona, pero complica el análisis para atribuir su responsabilidad de coautores a los dos adultos que no dispararon el arma y no tenían la finalidad del homicidio, pero que sí entregaron el instrumento del delito y se auxiliaron de un menor de edad.

²⁷³ Código Penal para el Estado de Baja California, artículo 17.

La solución más idónea al conflicto consiste en la operación de **la Teoría Normativa del Derecho Penal Funcional** desde los criterios para la construcción de la conducta, como se verá a continuación:

4.1 IMPUTACIÓN

Conforme al artículo 311 del Código Nacional de Procedimientos Penales, la formulación de imputación es aquella exposición por parte del Agente de Ministerio Público al imputado del “hecho que se le atribuye, la calificación jurídica preliminar, la fecha, el lugar y modo de su comisión, la forma de intervención que haya tenido en el mismo, así como el nombre de su acusador”.²⁷⁴

La imputación como tal es la atribución de la obra a su autor y la Teoría Normativa del Derecho Penal Funcional plantea un análisis objetivo de la existencia de la conducta (imputación objetiva), a partir de los criterios de evitabilidad, adecuación social y lo “social”.

Dentro de la evitabilidad, la propia evitabilidad es un presupuesto de la conducta, la cual consiste en establecer bajo un análisis objetivo el comportamiento peligroso que incrementó el riesgo y no fue evitado causando un resultado prohibido, lo objetivo consiste en que la evitabilidad se alcance por la persona.

Otro presupuesto de la conducta es la imputación, la cual consiste en establecer bajo un análisis objetivo utilizando la teoría de la interpretación del suceso que consiste en 4 criterios que cuestionan el quebrantamiento del rol, siendo estos el riesgo permitido, el principio de confianza, la competencia de la víctima y la prohibición de regreso, los cuales justifican el incremento del riesgo, pero en su defecto origina un comportamiento peligroso que quebranta el rol y da paso a la existencia de la **ACCIÓN U OMISIÓN**, es decir **“la causación de lo evitable o la no evitación evitable de un resultado”**.

²⁷⁴ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 311.

Señalados los análisis a realizar, se construye la **imputación procesal** ya definida anteriormente,²⁷⁵ y que se presenta a continuación como la exposición que el Ministerio Público debe formular:

JUEZ de Baja California: “Una vez que en esta sala se constató que ambos imputados cuentan con su defensor, conocen y comprenden sus derechos, proceda Ministerio Público”

AMP de B.C.²⁷⁶: “Esta Representación Social procede a formular imputación, de acuerdo con el artículo 311 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en contra del señor Ángel Segura alias “el Gordito” y el señor Armando Martínez alias “el Meño”.

Hago de su conocimiento que **son investigados por un hecho que la ley señala como delito**, el hecho corresponde al delito de **HOMICIDIO CALIFICADO** cometido en agravio de quien en vida llevó el nombre de Elio Couset, delito que se encuentra previsto por el artículo 123, en relación con el diverso 126, ambos del CPBC²⁷⁷.

La dinámica de los hechos y sus circunstancias fueron las siguientes:

USTEDES señores Ángel Segura alias “el Gordito” y Armando Martínez alias “el Meño” el día 7 de agosto de 2018 aproximadamente a las 21:30 horas recogieron al menor de edad en las afueras de su domicilio ubicado en Paseo de los Héroes, número 22000, Zona Urbana Río Tijuana, Tijuana, B.C. y abordó del automóvil Nissan Sentra, oscuro con vidrios polarizados, los 3 se trasladaron a una casa del valle del Pedregal, una vez en el lugar usted señor Ángel Segura salió y regresó con otro sujeto de identidad hasta el momento desconocida integrando ambos imputados un grupo de 4 personas.

Usted señor Ángel Segura en compañía de los 3 sujetos se retiraron del lugar a bordo del citado vehículo y siendo las 03:30 horas de la madrugada llegaron a su casa ubicada en calle vecinal, número 4190, colonia San Antonio de los Buenos, Tijuana, B.C, lugar donde usted señor Ángel Segura en presencia de todos entregó al menor de edad un arma de fuego cargada tipo escuadra calibre 9 milímetros de color plomo con cachas negras y usted señor Armando Martínez también entregó al menor de edad una bolsa con cinchos de plástico. En el mismo lugar ustedes informaron al menor de edad que el secuestro lo llevarían a cabo en el domicilio de la víctima y le ordenaron que él se aventaría “el jale” y entraría a la casa con el apoyo del arma acompañado del sujeto de identidad desconocida.

Asimismo, ambos les comunicaron el plan al menor de edad y al sujeto desconocido, en el cual ustedes llevarían al menor y a su acompañante al domicilio de la víctima, les indicaron que se brincarían el enrejado, que esperarían a la señora de la limpieza y cuando ella quitara la alarma entrarían por el señor, lo asustarían con la pistola para que les hiciera caso, lo amarrarían de pies y manos con los cinchos para poder sacarlo de la casa en una de las camionetas que se encontraba en el lugar y lo llevarían a un rancho ubicado en un ejido, propiedad del imputado Ángel Segura, entre tanto, ustedes estarían vigilando en todo momento.

En cumplimiento a su determinación de cometer conforme al plan la privación de la libertad, ambos imputados se dirigieron al domicilio de la víctima en el citado vehículo conducido por usted señor Ángel Segura, el lugar del copiloto lo ocupó usted señor Armando Martínez y en la parte trasera los tripulantes fueron el menor de edad y la persona desconocida, quienes descendieron en una esquina antes del domicilio de la víctima.

Conforme al plan que ustedes concibieron, el menor de edad y la persona desconocida caminaron al domicilio de la víctima ubicado en: calle Verona, número 8002, unidad Verona Residencial, Tijuana, B.C., siendo las 04:30 horas, brincaron el enrejado, ingresaron al patio donde se ocultaron y durante la espera usted señor Armando Martínez mantuvo comunicación telefónica con el menor de edad, mientras tanto junto con el señor Ángel Segura rondaron el domicilio a bordo del vehículo citado, montando la vigilancia conforme al plan.

Siendo las 05:27 horas de la madrugada del 8 de agosto de 2018, la víctima salió al patio de su domicilio a recoger el periódico, momento en el cual el menor de edad decidió intervenir para cumplir con el plan de levantarlo y entregárselo a ustedes para que pidieran rescate a su familia.

El menor de edad salió del escondite se dirigió a la víctima apuntándole con el arma que usted señor Ángel Segura le entregó y usted señor Armando Martínez estuvo de acuerdo en su uso para el secuestro planeado,

²⁷⁵ Téllez Reyes, Armando (coord.), Guías Judiciales de conducción de audiencias penales, Ubijus editorial, México, 2022, pp. 88 y 89, <https://www.cjf.gob.mx/PJD/guias/visorGuia.aspx?iug=Vol1GCA&lib=1>. 7 de julio de 2023, 13:00.

²⁷⁶ Agente de Ministerio Público de Baja California.

²⁷⁷ Código Penal para el Estado de Baja California.

lo cual sorprendió y asustó al morador del lugar, por lo que corrió para volver a entrar a la casa pero tropezó y cayó, al pretender el menor de edad la captura de la víctima, éste se rehusó, defendió y quiso quitarle el arma de fuego, momento en el que el menor de edad encontrándose armado y de pie le disparó en 4 ocasiones a la víctima quien se encontraba caído, ocasionándole heridas en tórax, abdomen y cuello que le causaron la muerte, lo que ocurrió frente a la esposa de la víctima.

Ustedes señor Ángel Segura alias “el Gordito” y señor Armando Martínez alias “el Meño”, una vez que el menor de edad huyó del lugar lo recogieron en las inmediaciones y lo llevaron al rancho San Cristóbal propiedad de usted señor Ángel Segura, posteriormente usted señor Armando Martínez llevó al menor de edad a su casa colaborando ambos en la evasión de quien disparó en contra de la víctima.

Por cuanto a **la calificación jurídica preliminar** de los hechos que se les atribuyen corresponde al delito de **HOMICIDIO** previsto en el artículo 123, en relación con el diverso 126 (**hipótesis de calificado**), ambos del CPBC, además existen circunstancias modificativas agravantes de la penalidad, contenidas en los artículos 147 y 148 fracción II; hipótesis **frente a familiares e hipótesis por superioridad del activo por empleo de arma de fuego**, respectivamente. Dicho delito está sancionado por el artículo 126 del CPBC, con pena mínima de 30 años y máxima de 60 años.

La forma de intervención de ambos imputados se ubica en la coautoría prevista en el artículo 16 fracción II del CPBC, pues ustedes actuaron conjuntamente y en colaboración bajo la división de trabajo asumida que consistió en planear el secuestro de la víctima y orientar al menor de edad para su ejecución mediante el plan que le comunicaron para lo cual acordaron la entrega de un arma de fuego cargada y en cumplimiento de dicho plan trasladaron al menor de edad al domicilio quien lo allanó, mientras ustedes acechaban el domicilio de la víctima y el menor de edad a través del cual actuaron conforme a su plan privó de la vida a la víctima con el arma que entregaron, todo lo cual impacta en la esfera de su responsabilidad por las acciones desplegadas conforme a lo acordado y organizado por ambos y llevado a cabo por conducto de un menor de edad.

Los hechos fueron **instantáneos** al provocarse el resultado prohibido en el instante en que se consumó, de conformidad con el artículo 13 fracción I del CPBC.

Las personas que los acusan de los hechos son la señora esposa Natalia López y el señor Erwin Couset quienes estuvieron presentes en lo acontecido.

Por lo expuesto y una vez que se ha comunicado lo legalmente exigido solicito a su Señoría se tenga por formulada imputación en contra de los señores Ángel Segura y Armando Martínez.”

Acoto que se está bajo la práctica de una teoría funcionalista por lo que se excluye en el ejercicio de imputación lo establecido en el artículo 14 del Código Penal para el estado de Baja California, sin embargo y para que conste la diferencia, de acuerdo con la teoría finalista es necesario exponer la forma de realización.²⁷⁸

Los imputados desplegaron acciones dolosas en su forma de dolo eventual, de acuerdo con el artículo 14 fracción I del CPBC, pues ellos no tenían la finalidad de privar de la vida a la víctima, sin embargo, sabían que al entregar un arma cargada era posible su uso en contra de la víctima y con ello su homicidio, aceptando dicha posibilidad desde el momento que Ángel Segura entregó el arma

²⁷⁸ Código Penal para el Estado de Baja California, artículo 14 fracción I.

al menor y Armando Martínez no se opuso a ello permitiendo la entrega. Asimismo, se expone un criterio que hace referencia al dolo eventual:²⁷⁹

DOLO EVENTUAL EN EL HOMICIDIO. SE CONFIGURA CUANDO AL PERPETRAR UN ROBO LOS ACTIVOS SE REPRESENTAN COMO POSIBLE LA MUERTE DEL PASIVO SIN QUERERLO DIRECTAMENTE, ANTE EL CONOCIMIENTO DE QUE UNO DE ELLOS LLEVA UN ARMA DE FUEGO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).

De acuerdo con la segunda hipótesis del artículo 13 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, el **dolo eventual se caracteriza por la eventualidad o incertidumbre respecto de la producción de los resultados típicos previstos pero no queridos directamente por su impetrante, es decir, el sujeto, no dirigiendo precisamente su conducta hacia el resultado, se lo representa como posible o contingente y aunque no lo quiere directamente, por no constituir el fin de su acción u omisión, lo acepta.** Por tanto, si en el caso los activos decidieron perpetrar el robo en contra de la camioneta que tripulaba el pasivo, sin querer directamente ocasionarle la muerte, sin embargo, sí se representaron este resultado como posible, ante el conocimiento de que uno de ellos llevaba un arma de fuego con la cual amedrentaban a sus víctimas, a fin de lograr su cometido, con alta probabilidad de que dicho artefacto fuera percutido en caso de oposición y resistencia por parte de aquéllas a las acciones criminosas desplegadas en su contra, y aun teniendo conocimiento de esas circunstancias, los inculpados aceptaron la realización de la conducta, con la posibilidad de que se produjera un resultado no querido directamente, pero sí posible, como el provocar lesiones o la muerte de terceros, lo que significa que al menospreciar los impetrantes dicho resultado, aceptaron la referida conducta delictiva.

Conforme a lo anterior se advierte en una teoría finalista es necesario cuestionarse si la acción de la persona fue dolosa o culposa, lo que constituye lo subjetivo, en cambio con la Teoría Normativa del Derecho Penal Funcional se supera el finalismo al establecer el comportamiento peligroso que incrementó el riesgo y quebrantó el rol (lo objetivo) sin tener que suponer el pensamiento del sujeto.

²⁷⁹ Tesis VI.2o.P.79 P, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, marzo de 2007, p. 1676, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/173033>. 6 de julio de 2023, 18:20.

Ahora bien, de acuerdo con la imputación formulada, se observan los 3 criterios que implica la Teoría Normativa del Derecho Penal Funcional; el primer criterio de la evitabilidad en este caso y de acuerdo a los hechos, fue posible evitar por los imputados formar un grupo para cometer un secuestro, inducir a un menor de edad para capturar a la víctima, trasladar al menor al domicilio de la víctima para allanarlo y auxiliarlo en su evasión, tales actos eran evitables e incrementaron el riesgo, pero el motivo determinante que incremento el riesgo para lograr el resultado y era evitable consistió en la entrega del arma cargada por parte de los imputados, pues solo sirve para matar.

De acuerdo con la imputación no existe criterio que justifique el comportamiento peligroso pues las conductas anteriores, así como la entrega de un arma cargada a un menor de edad no es un riesgo permitido, esto es, ninguna norma autoriza entregar armas cargadas a los menores de edad, tampoco se ubica en el principio de confianza ya que se carece de expectativa de que se actuara conforme al deber bajo la posesión de un arma y por evidentes razones quedan excluidos competencia de la víctima y la prohibición de regreso, pues dichos criterios no son aplicables a dicha hipótesis.

Como segundo criterio, la adecuación social corresponde a que tal comportamiento peligroso realizado por los imputados no es aprobado pues con su realización el resultado se describe como un tipo penal denominado Homicidio, conducta no aprobada positivamente por la sociedad, pues no cumplen con ningún rol o expectativa.

Por último, el criterio de lo "Social" en el que la acción de **Homicidio** está establecida en la norma como expectativa social negativa, es decir como conducta desaprobada por la sociedad.

En conclusión y una vez explicado los criterios que operan en la Teoría Normativa del Derecho Penal Funcional y al no existir justificación en el comportamiento peligroso que quebrantó el rol de persona en Derecho, se puede establecer que los imputados realizaron la **ACCIÓN**, lo que significa "la causación evitable de un resultado".

Una vez configurada la CONDUCTA, el siguiente análisis es sobre su TIPICIDAD lo que corresponde a la adecuación de la conducta con la descripción del tipo penal, en este caso de HOMICIDIO, lo cual se satisface ante la existencia del objeto del delito consistente en el cuerpo sin vida del señor Elio Couset y la acción que lo privo mediante el empleo del arma de fuego, acción lesiva que alcanzó el resultado prohibido.

En el entendido que la relevancia de los hechos imputados impacta en el auto de vinculación porque ésta debe dictarse por “el hecho o hechos que fueron motivo de la imputación”.²⁸⁰ “El proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso”,²⁸¹ así como que la acusación se formula por los hechos señalados en el auto de vinculación a proceso²⁸² y el juicio se realiza sobre los hechos base de la acusación.²⁸³

4.2 VINCULACIÓN A PROCESO

La vinculación a proceso se ubica en la etapa de investigación en su fase complementaria, su contenido de mayor relevancia consiste en la valoración que lleva a cabo el juez a los antecedentes de investigación que desprendan datos de prueba de que se cometió un delito y la posibilidad de quien lo cometió o participó en su realización consista en el imputado; entendiéndose, “que obran datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito cuando existan indicios razonables que así permitan suponerlo”.²⁸⁴

Los indicios razonables corresponden al dato de prueba que se advierta idóneo, pertinente y útil para esclarecer los hechos y establecer “la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado”.²⁸⁵

²⁸⁰ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 316 penúltimo párrafo.

²⁸¹ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 316 último párrafo.

²⁸² Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 335 penúltimo párrafo.

²⁸³ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 348.

²⁸⁴ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 316.

²⁸⁵ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículos 216 y 261 primer párrafo.

Conforme a lo anterior, el juez valora la razonabilidad de los actos de investigación, dicha valoración se asigna de manera libre y lógica, debiendo justificar y explicar adecuadamente el valor otorgado a las pruebas con base en “la apreciación conjunta, integral y armónica” de todos los elementos de prueba.²⁸⁶

En tal sentido, en esta parte se enuncian y valoran los datos de prueba, de ahí la preferencia por exponerlos en este subtema y no en la imputación abordada en el anterior apartado, exposición que se hace conforme a la siguiente simulación de audiencia:²⁸⁷

AMP de B.C.: Por lo expuesto y una vez que se ha comunicado lo legalmente exigido solicito a su Señoría se tenga por formulada imputación a los señores Ángel Segura y Armando Martínez y dicte en su contra auto de vinculación a proceso de acuerdo con los datos de prueba expuestos con los que se considera que se establece un hecho que la ley señala como delito de Homicidio y la probabilidad de que los imputados lo cometieron.

IMPUTADOS: Pido se resuelva en esta misma audiencia mi situación.

JUEZ: Se dicta auto de vinculación a proceso, una vez formulada imputación y luego de que se otorgó a los imputados la oportunidad para declarar; este juzgador advierte que, de los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprenden datos de prueba que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que existe la probabilidad de que los imputados lo cometieron, de acuerdo con la valoración siguiente:

LOS DATOS DE PRUEBA QUE POR SU IDONEIDAD, PERTINENCIA Y UTILIDAD ESTABLECEN RAZONABLEMENTE QUE SE HA COMETIDO UN HECHO QUE LA LEY SEÑALA COMO EL DELITO DE HOMICIDIO CORRESPONDEN:

1.- INCIDENTE DEL SISTEMA DENOMINADO CENTURIÓN número 1567890/2018 informado por el Coordinador del Centro de Control, Comando, Comunicación y Cómputo (C4) Tijuana, por el que se informó la noticia criminis y que en tiempo real comunicó sobre el desarrollo del evento criminal catalogándolo como muerte por arma de fuego del señor Elio Couset.

2.- ACTA DE NACIMIENTO DE LA VÍCTIMA número 345, folio 435676 del libro 15 en el juzgado 14, por la que se esclareció la identidad de quien en vida llevó el nombre de Elio Couset, nacido el 24 de diciembre de 1956 y originario del estado de Baja California.

LOS DATOS DE PRUEBA QUE POR SU IDONEIDAD, PERTINENCIA Y UTILIDAD ESTABLECEN LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, LUGAR Y MODO DEL HOMICIDIO, ASÍ COMO LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS AGRAVANTES DE LA PENALIDAD CORRESPONDEN:

²⁸⁶ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 265.

²⁸⁷ Téllez Reyes, Armando (coord.), *op. cit.*, pp. 90 y 91.

1.- ACTA DE ENTREVISTA A LA ESPOSA DE LA VÍCTIMA por policía ministerial, que esclarece que el 8 de agosto de 2018 a las 05:27 horas de la madrugada se encontraba en su domicilio cuando su esposo salió por el periódico al patio de la casa, de repente escuchó detonaciones, por lo cual salió y observó a su esposo tirando en el suelo y a un sujeto disparando a corta distancia y al darse cuenta de su presencia corrió brincándose el enrejado y huyó.

2.-INFORME POLICIAL HOMOLOGADO elaborado por policía ministerial que informa sobre el conocimiento y llegada al lugar de los hechos a las 05:31 horas del 8 de agosto de 2018, la entrevista en el lugar de los hechos a la esposa de la víctima quien presenció la ejecución de su esposo Elio Couset y la declaración de muerte por personal paramédico quien llegó al lugar de la comisión.

3.- INFORME DE CRIMINALÍSTICA DE CAMPO Y FIJACIONES FOTOGRÁFICAS rendido por perito oficial quien llevó a cabo una inspección técnica del lugar y recolectó los indicios siguientes: 1.- Bala, 2.- Casquillo, 3.- Casquillo, 4.- Casquillo, 5.- Bala, 6.- Bala, 7.- Casquillo, 8.- Vehículo, 9.- fragmentos lofoscópicos, 10.- fragmentos lofoscópicos y 11.- Cinchos de plástico de color negro, asimismo inspeccionó el vehículo, el cadáver y recabó fotografías de lo inspeccionado percibiendo que la víctima tenía heridas abiertas por disparos de arma de fuego.

4.- ACTA DE PROCESAMIENTO Y ADMINISTRACIÓN DE LA ESCENA PARA HOMICIDIO practicada por el agente ministerial sobre el lugar de la comisión ubicado en calle Verona, número 8002, unidad Verona Residencial, Tijuana, B.C., en el que se describe el lugar y se exponen sus características, se elabora croquis, se describe la escena y posición del cadáver y se precisa el hallazgo de objetos e indicios en el sitio.

5.- ARCHIVOS DE VÍDEO del 8 de agosto de 2018 contenido en el equipo de grabación DVR marca lorex de 8 canales, modelo 1080PHD Récord No LH210800 con cargador de 8 volta. 2 AMP, 1 mouse óptico modelo RTM019, que aportó el primogénito de la víctima, lo cual esclarece lo ocurrido en el domicilio de su padre.

6.- ACTA DE INSPECCIÓN DE VIDEOGRABACIÓN practicada por policía ministerial del estado de Baja California, por la cual se describe lo captado en los momentos de la comisión, de acuerdo a lo siguiente: momento y modo en que dos sujetos llegan al domicilio caminando (4h32' hora del noroeste); momento y modo en que dos sujetos allanan el domicilio de la víctima (4h34' hora del noroeste); momentos y modo en que vigilan en el exterior del domicilio de la víctima un vehículo oscuro Nissan Sentra, con vidrios polarizados que circuló constantemente por su frente (4h34', 4h41', 4h43', 4h48', 4h57' aproximadamente huso horario del noroeste); tiempo y modo en que acecharon a la víctima en el patio de su domicilio; momento y modo en que sorprenden a la víctima; momento y modo en que un sujeto apunta con una arma de fuego a la víctima (5h27' aproximadamente huso horario del noroeste) y momento y modo en que dos sujetos huyen del lugar (5h27' aproximadamente huso horario del noroeste).

7.- DICTAMEN DE BALÍSTICA IDENTIFICATIVA Y COMPARATIVA rendido por perito oficial en balística forense; quien analizó las balas recolectadas en el lugar de los hechos y concluyó que la bala problema BP1 recolectada en el lugar pudo determinarse que pertenece al calibre 9 milímetros y que las balas problemas BP5 y BP6 no fue posible determinar el calibre al que pertenecen por su deformación.

8.- DICTAMEN DE BALÍSTICA IDENTIFICATIVA Y COMPARATIVA rendido por perito oficial en balística forense; quien analizó los casquillos recolectados en el lugar de los hechos y concluyó que corresponden al mismo calibre de 9 milímetros y que fueron percutidos por una misma arma de fuego.

9.- ACTA DE MATRIMONIO, número 124, folio 89565488, libro 12, expedida por el Oficial del Registro Civil de Tijuana por la que se acredita el matrimonio entre la víctima y Natalia López.

POR CUANTO A LOS DATOS DE PRUEBA IDÓNEOS, PERTINENTES Y ÚTILES QUE ESTABLECEN LA PROBABILIDAD DE QUE LOS IMPUTADOS LO COMETIERON O PARTICIPARON EN SU COMISIÓN CORRESPONDEN:

1.- ACTA DE ENTREVISTA A PRIMOGÉNITO DE LA VÍCTIMA, recabada por agente de la policía ministerial, quien informó que el 8 de agosto de 2018 privaron de la vida a su padre con disparos de arma de fuego en su domicilio y que posteriormente a ello, recibió llamadas y mensajes de números telefónicos terminación 1182 y 0944 al número de su negocio para pedirle dinero y amenazarlo con causarle daño.

2.- ACTA DE ENTREVISTA DEL SEÑOR EMILIANO CORNEJO recabada por policía ministerial en la que informó que el 8 de agosto de 2018 salió de su casa por la madrugada siendo las 04:50 horas para realizar sus actividades deportivas y que en la esquina del domicilio de la víctima observó un vehículo estacionado con 2 personas en su interior y al regresar de su actividad deportiva se enteró que habían privado de la vida a su vecino.

3.- ACTA DE ENTREVISTA DEL SEÑOR EDGAR GUADARRAMA recabada por policía ministerial en la que se informó que el 8 de agosto de 2018, salió de su domicilio por la madrugada siendo las 4:45 horas; domicilio que se ubica a lado del domicilio de la víctima y que al salir de su casa vio circular muy lentamente un vehículo Sedán, oscuro con vidrios polarizados muy negros y que regresando vio acordonado con cinta amarilla enterándose que habían privado de la vida a su vecino.

4.- AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE DATOS CONSERVADOS DE LOS NÚMEROS TELEFÓNICOS TERMINACIÓN 0532, 1182 y 0944 a solicitud de autoridad ministerial con el objeto de analizar la actividad telefónica.

5.- AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES DE LAS LÍNEAS TELEFÓNICAS TERMINACIÓN 1182 y 0944 a solicitud de la autoridad ministerial con el objeto de obtener en tiempo real las escuchas de sus comunicaciones.

6.- ANÁLISIS DE DATOS CONSERVADOS DEL NÚMERO TELEFÓNICO TERMINACIÓN 0532; practicado por agente ministerial, por el cual se esclareció que con fecha 14 y 15 de agosto de 2018 recibió 3 llamadas y 3 mensajes provenientes de la línea telefónica terminación 1182.

7.- ANÁLISIS DE DATOS CONSERVADOS DEL NÚMERO TELEFÓNICO TERMINACIÓN 1182 practicado por agente ministerial, por el cual se esclareció que con fecha 14 y 15 de agosto de 2018 tuvo comunicación con los números terminación 0944 y 0532.

8.- ANÁLISIS DE DATOS CONSERVADOS DEL NÚMERO TERMINACIÓN 0944 practicado por agente ministerial, por el cual se esclareció que su contacto más frecuente el día del homicidio fue la línea terminación 3179; que registró actividad en las inmediaciones del lugar de los hechos el día de la comisión

del homicidio; que la antena que registró actividad se encuentra a 500m del domicilio de la víctima y que previo al homicidio existieron 7 comunicaciones con la línea telefónica terminación 3179.

9.- AUDIOS DE LA LÍNEA TELEFÓNICA TERMINACIÓN 1182 por el periodo del 26 de agosto al 6 de septiembre de 2018 en las que esclareció el contenido de las comunicaciones.

10.- INFORME DE ESCUCHAS DE LA LÍNEA TELEFÓNICA TERMINACIÓN 1182 por policía ministerial por el que informó que el usuario de dicha línea se ostentó bajo el nombre de Ángel Segura.

11.- OFICIO NÚMERO 1525/2018/ICE rendido por el agente del Servicio de Control de Inmigración y Aduanas del Departamento de Seguridad Nacional de los Estados Unidos, en su carácter de agregado adjunto de la embajada de los Estados Unidos de América en México, quien informó que Ángel Segura es ciudadano de los EE. UU., que ha cruzado vía terrestre a México ocupando el automóvil con placas ASV1232, que al parecer su esposa es Brenda Marín, que no cuenta con actividad laboral registrada y que fue detenido en 2016 por importación/exportación de sustancias controladas.

12.- INFORME POLICIAL del 29 de octubre de 2018 rendido por policía ministerial quien informó que por una investigación de campo se estableció que durante la búsqueda hallaron el vehículo, marca Nissan, tipo Sentra, oscuro, con placas ASV1232 del cual siempre descendía el conductor de 1.75 metros y que apreciaron cargaba arma de fuego, dicho vehículo durante su vigilancia los condujo al domicilio ubicado en calle vecinal, número 4190, colonia San Antonio de los Buenos, Tijuana, B.C.

13.- AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE CATEO a solicitud de autoridad ministerial, de fecha 3 de noviembre de 2018, con el objeto de encontrar a la persona o los objetos que se buscan.

14.- ACTA DE CATEO AL DOMICILIO DE ÁNGEL SEGURA de fecha 5 de noviembre de 2018, practicada por agentes ministeriales en el domicilio ubicado en calle vecinal, número 4190, colonia San Antonio de los Buenos, Tijuana, B.C.; cuyo resultado arrojó el hallazgo de 40 cartuchos del calibre de 9 milímetros Luger, 3 celulares y 3 tabletas electrónicas y el vehículo Nissan Sentra oscuro con vidrios polarizados y placas ASV1232, lugar donde fue detenido Ángel Segura ciudadano de Estados Unidos.

15.- ACTA DE ENTREVISTA DE LA ESPOSA DE ÁNGEL SEGURA recabada por policía ministerial, la cual esclareció que Ángel Segura es padre de sus hijos, le dicen “el Gordito”, en mayo se compró un vehículo Nissan Sentra oscuro con vidrios polarizados, no tenía trabajo y desconocía de donde sacaba el dinero, era propietario de un rancho, tenía amistad con alguien a quien le decían “el Meño” y que en fechas de agosto Ángel Segura salió de casa y no regresó hasta el día siguiente a medio día notándolo inquieto pero sin decirle nada al respecto.

16.- DICTAMEN DE BALÍSTICA IDENTIFICATIVA por perito oficial en balística forense, el cual esclareció que los 40 cartuchos encontrados en el cateo realizado al domicilio del imputado Ángel Segura pertenecen al calibre 9 milímetros Luger.

17.- ACTA DE NACIMIENTO DE ÁNGEL SEGURA apostillada por autoridad competente, la cual fue expedida en el condado de San Diego, estado de California, Estado Unidos de América, cuyo registro fue el 3 de julio de 1992, la cual acredita la identidad del señor Ángel Segura y su fecha de nacimiento correspondiente al 24 de junio de 1992.

18.- AUDIOS DE LA LÍNEA TELEFÓNICA TERMINACIÓN 0944 por el periodo del 15 de septiembre al 7 de octubre de 2018 en las que se esclareció el contenido de las comunicaciones.

19.- INFORME DE ESCUCHAS DE LA LÍNEA TELEFÓNICA TERMINACIÓN 0944 por policía ministerial por el que informó que el usuario de dicha línea se ostentó bajo el nombre de Emmanuel.

20.- ACTA DE INSPECCIÓN A PÁGINA ELECTRÓNICA DE LA RED SOCIAL FACEBOOK practicada por policía ministerial, cuyo resultado arrojó que la línea telefónica 0944 al día 30 de agosto de 2018 se encontraba asociada a la identidad de “Axel Martínez”, hermano de Armando Martínez.

21.- ACTA DE INSPECCIÓN A PÁGINA ELECTRÓNICA DE LA RED SOCIAL FACEBOOK de 8 de octubre de 2018 rendido por policía ministerial, con el que acreditó que la línea telefónica terminación 0944 está vinculada a la página de Facebook de Emmanuel Ávila.

22.- INFORME POLICIAL DE ENTREVISTA rendido por policía ministerial, por el que informó Emmanuel Ávila que conoce al señor Armando Martínez porque compartió celda por un tiempo con él en el CERESO de Tijuana y que fue él quien le transfirió la línea terminación 0944 cuando salió de prisión, lo cual sucedió el 15 de septiembre de 2018.

23.- INFORME DEL CERESO DE TIJUANA rendido por el comandante, en el que se esclareció que el imputado Armando Martínez y el señor Emmanuel Ávila compartieron en su momento celda y establece que el señor Armando Martínez salió de prisión antes que Emmanuel, quien se encontraba en prisión cuando ocurrió el homicidio.

24.- OFICIO NÚMERO 2678/2018 DEL CERESO, recabado por policía ministerial que acredita que el imputado Armando Martínez se encontraba en libertad por haber cumplido el día 14 de marzo de 2018 la sentencia de la causa penal 431/2016 por el juez competente.

25.- FICHAS SIGNALÉTICAS DE LOS DOS HERMANOS DEL IMPUTADO ARMANDO MARTÍNEZ remitidas por oficio 234/2019, el cual fue recabado por agente de Ministerio Público y esclarece que ambos hermanos en la época de los hechos del 8 de agosto de 2018 se encontraban en el Centro de Reinserción Social de Tijuana a partir del 20 de mayo de 2018, encontrándose únicamente en libertad el imputado Armando Martínez.

26.- ACTA DE ENTREVISTA DE LA MADRE DEL SEÑOR ARMANDO MARTÍNEZ, recabada por policía ministerial, la cual esclarece que tiene 3 hijos; que dos de sus hijos están en prisión y que en la época de los hechos su hijo Armando Martínez era el único en libertad y que a pesar de que éste se encontraba en libertad no se hablaban porque tenían problemas entre ellos.

27.- ACTA DE ENTREVISTA AL SEÑOR ARMANDO MARTÍNEZ recabada por policía ministerial, la cual esclareció que Armando Martínez tiene dos hermanos detenidos en el CERESO de Tijuana; que sí conoce a Ángel Segura y que sí conoce a Emmanuel Ávila con quien compartió celda en el CERESO de Tijuana cuando estaba detenido.

28.- EL ACTA DE NACIMIENTO DE ARMANDO MARTÍNEZ número 764, folio 456789 del libro 22 en el juzgado 8, expedida por el Oficial del Registro Civil del estado de Baja California con fecha de registro 20 de octubre de 1989 en Tijuana; la cual permite acreditar la identidad de Armando Martínez y su fecha de nacimiento correspondiente al 15 de octubre de 1988.

29.- INFORME POLICIAL rendido por el agente ministerial, por el que comunicó el registro en la base de datos de la Fiscalía General de Justicia del estado de Baja California del número terminación 3179 relacionado con Brenda Marín y Fernando, un menor de edad en calidad de imputado.

30.- ACTA DE INSPECCIÓN A PÁGINA ELECTRÓNICA DE RED SOCIAL FACEBOOK practicada por agente ministerial, cuyo resultado arrojó que el número telefónico terminación 3179 se encuentra asociada a la identidad de Brenda Marín y registra amistad como amigo a Fernando, el menor de edad.

31.- ACTA DE ENTREVISTA A FAMILIAR DEL MENOR DE EDAD recabada por policía ministerial, por la cual se esclareció que su domicilio se ubica en Paseo de los Héroes, número 22000, Zona Urbana Rio Tijuana, Tijuana, B.C.; que el menor de edad es su sobrino y vivió en agosto de 2018 en el mismo domicilio; que su número era la línea telefónica terminación 3179; que dicho número telefónico se lo prestaba a su sobrino; que a su sobrino lo visitaban dos sujetos uno al que le decían “el Gordito” y otro al que le decían “el Meño”; que esos dos sujetos se comunicaban al número 3179; que ambas personas llegaban en el automóvil Nissan Sentra siendo el copiloto “el Meño” quien se bajaba; que en agosto de 2018 llevó a su sobrino a la Clínica de Tecate porque no quiso que lo atendieran en Tijuana y que el número que se relaciona con el homicidio lo traía su sobrino.

32.- INFORME DEL CENTRO MÉDICO emitido por la Dirección Administrativa del Centro Médico de Tecate informó que se encontró un registro de atención médica a nombre de Fernando, el menor de edad por diagnóstico de fractura de dedo con ingreso y salida el mismo día 8 de agosto de 2018, día del acontecimiento.

33.- ACTA DE ENTREVISTA AL MENOR DE EDAD recabada por policía ministerial, la cual esclareció su identidad y la edad de 21 años; que su número telefónico es terminación 3179, mismo que utilizaba su tía; que el 8 de agosto tenía su domicilio en Paseo de los Héroes, número 22000, Zona Urbana Rio Tijuana, Tijuana, B.C.; que conoció en junio a Armando Martínez conocido como “el Meño”; que conoció en el mes de julio a Ángel Segura alias “el Gordito” ya que se lo presentó “el Meño”; que “el Gordito” conducía un Nissan Sentra oscuro con vidrios polarizados; que “el Gordito” lo invitó a un “jale” para secuestrar al señor Elio Couset quien vivía en calle Verona, número 8002, unidad Verona Residencial, Tijuana, B.C.; que durante el tiempo que se juntó con ellos platicaron de cómo organizarse para llevar a cabo el secuestro; que acecharon la casa del señor Elio Couset para saber quiénes entraban, salían y vivían en esa casa que iba a estar fácil porque el señor Elio Couset estaba viejo; que el día antes de lo ocurrido a las 21:30 horas de la noche Ángel Segura y Armando Martínez pasaron por él a su domicilio; que Ángel Segura llegó con un sujeto que ayudaría al secuestro; que “el Gordito” y “el Meño” les explicaron que entrarían a la casa del señor, se brincarían el enrejado, esperarían a la señora de la limpieza a que apagara la alarma, entrarían por el señor Elio Couset, lo amenazarían con el arma para asustarlo e hiciera caso, lo amarrarían de pies y manos con los cinchos de plástico, lo sacarían de la casa y lo subirían al auto que estaba en el domicilio del señor; que “el Gordito” le entregó un arma de 9 milímetros, escuadra, gris, con cachas negras; que partieron en el automóvil de Ángel Segura quien iba de piloto, Armando Martínez de copiloto y en la parte trasera el sujeto de identidad desconocida y él; que el sujeto de identidad desconocida y él descendieron del automóvil en la esquina del domicilio de la víctima para llegar caminando; que ambos se brincaron el enrejado y se escondieron en el patio; que asustó al señor quien corrió, se cayó y le disparó varias veces; que sin darse cuenta uno de sus familiares del señor lo vio ya que una señora estaba gritando y viéndolo a la cara y por eso salió huyendo; que el Gordito y el Meño lo recogieron en la esquina, luego de ahí “el Meño” lo llevó a su domicilio porque estaba lesionado.

*34.- **ACTA DE NACIMIENTO DEL MENOR DE EDAD** número 389, folio 567438, libro 01 en el juzgado 7, expedida por el Oficial del Registro Civil del estado de Baja California con fecha de registro 15 de mayo de 2005, la cual acredita su identidad, fecha de nacimiento correspondiente al 18 de octubre de 1999 y originario de Tijuana, estado de Baja California.*

*35.- **SENTENCIA DEFINITIVA EN PROCEDIMIENTO ESPECIAL ABREVIADO DEL MENOR DE EDAD** de la causa adolescente 0323/2022, con número de caso 05-2022-89045 en contra del menor de edad, por el delito de homicidio calificado por ventaja emitida el 29 de septiembre de 2021 por Juez competente; la cual acredita su responsabilidad y su adhesión al procedimiento abreviado por la privación de la vida del señor Elio Couset.*

*36.- **AUTO QUE DECLARA EJECUTORIA LA SENTENCIA DEL MENOR DE EDAD** de fecha 25 de noviembre, dictado dentro de la causa penal 0323/2022 con número de caso 05-2022-89045 en contra del menor de edad por el delito de homicidio calificado por ventaja; el cual acredita que la sentencia quedó FIRME.*

Dichos datos de prueba constatan los hechos expuestos en la imputación y como se establece por el código, éstos hacen referencia al contenido de los medios de convicción, los cuales se tratan en el siguiente apartado.

4.3 ACUSACIÓN

La acusación se ubica en la etapa intermedia,²⁸⁸ en su fase escrita el Ministerio Público la formula una vez concluida la fase de investigación complementaria y siempre y cuando estime que la investigación contenga elementos para que se pueda ejercer la acción penal contra el imputado; la fase oral se lleva a cabo durante la celebración de la audiencia intermedia, en la cual se realizará una exposición resumida de su acusación.²⁸⁹

El escrito de acusación se formulará por “los hechos y personas señaladas en el auto de vinculación a proceso”,²⁹⁰ independientemente de que exista una clasificación distinta. Lo relevante de la acusación es el señalamiento de los medios de prueba que ofrece el Ministerio público, en virtud de que la autoridad ministerial tiene la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad del acusado,

²⁸⁸ Téllez Reyes, Armando (coord.), *op.cit.*, pp. 186-189.

²⁸⁹ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículos 334 segundo párrafo, 335 y 344.

²⁹⁰ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 335 penúltimo párrafo.

así como porque la etapa intermedia tiene por objeto el ofrecimiento, admisión y exclusión de éstos.²⁹¹²⁹²

Los medios de prueba consisten en “toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades previstas para cada uno de ellos”,²⁹³ lo que corresponde a la obtención, producción y reproducción lícita de éstos, pues de lo contrario serán ilícitos para su admisión, y por cuanto a la nulidad, ésta solo será por violación a derechos fundamentales.²⁹⁴ Por tanto, el fragmento a exponer del escrito de acusación consiste en los medios de prueba, siendo su ofrecimiento el siguiente:

TESTIMONIALES

1.- NATALIA LÓPEZ, esposa de la víctima, con domicilio en calle Verona, número 8002, unidad Verona Residencial, Tijuana, Baja California, a quien se le puede localizar por conducto de su asesor jurídico.

El desahogo se propone a través del interrogatorio que se formulará a la ateste y los puntos sobre los que versará será respecto a lo que percibieron sus sentidos de lo ocurrido a su esposo, víctima de homicidio, la madrugada del día 8 de agosto de 2018 en su domicilio.

2.- POLICÍA MUNICIPAL con domicilio laboral en la Dirección de Seguridad Pública del Ayuntamiento de Tijuana, a quien se le puede localizar por conducto de su superior jerárquico, el Director de la Policía municipal, quien labora en el mismo centro de trabajo.

El desahogo que se propone a través del interrogatorio que se formulará al ateste y los puntos sobre los que versará será respecto a lo que percibieron sus sentidos una vez que se presentó en la escena del crimen el 8 de agosto de 2018 ante la esposa de la víctima.

3.- POLICIA MINISTERIAL con domicilio laboral en la Fiscalía General de Justicia del estado de Baja California, a quien se le puede localizar por conducto de su superior jerárquico, el Director de la Policía Ministerial, quien labora en el mismo centro de trabajo.

El desahogo se propone a través del interrogatorio que se formulará al ateste y los puntos sobre los que versará será respecto a lo que percibieron sus sentidos una vez se presentó en el lugar del homicidio el 8 de agosto de 2018 para practicar el procesamiento y administración de la escena.

²⁹¹ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículos 334 y 346.

²⁹² Téllez Reyes, Armando (coord.), *op.cit.*, pp. 196 y 197.

²⁹³ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 261.

²⁹⁴ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículos 261 a 264 y 335 fracción VII.

4.- POLICIA MINISTERIAL con domicilio laboral en la Fiscalía General de Justicia del estado de Baja California, a quien se le puede localizar por conducto de su superior jerárquico, el Director de la Policía Ministerial, quien labora en el mismo centro de trabajo.

El desahogo se propone a través del interrogatorio que se formulará al ateste y los puntos sobre los que versará será respecto a lo que percibieron sus sentidos en la videograbación que reproduce los diversos momentos captados durante la comisión del homicidio del señor Elio Couset el día 8 de agosto de 2018.

5.- ERWIN COUSET, Primogénito de la víctima, con domicilio en calle Verona, número 8002, unidad Verona Residencial, Tijuana, Baja California, a quien se le puede localizar por conducto de su asesor jurídico.

El desahogo se propone a través del interrogatorio que se formulará al ateste y los puntos sobre los que versará será respecto a lo que percibieron sus sentidos de lo ocurrido en la madrugada del 8 de agosto de 2018, día en que privaron de la vida a su padre, así como de las llamadas telefónicas que recibió para amenazarlo.

6.- EMILIANO CORNEJO, vecino de la víctima, con domicilio en Tijuana, Baja California, a quien se le puede localizar por conducto del asesor jurídico o al número telefónico 0166437221934.

El desahogo se propone a través del interrogatorio que se formulará al ateste y los puntos sobre los que versará será respecto a lo que percibieron sus sentidos de lo ocurrido la madrugada del 8 de agosto de 2018 al pasar por el domicilio de la víctima.

7.- EDGAR GUADARRAMA, vecino de la víctima con domicilio en Tijuana, Baja California, a quien se le puede localizar por conducto del asesor jurídico o al número telefónico 0166465321425.

El desahogo se propone a través del interrogatorio que se formulará al ateste y los puntos sobre los que versará será respecto a lo que percibieron sus sentidos de lo ocurrido en la madrugada del 8 de agosto de 2018 al salir de su domicilio contiguo al de la víctima.

8.- POLICÍA MINISTERIAL con domicilio laboral en las inmediaciones de la Fiscalía General de Justicia para el estado de Baja California, a quien se le puede localizar por conducto de su superior jerárquico el Director de la Policía Ministerial, quien labora en el mismo centro de trabajo.

El desahogo se propone a través del interrogatorio que se formulará al ateste y los puntos sobre los que versará será respecto a lo que percibieron sus sentidos durante el análisis a los datos conservados de las distintas líneas telefónicas 0532,1182 y 0944 que llamaron al primogénito de la víctima.

Otro de los puntos sobre los que versará será respecto a lo que percibieron sus sentidos sobre las inspecciones realizadas a la red social Facebook de la línea telefónica 0944, línea que tuvo actividad en las inmediaciones del domicilio de la víctima el día 8 de agosto de 2018.

Otro de los puntos sobre los que versará será respecto a lo que percibieron sus sentidos al recabar las entrevistas del último portador de la línea telefónica terminación 0944 y del autor material del homicidio.

Otro de los puntos sobre los que versará será respecto a lo que percibieron sus sentidos durante la búsqueda de registros en la base de datos de la institución relacionados con el número telefónico terminación 3179.

Otro de los puntos sobre los que versará será respecto a lo que percibieron sus sentidos sobre la inspección realizada a la red social Facebook de la línea telefónica 3179, la cual se relaciona con el autor material.

9.- POLICIA MINISTERIAL con domicilio laboral en la Fiscalía General de Justicia para el estado de Baja California, a quien se le puede localizar por conducto de su superior jerárquico el Director de la Policía Ministerial, quien labora en el mismo domicilio.

El desahogo se propone a través del interrogatorio que se formulará al ateste y los puntos sobre los que versará será respecto a lo que percibieron sus sentidos durante las escuchas de las conversaciones sostenidas en las líneas telefónicas 0944 y 1182 que se comunicaron con el primogénito.

10.- POLICÍA MINISTERIAL con domicilio laboral en la Fiscalía General de Justicia para el estado de Baja California, a quien se le puede localizar por conducto de su superior jerárquico, el Director de la Policía Ministerial, quien labora en el mismo domicilio.

El desahogo se propone a través del interrogatorio que se formulará al ateste y los puntos sobre los que versará será respecto a lo que percibieron sus sentidos durante la búsqueda, localización y vigilancia del acusado, usuario de la línea 1182, y de Emmanuel, usuario de la línea 0944, cuya línea se comunicó en el lugar y previo a la comisión del homicidio.

11.- AGENTE DE MINISTERIO PÚBLICO en su carácter de autoridad responsable ejecutora del cateo, con domicilio en la Fiscalía General de Justicia para el estado de Baja California, a quien se le puede localizar por conducto de su superior jerárquico, quien labora en el mismo domicilio.

El desahogo se propone a través del interrogatorio que se formulará al ateste y los puntos sobre los que versará será respecto a lo que percibieron sus sentidos, previo, durante y posterior a la ejecución del cateo al domicilio del acusado Ángel Segura.

12.- TANIA TÉLLEZ, esposa de Ángel Segura, con domicilio en Tijuana, Baja California, a quien se le puede localizar mediante el número telefónico 0166456432175.

El desahogo se propone a través del interrogatorio que se formulará al ateste y los puntos sobre los que versará será respecto a lo que informó sobre la relación que tenía con el acusado Ángel Segura y su patrimonio.

13.- SEÑORA MARTÍNEZ, madre del acusado, con domicilio en Tijuana, Baja California, a quien se le puede localizar mediante el número telefónico 0166489324570.

El desahogo se propone a través del interrogatorio que se formulará a la ateste y los puntos sobre los que versará será respecto a lo que informó sobre la ubicación de sus hijos el día 8 de agosto de 2018.

14.- BRENDA MARÍN, tía del menor de edad, con domicilio en Paseo de los Héroes, número 22000, Zona Urbana Rio Tijuana, Tijuana, Baja California, a quien se puede localizar mediante el número telefónico 0186743523421.

El desahogo se propone a través del interrogatorio que se formulará a la ateste y los puntos sobre los que versará será respecto a lo que percibieron sus sentidos durante la relación entre su sobrino Fernando y los acusados, así como el uso de la línea 3179 que registraron actividad el día del homicidio.

15.- FERNANDO, EL MENOR DE EDAD, quien puede ser localizado en el Centro de Internamiento para Adolescentes en Tijuana, Baja California.

El desahogo se propone a través del interrogatorio que se formulará al ateste y los puntos sobre los que versará será respecto a lo que percibieron sus sentidos de lo ocurrido previamente, durante y posterior a la

comisión del homicidio del día 8 de agosto de 2018 en el domicilio de la víctima, lugar en donde privó de la vida al señor Elio Couset.

PERICIALES

1.- MEDICO LEGISTA con domicilio en el Servicio Médico Forense del Tribunal Superior del estado de Baja California, a quien se le puede localizar por conducto del superior jerárquico, quien labora en el mismo domicilio.

El desahogo se propone a través del interrogatorio que se formulará al médico legista y los puntos sobre los que versará será respecto a sus conocimientos que informaron sobre la causa de la muerte del señor Elio Couset, la cual ocurrió el 8 de agosto de 2018 en su domicilio.

2.- PERITO EN CRIMINALISTA DE CAMPO con domicilio laboral en el Centro Estatal de Servicios Periciales en Tijuana, Baja California, a quien se le puede localizar por conducto de su superior jerárquico, quien labora en el mismo domicilio.

El desahogo se propone a través del interrogatorio que se formulará al testigo experto y los puntos sobre los que versará será con respecto a la inspección técnica del lugar del crimen y los indicios e instrumentos y objetos del delito hallados.

3.- PERITO EN BALÍSTICA con domicilio laboral en el Centro Estatal de Servicios Periciales en Tijuana, Baja California, a quien se le puede localizar por conducto de su superior jerárquico, quien labora en el mismo domicilio.

El desahogo se propone a través del interrogatorio que se formulará al testigo experto y los puntos sobre los que versará será con respecto a la identificación y comparación de balas y casquillos que fueron encontrados en el domicilio de la víctima el día 8 de agosto de 2018.

4.- PERITO EN BALÍSTICA con domicilio laboral en el Centro Estatal de Servicios Periciales en Tijuana, Baja California, a quien se le puede localizar por conducto de su superior jerárquico, quien labora en el mismo domicilio.

El desahogo se propone a través del interrogatorio que se formulará al testigo experto y los puntos sobre los que versará será con respecto a la identificación sobre los cartuchos encontrados en el cateo ejecutado al domicilio del acusado Ángel Segura.

DOCUMENTALES

1.- ACTA DE NACIMIENTO DE ELIO COUSET número 345, folio 435676 del libro 15 expedida por el Oficial del Registro Civil del estado de Baja California.

El desahogo del documento se propone a través de su acreditación y posterior incorporación mediante la exhibición para su reconocimiento e información que de su emisión y contenido proporcione: el primogénito de la víctima Erwin Couset, con datos para su localización ya proporcionados.

2.- EL ACTA DE MATRIMONIO, número 124, folio 89565488, libro 12, expedida por el Oficial del Registro Civil del estado de Baja California.

El desahogo del documento que ofrezco se llevará a cabo a través de su acreditación y posterior incorporación mediante la exhibición para su reconocimiento e información que de su emisión y contenido proporcione la esposa de la víctima, con datos para su localización ya proporcionados.

3.- RESOLUCIÓN emitida por autoridad judicial competente, dentro del expediente 623/2018, por la que se autorizó la entrega de datos conservados de los números telefónicos terminación 0532, 1182 y 0944.

El desahogo del documento que ofrezco se llevará a cabo a través de su acreditación y posterior incorporación mediante la exhibición para su reconocimiento e información que de su emisión y contenido proporcione: el policía ministerial, con datos para su localización ya proporcionados.

4.- RESOLUCIÓN emitida por autoridad judicial competente, dentro del expediente 621/2018 por la cual se autorizó la intervención a los números telefónicos terminación 1182 y 0944.

El desahogo del documento que ofrezco se llevará a cabo a través de su acreditación y posterior incorporación mediante la exhibición para su reconocimiento e información que de su emisión y contenido proporcione: el policía ministerial, con datos para su localización ya proporcionados.

5.- RESOLUCIÓN de fecha 3 de noviembre de 2018, dictada por el Juez competente dentro del expediente 467/2018 por la cual se autorizó el cateo al domicilio del acusado Ángel Segura.

El desahogo del documento que ofrezco se llevará a cabo a través de su acreditación y posterior incorporación mediante la exhibición para su reconocimiento e información que de su emisión y contenido proporcione: el agente de Ministerio Público como autoridad responsable ejecutora, con datos para su localización ya proporcionados.

6.- OFICIO NÚMERO 1525/2018/ICE emitido por el agente del Servicio de Control de Inmigración y Aduanas del Departamento de Seguridad Nacional de los Estados Unidos, en su carácter de agregado adjunto de la embajada de los Estados Unidos de América en México.

El desahogo del documento que ofrezco se llevará a cabo a través de su acreditación y posterior incorporación mediante la exhibición para su reconocimiento e información que de su emisión y contenido proporcione: el policía ministerial, a quien se le puede localizar por conducto de su superior jerárquico cuyo domicilio laboral sito en la Fiscalía General de Justicia del estado de Baja California.

7.- ACTA DE NACIMIENTO DE ÁNGEL SEGURA expedida en el condado de San Diego, estado de California, Estados Unidos de América, apostillada por la autoridad competente.

El desahogo del documento que ofrezco se llevará a cabo a través de su acreditación y posterior incorporación mediante la exhibición para su reconocimiento e información que de su emisión y contenido proporcione: el policía ministerial, a quien se le puede localizar por conducto de su superior jerárquico cuyo domicilio laboral se ubica en la Fiscalía General de Justicia del estado de Baja California.

8.- INFORME 3456/2018 rendido por el comandante del CERESO, quien informa sobre la estancia en prisión de Emmanuel Ávila, quien fue usuario de la línea 0944, la cual tuvo actividad cerca del domicilio de la víctima el 8 de agosto de 2018, y el acusado Armando Martínez.

El desahogo del documento que ofrezco se llevará a cabo a través de su acreditación y posterior incorporación mediante la exhibición para su reconocimiento e información que de su emisión y contenido proporcione: el comandante del CERESO, a quien se le puede localizar por conducto de su superior jerárquico cuyo domicilio laboral se ubica en el Centro de Readaptación Social de Tijuana, Baja California.

9.- OFICIO 2678/2018 rendido por el comandante del CERESO, quien informa sobre la puesta en libertad del acusado Armando Martínez.

El desahogo del documento que ofrezco se llevará a cabo a través de su acreditación y posterior incorporación mediante la exhibición para su reconocimiento e información que de su emisión y contenido proporcione: el comandante, quien tiene domicilio laboral en el Centro de Reinserción Social de Tijuana, Baja California.

10.- OFICIO 234/2019 emitido por el Director del Centro de Reinserción Social, el cual contiene las fichas señaléticas de los dos hermanos del acusado Armando Martínez.

El desahogo del documento que ofrezco se llevará a cabo a través de su acreditación y posterior incorporación mediante la exhibición para su reconocimiento e información que de su emisión y contenido proporcione: el Director del Centro de Reinserción Social de Tijuana, Baja California, a quien se le puede localizar por conducto de su superior jerárquico, quien labora en el mismo domicilio.

11.- ACTA DE NACIMIENTO DE ARMANDO MARTÍNEZ, número 764, folio 456789 del libro 22 en el juzgado 8, expedida por el Oficial del Registro Civil del estado de Baja California, municipio de Tijuana.

El desahogo del documento que ofrezco se llevará a cabo a través de su acreditación y posterior incorporación mediante la exhibición para su reconocimiento e información que de su emisión y contenido proporcione: el policía ministerial, con datos para su localización ya proporcionados.

12.- ACTA DE NACIMIENTO DE FERNANDO número 389, folio 567438 del libro 01 expedida en el juzgado 7 por el Oficial del Registro Civil del estado de Baja California, correspondiente al autor material del homicidio.

El desahogo del documento que ofrezco se llevará a cabo a través de su acreditación y posterior incorporación mediante la exhibición para su reconocimiento e información que de su emisión y contenido proporcione: el policía ministerial, con datos para su localización ya proporcionados.

13.- LA SENTENCIA DE PROCEDIMIENTO ESPECIAL ABREVIADO dictada por el Juez competente dentro de la causa adolescente 0323/2022 relativa a la responsabilidad penal que se declaró en contra de Fernando por la comisión del delito de homicidio calificado con ventaja.

El desahogo del documento que ofrezco se llevará a cabo a través de su acreditación y posterior incorporación mediante la exhibición para su reconocimiento e información que de su emisión y contenido proporcione: el policía ministerial, con datos para su localización ya proporcionados.

14.- AUTO de fecha 25 de noviembre dictado por el Juez competente dentro de la causa adolescente 0323/2022 en contra de Fernando, a través de la cual se declaró ejecutoria la sentencia.

El desahogo del documento que ofrezco se llevará a cabo a través de su acreditación y posterior incorporación mediante la exhibición para su reconocimiento e información que de su emisión y contenido proporcione: el policía ministerial, con datos para su localización ya proporcionados.

MATERIAL

1.- OBJETO DEL DELITO correspondiente al cuerpo sin vida de la víctima, Elio Couset, quien fue privado de la vida con disparos de arma de fuego en la madrugada del 8 de agosto de 2018 en su domicilio.

El desahogo se propone a través de su acreditación y posterior incorporación mediante fotografías para su reconocimiento e información que, por su hallazgo e inspección en el lugar proporcione: el policía ministerial, con datos para su localización ya proporcionados.

2.- ARCHIVOS DE VÍDEO CONTENIDOS EN EL EQUIPO DE GRABACIÓN DVR, marca lorex de 8 canales 1080PHD Récord No LH210800 con cargador de 8 volta 2 AMP, 1 mouse óptico modelo RTM018, que contiene las videgrabaciones, del periodo 1 al 8 de agosto de 2018 en el domicilio de la víctima.

El desahogo se propone a través de su acreditación y posterior incorporación mediante la reproducción para su reconocimiento e información que de su emisión y contenido proporcione: el policía ministerial, con datos para su localización ya proporcionados.

3.- TRES BALAS DEFORMADAS que corresponden al instrumento del delito hallado en el lugar del domicilio de la víctima el 8 de agosto de 2018

El desahogo se propone a través de su acreditación y posterior incorporación mediante la exhibición para su reconocimiento e información que, por el estudio y análisis sobre éstas practicó: el perito en balística, con datos para su localización ya proporcionados.

4.- CUATRO CASQUILLOS que corresponde al instrumento del delito hallado en el lugar del domicilio de la víctima el 8 de agosto de 2018.

El desahogo se propone a través de su acreditación y posterior incorporación mediante la exhibición para su reconocimiento e información que, por el estudio y análisis sobre éstos practicó: el perito en balística, con datos para su localización ya proporcionados.

5.- CINCHOS de plástico en una bolsa encontrada durante la inspección a la escena del crimen el día 8 de agosto de 2018 en el domicilio de la víctima.

El desahogo se propone a través de su acreditación y posterior incorporación mediante la exhibición para su reconocimiento e información que, por su hallazgo, inspección y cadena de custodia proporcione: el policía ministerial, con datos para su localización ya proporcionados.

6.- CUARENTA CARTUCHOS organizados con la leyenda NFCR 9 milímetros Luger en su base, encontrados en el cateo al domicilio del acusado Ángel Segura.

El desahogo se propone a través de su acreditación y posterior incorporación mediante la exhibición para su reconocimiento e información que, por el estudio y análisis sobre éstos practicó: el perito en balística, con datos para su localización ya proporcionados.

7.- CELULAR marcado como indicio 2, marca iPhone 8 de 128 gigabytes, color negro, con IMEI 453278914621679, instrumento del delito hallado durante la ejecución del cateo al domicilio del acusado Ángel Segura y utilizado para amenazar al primogénito.

El desahogo se propone a través de su acreditación y posterior incorporación mediante la exhibición para su reconocimiento e información que, por su hallazgo, inspección y aseguramiento, proporcione: el policía ministerial, con datos para su localización ya proporcionados.

8.- DOS DISCOS COMPACTO con la leyenda 6942/2018 que contienen los archivos de sonido correspondientes a las conversaciones de las líneas telefónicas terminación 1182 y 0944.

El desahogo del soporte material que ofrezco se llevará a cabo a través de su acreditación y posterior incorporación mediante la reproducción para su reconocimiento e información que de su grabación y contenido proporcione: el policía ministerial, con datos para su localización ya proporcionados.

9.- VEHÍCULO marca Nissan Sentra, gris oscuro, con placas de circulación ASV1232 del estado de Baja California, que se obtuvo con motivo del cateo ejecutado al domicilio del acusado Ángel Segura.

El desahogo se propone a través de su acreditación y posterior incorporación mediante fotografía, por ser un objeto de gran tamaño, para su reconocimiento e información que, por su hallazgo, inspección, inventario y aseguramiento, proporcione: el policía ministerial, con datos de localización ya proporcionados.

10.-TRES DISCOS COMPACTO con la leyenda 6942/2018, relativo a los resultados consistentes en los datos conservados de las líneas telefónicas terminación 1182, 0944 y 0532.

El desahogo del soporte material que ofrezco se llevará a cabo a través de su acreditación y posterior incorporación mediante la reproducción para su reconocimiento e información que de su grabación y contenido proporcione: el policía ministerial, con datos de localización ya proporcionados.

OTROS MEDIOS DE PRUEBA:

1.- CUATRO IMÁGENES DE PERFILES DE LA RED SOCIAL FACEBOOK que arrojó el número telefónico 0944, el cual tuvo actividad el día del homicidio en las inmediaciones del domicilio de la víctima. La incorporación a juicio se propone a través de su acreditación y posterior incorporación mediante la exhibición para su reconocimiento e información que por su búsqueda en la red social proporcione el policía ministerial, con datos para su localización ya proporcionados.

2.- DOS IMÁGENES DE LOS REGISTROS CONTENIDOS EN LA BASE DE DATOS DE LA FISCALÍA relacionados con los usuarios de la línea telefónica 3179, línea que tuvo comunicación con la línea 0944, la cual tuvo actividad el día del homicidio en las inmediaciones del domicilio de la víctima.

La incorporación a juicio se propone a través de su acreditación y posterior incorporación mediante la exhibición para su reconocimiento e información que por su búsqueda en la base de datos de la Fiscalía proporcione el policía ministerial, con datos para su localización ya proporcionados.

Una vez abordada la parte relevante de la acusación, considero es importante mencionar que al establecer los medios de prueba no necesariamente deben ser ofrecidos todos los datos de prueba, sino solamente aquellos que generen convicción más allá de toda duda razonable para la culpabilidad, asimismo, pueden ser ofrecidos aquellos que no hayan sido previamente establecidos como datos de prueba pero que son fuente de información obtenida en la etapa de investigación complementaria y que permiten reconstruir los hechos, en forma tal que acrediten la culpabilidad.

4.4 SENTENCIA

Declarado el cierre del debate, el Tribunal de enjuiciamiento deliberará “en forma privada, continua y aislada, hasta emitir el fallo correspondiente”,²⁹⁵ al término de la deliberación comunicará si es fallo “de absolución o de condena, si la decisión se tomó por unanimidad o por mayoría de miembros del Tribunal y la relación sucinta de los fundamentos y motivos que lo sustentan”.²⁹⁶

El tribunal de enjuiciamiento apreciará la prueba según su libre convicción y de manera lógica, esto consistirá en la valoración racional de todos los medios de prueba, los cuales fueron obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente, incluso de aquellos desestimados, tomando en cuenta las razones que se hubieren tenido para hacerlo. Esta valoración permitirá el alcance de las conclusiones a que llegue la sentencia, la cual debe llegar a la convicción más allá de toda duda razonable para que sea condenado, por lo que en caso de duda sería absuelto, pues la duda favorece al acusado.²⁹⁷

De tal manera, la relevancia de la sentencia recae en dos puntos a considerar; el primero es que la sentencia se basa en los hechos que hayan sido objeto de la acusación y el segundo consiste en el razonamiento utilizado para la valoración de los medios de pruebas que fundamentan las conclusiones del Tribunal de Enjuiciamiento, lo cual se establece a continuación:²⁹⁸

SENTENCIA DEFINITIVA

*En Tijuana, Baja California, a veintiocho de julio de dos mil veintitrés, se procede a plasmar por escrito la **SENTENCIA DEFINITIVA** dictada en el juicio oral de la carpeta judicial 6942/2018, que se inició en contra de Ángel Segura y Armando Martínez por hechos constitutivos del delito de **homicidio calificado**.*

...

VII.- VALORACIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA.

²⁹⁵ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 400.

²⁹⁶ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 401.

²⁹⁷ Código Nacional de Procedimientos Penales, artículos 359 y 402.

²⁹⁸ Téllez Reyes, Armando (coord.), *op.cit.*, pp. 260-263.

*El Tribunal de Enjuiciamiento declara que los acusados **ÁNGEL SEGURA** y **ARMANDO MARTÍNEZ** son **CULPABLES** por el hecho que la ley señala como delito de **HOMICIDIO CALIFICADO**, cuya intervención fue **COAUTORÍA** en agravio del señor **ELIO COUSET**.*

En la etapa de juicio se desahogaron las pruebas que el Ministerio Público estimó pertinentes para acreditar su teoría del caso, desistiéndose de las inoportunas para dicho fin, consideró las pruebas que se incorporaron de acuerdo con las reglas de cada tipo de prueba que establece el Código Adjetivo, mismas que son lícitas conforme a los derechos fundamentales.

De tal manera que las pruebas desahogadas fueron valoradas por este Tribunal de Enjuiciamiento de manera libre, lógica y crítica, en términos de los artículos 259, 265, 320, 358, 359, 402 y 403 fracción VI del Código Nacional de Procedimientos Penales; a partir de lo cual se llega a la conclusión que la Fiscalía cumplió con la carga de la prueba y acreditó los hechos ocurridos base de la acusación, conforme a lo siguiente:

*Se toma en consideración **el objeto del delito** que corresponde al cuerpo sin vida del señor Elio Couset que por **testimonio de perito en criminalística de campo** lo reconoció mediante la toma fotográfica que recabó de éste, así como el **acta de nacimiento** número 345, folio 435676 del libro 15 expedida por el oficial del Registro Civil del estado de Baja California que proporcionó el primogénito, mediante la cual se estableció su identidad y su origen, acreditándose que existe un cuerpo sin vida y bajo la identidad de Elio Couset.*

*Se toma a consideración el **testimonio de la señora Natalia López**, pues en lo que nos interesa manifestó que es la esposa del señor Elio Couset, que en la madrugada del 8 de agosto de 2018 dos sujetos allanaron su domicilio escondiéndose en éste, que uno de ellos salió del escondite, forcejeó con su esposo, le disparó y lo privó de la vida con disparos de una arma de fuego enfrente de ella y por último mencionó que vio como Fernando (el autor material) la observó y salió huyendo del lugar de la escena del crimen junto con el otro sujeto, de quien no se logró reconocer su identidad.*

El testimonio adquiere eficacia, ya que fue emitido por la esposa de la víctima, quien directamente observó la privación de la vida de su esposo y el modo como se ejecutó.

*Del hecho ocurrido, se considera **el testimonio de policía municipal** quien mediante el **informe policial homologado** con número de referencia 765432/2018 informó respecto su llegada a las 05:31 horas del 8 de agosto de 2018 al lugar de los hechos, donde se encontraba el cuerpo sin vida y la esposa de la víctima a quien le tomó su declaración, la cual fue referida anteriormente, asimismo señaló que personal paramédico declaró la muerte del señor Elio Couset; y **el testimonio del médico legista** quien conforme al **certificado de autopsia realizado** informó la causa de muerte del señor Elio Couset, la cual consistió en muerte por herida penetrante en tórax y abdomen por proyectil de arma de fuego.*

Ambos medios de prueba el Tribunal los valora de manera libre y lógica, considerando que acreditan la causa de la muerte del señor Elio Couset; pues tanto la testimonial de policía municipal como la pericial practicada por médico legista quien es experto en la materia, refieren que la causa de muerte del señor Elio Couset fue muerte por proyectil de arma de fuego y no por alguna otra causa.

En lo que respecta a las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la secuencia de los hechos existen otros medios de prueba desahogados, cuyo valor probatorio es el siguiente:

*El Tribunal considera el testimonio de **perito en criminalística de campo**, quien manifestó que realizó la inspección técnica del lugar, donde se recolectaron diversos indicios que fueron reconocidos por peritos en*

el desahogo de los **medios de prueba materiales de balas y casquillos**, y por **policía ministerial** el **medio de prueba material de los cinchos**, con lo que iban a amarrar de pies y manos al señor Elio Couset para capturarlo, y la inspección técnica realizada al cadáver, la cual se acredita con **la material del objeto del delito** consistente en el cuerpo sin vida del señor Elio Couset, misma que fue reconocida mediante **fotografía**, tal inspección técnica concluyó que el occiso sufrió heridas por arma de fuego así como afirmó que hubo presencia de arma de fuego en el lugar.

Dichos medios de prueba desahogados son valorados de manera libre y lógica porque describen los hallazgos de indicios en el lugar, siendo suficiente lo observado y lo informado por los testigos y testigos expertos que les permiten concluir al Tribunal que la víctima sufrió heridas por disparos de arma de fuego.

Se toma en consideración **el testimonio de policía ministerial**, quien informó los puntos sobre los que versó el **acta de procesamiento y administración** consistentes en la ubicación del lugar donde se cometió el homicidio, la descripción de éste, de la escena y del cadáver, con lo que se acredita que el homicidio del señor Elio Couset el día 8 de agosto de 2018 se consumó en su domicilio ubicado en calle Verona, número 8002, unidad Verona Residencial, Tijuana, Baja California.

Siendo las balas deformadas uno de los indicios hallados en el lugar, el Tribunal considera **el testimonio de perito en balística** quien esclareció mediante **dictamen de balística** que de tres balas encontradas en el domicilio de la víctima, una de ellas corresponde al calibre de 9 milímetros y en lo que cabe a las otras dos fue imposible la obtención de resultado por su deformación, dicha técnica concluyó el calibre de la bala, balas que provocaron las heridas en tórax y abdomen, lo cual fue causa de la muerte del señor Elio Couset. Otro indicio hallado en el lugar de los hechos fueron los casquillos, por lo que el Tribunal considera eficiente **el testimonio de perito en balística** quien esclareció mediante **el dictamen de comparativa de casquillos**, que los cuatros casquillos corresponden al mismo calibre de 9 milímetros Luger, así como que fueron percutidos por una misma arma, lo que confirma el mismo calibre de balas y casquillos.

Por lo que respecta a la secuencia de los hechos y el modo en que se desarrolló antes, durante y después del homicidio del señor Elio Couset de fecha 8 de agosto de 2018, se considera **la testimonial de policía ministerial** quien informó en juicio sobre **el acta de inspección** que realizó, en la que utilizó la material consistente en **los archivos de video** contenidos en **el equipo de videograbación**, los cuales corresponden al periodo del 1 al 8 de agosto de 2018, días que fueron captados por éste, los archivos fueron reproducidos y mostraron lo informado por el policía ministerial, observando la llegada de dos sujetos caminando al domicilio de la víctima, mismos sujetos allanaron el domicilio escondiéndose en el patio, al exterior del domicilio se encontraba un vehículo vigilándolo y pasando por el frente de éste en varias ocasiones, también se mostró como acecharon a la víctima, como uno de los sujetos la sorprendió, le apuntó con el arma de fuego y le disparó, luego de ello se observó como ambos sujetos huyeron de la escena del crimen.

Dicho medio de prueba ilustró el momento y modo en que sucedieron los hechos, así como el momento y modo en que uno de los sujetos privó de la vida al señor Elio Couset, mientras que otros sujetos vigilaban el domicilio desde el interior de un vehículo, de tal manera que tal medio de prueba tiene gran credibilidad ya que sin duda alguna esclarece lo ocurrido en tiempo, lugar y modo.

Se considera por el Tribunal **el testimonio realizado al señor Erwin Couset**, primogénito de la víctima, quien de acuerdo a lo que nos interesa manifestó que el día 8 de agosto de 2018 privaron de la vida a su padre con

disparos de arma de fuego y que posteriormente al suceso, los días 14 y 15 de agosto de 2018 dos números telefónicos terminación 1182 y 0944 se comunicaron al número del negocio de su padre terminación 0531, pidiéndole dinero y que si no se los daba, le harían daño amenazándolo con secuestrarlo, con lo que se informó sobre la existencia de dos líneas telefónicas terminación 1182 y 0944 y el propósito de obtener dinero.

Para el esclarecimiento de las personas que portaban las líneas telefónicas terminación 1182 y 0944 en la época de los hechos, se considera por el Tribunal los medios de prueba desahogados como la documental consistente en **la resolución judicial**, medio por el que se autorizó la entrega material de **tres discos compactos** cuyo contenido son los **datos conservados** de ambas líneas y de la línea terminación 0532 del negocio, al ser la línea que recibía las llamadas de esos dos números; de tal contenido se tomó en consideración **el testimonio de policía ministerial** quien informó que la línea telefónica terminación 0532 recibió llamada de la línea telefónica terminación 1182 y 0944, que la línea telefónica terminación 1182 tuvo comunicación con las líneas telefónicas terminación 0944 y 0532 y que la línea 0944 tuvo comunicación en varias ocasiones con la línea telefónica terminación 3179.

De ello mismo, se considera **la resolución judicial de intervención de comunicaciones**, misma que esclareció la identidad de los usuarios de las líneas 0944 y 1182. De tal intervención a las líneas referidas se extrajo **la material** consistente en **dos discos compactos de las escuchas de las conversaciones** sostenidas, mismos que fueron analizados y por lo cual se considera **el testimonio de policía ministerial**, quien se encargó de realizar la inspección e informó que ambos números telefónicos revelaron la identidad de las personas que los usaban, que en las conversaciones del 15 de septiembre al 7 de octubre de 2018 la línea 1182 se ostentó con el nombre del acusado Ángel Segura y en cuanto a la línea telefónica 0944 le perteneció al usuario Emmanuel Ávila, así como por **el testimonio de policía ministerial**, quien informó que de **la inspección realizada a la red social Facebook** con el número telefónico 0944 hasta el 30 de agosto de 2018 se encontraba vinculado al perfil de Axel Martínez, quien es hermano del acusado Armando Martínez; el perfil se reconoció por **la material de cuatro imágenes de la red social de Facebook**.

Dichos medios de prueba el Tribunal los considera y los valora de manera libre y lógica, por lo que la intervención a las comunicaciones, los datos conservados y la inspección realizada a la red social Facebook permitieron obtener los nombres de los usuarios, en el caso de la línea 1182 corresponde a Ángel Segura, de quien por **oficio número 1525/2018/ICE**, el policía ministerial reconoció el documento en el que Ángel Segura es ciudadano de los EE.UU., que ha cruzado vía terrestre a México ocupando el automóvil con placas ASV1232, que su esposa es Brenda Marín, que no cuenta con actividad laboral registrada y que fue detenido en 2016 por importación/exportación de sustancias controladas; y en lo que cabe a la línea telefónica terminación 0944 corresponde a Emmanuel Ávila del periodo 15 de septiembre al 7 de octubre de 2018 y a Axel Martínez hasta antes del 30 de agosto del mismo año.

Se considera por el Tribunal **el testimonio de policía ministerial** quien informó sobre la entrevista realizada a Emmanuel Ávila, tomando en consideración que se negó a firmarla, sin embargo lo único que mencionó es que el señor Emmanuel confirmó que conocía al acusado Armando Martínez, que compartió celda con él y que respecto a la línea 0944, el acusado se la transfirió después de que salió de prisión, es decir el 15 de septiembre de 2018, lo que ocurrió posterior al homicidio de la víctima, acreditándose con **el informe**

3456/2018 rendido por el Comandante del Cereso de Tijuana, quien informó que Emmanuel Ávila y Armando Martínez compartieron celda por un tiempo y que Armando Martínez salió antes de prisión que Emmanuel Ávila.

Con lo anterior, se acreditó la relación entre Emmanuel Ávila y el acusado Armando Martínez, asimismo que Emmanuel Ávila no es la persona que uso la línea 0944 el día del homicidio de la víctima, pues en la época de los hechos se encontraba privado de su libertad, la cual obtuvo posteriormente.

El Tribunal considera **el testimonio de la señora Martínez**, madre de Axel Martínez y el acusado Armando Martínez, quien en su desahogo manifestó que tiene 3 hijos, que dos de sus hijos están en prisión, lo cual se acreditó con las **fichas señaléticas de ambos que** comprueban que se encontraban compurgando una pena en el Cereso de Tijuana en la época de los hechos y que su hijo, el acusado Armando Martínez se encontraba en libertad, lo cual se acreditó con la documental consistente en el **oficio número 2678/2018** que establece su libertad por haber compurgado el día 14 de marzo de 2018 la sentencia de la causa penal 431/2016 dictada por el juez competente.

Dichos medios de prueba comprobaron que los hermanos del acusado Armando Martínez no utilizaron la línea 0944 porque estaban reclusos en el Cereso de Tijuana en la época de los hechos y que fue el acusado Armando Martínez quien la uso al encontrarse en libertad.

Esto es, al encontrarse en la época de los hechos el señor Emmanuel Ávila en prisión, así como los hermanos de Armando Martínez y siendo Armando Martínez el único en libertad se acreditó que él portaba la línea terminación 0944 el día 8 de agosto de 2018, siendo incluso él quien se la transfirió a Emmanuel Ávila después del homicidio.

Por otro lado, se considera por el Tribunal el testimonio del policía ministerial quien informó que durante la búsqueda y vigilancia al acusado Ángel Segura y Emmanuel Ávila hallaron el vehículo marca Nissan Sentra, oscuro, con placa ASV1232, vehículo por el cual se localizó el domicilio del acusado Ángel Segura, quien conducía el vehículo y quien fue usuario de la línea telefónica 1182 en la época de los hechos.

Este Tribunal toma en consideración la **resolución judicial de cateo** autorizada el 3 de noviembre de 2018 por el juez competente al domicilio del acusado Ángel Segura ubicado en calle vecinal, número 4190, colonia San Antonio de los Buenos, Tijuana, B.C, asimismo se refiere **al testimonio del agente de Ministerio Público**, quien como autoridad ejecutora del cateo informó respecto **el acta realizada**, en la cual manifestó que la persona detenida fue el acusado Ángel Segura, de quien se acreditó su identidad con el **acta de nacimiento** apostillada que expidió el condado de San Diego, estado de California en Estados Unidos de América con registro del 3 de julio de 1992 y su fecha de nacimiento corresponde al 24 de junio de 1992; también manifestó el hallazgo de **un celular iPhone 8** de 128 gigabytes, color negro con IMEI 453278914621679, mismo que fue reconocido en juicio por policía ministerial, quien estableció que tal celular corresponde a la línea 1182, de la cual el acusado Ángel Segura fue usuario y utilizó para amenazar al primogénito de la víctima. También informó que **el vehículo asegurado** corresponde a un Nissan Sentra oscuro con vidrios polarizados, de lo cual para acreditar su posesión se consideró el **testimonio de Tania Téllez** quien manifestó que el acusado Ángel Segura es su esposo, que es padre de sus hijos, que se compró el automóvil Nissan Sentra, que no sabía sobre su ambiente laboral ni sobre su sueldo.

En el mismo cateo la agente de Ministerio Público estableció que se hallaron **40 cartuchos** del calibre de 9 milímetros, mismos cartuchos que fueron exhibidos en audiencia y analizados por perito en balística quien informó mediante **dictamen** que los cartuchos correspondían al calibre 9 milímetros y presentaban las mismas leyendas de los casquillos hallados en la escena del crimen.

Durante el cateo se localizó y se detuvo al acusado Ángel Segura, persona que portó y utilizó la línea terminación 1182 para amenazar al primogénito posterior a la muerte del señor Elio Couset, así como para estar en contacto con la línea 0944, la cual estaba en posesión del acusado Armando Martínez; asimismo se aseguró el vehículo que corresponde al utilizado el día del homicidio y que es propiedad del acusado Ángel Segura; y por último el aseguramiento de los indicios consistentes en los cartuchos y el celular de línea 1182, los cuales fueron obtenidos lícitamente.

Se considera para acreditar la movilidad del automóvil el día de los hechos en el domicilio de la víctima **los testimonios de dos vecinos**; el testimonio de Emiliano López quien manifestó que en la madrugada del 8 de agosto de 2018 a las 04:50 salió de su casa para realizar sus actividades deportivas, durante su trayecto estableció que observó un vehículo con dos personas en su interior y que al regresar se enteró de la privación de la vida de su vecino; así como, el testimonio de Edgar Guadarrama, también vecino de la víctima, quien manifestó que su domicilio se ubica a lado del de la víctima, que al salir vio circular un vehículo con características de Sedán, oscuro con vidrios polarizados negros, que al regresar a su domicilio en el camino vio acordonado el domicilio de su vecino porque lo habían privado de su vida.

Dichos medios de prueba acreditan que en la madrugada del 8 de agosto de 2018 estuvo el vehículo del acusado Ángel Segura en el lugar donde la víctima fue privada de la vida, así como se comprueba que el vehículo que estuvo vigilando el domicilio de la víctima corresponde a aquel que fue localizado y cuyo seguimiento auxilió a la ubicación del domicilio del acusado Ángel Segura, siendo asegurado durante el cateo a dicho lugar.

Se considera por el Tribunal el **testimonio de la señora Brenda Marín**, tía del menor de edad, quien manifestó que su domicilio se ubica en Paseo de los Héroes, número 22000, Zona Urbana Rio Tijuana, Tijuana, B.C., que su sobrino vivió ahí en agosto 2018, que su número telefónico es terminación 3179, que se lo prestaba a Fernando, el menor de edad, que había dos personas que lo visitaban, a quienes les decía por su alias “el Gordito” y “el Meño”, que llegaban en un automóvil Nissan Sentra siendo el copiloto “el Meño” y el piloto “el Gordito”

Dicho medio de prueba acredita que en la época de los hechos la línea 3179 fue usada por su sobrino menor de edad de nombre Fernando, además acredita la relación entre su sobrino y los acusados de alias “el Gordito” y “el Meño”, pues así se les reconoce.

Respecto a la línea telefónica terminación 3179, el Tribunal considera **el testimonio de policía ministerial** quien informó sobre la base de datos de la Fiscalía General de Justicia para el estado de Baja California, en la cual obra registro de dicha línea relacionada con los nombres Brenda Marín y Fernando (el menor de edad) y también informó sobre el acta de inspección de la red social Facebook de esa línea, por medio de la cual se acredita que la línea se relaciona con el perfil de Fernando.

En dichos medios de prueba existió registro de Fernando, lo cual se confirma con el testimonio de Brenda Marín, al que previamente se refirió, esto significa que Fernando hizo uso de la línea telefónica 3179, misma

que se comunicaba con la línea 0944 quien usó el acusado Armando Martínez y que ambas tuvieron actividad cerca del domicilio de la víctima el día del homicidio.

Por último, todos los medios de prueba anteriormente valorados constatan el **testimonio de Fernando, el menor de edad**, quien fue el autor material del homicidio del señor Elio Couset al dispararle con una arma de fuego el día 8 de agosto de 2018 a las 05:27 de la madrugada, quien ya fue **sentenciado en la causa adolescente** 0323/2022, dictada el 29 de septiembre de 2021 por juez competente y se adhirió al procedimiento abreviado, **sentencia que quedó ejecutoriada** con fecha 25 de noviembre de 2022; en su confesión manifestó que su número telefónico es 3179, mismo que utilizaba su tía y que también lo acredita el informe policial relativo al acta de inspección de esa línea en la que se encuentra registrado el menor de edad, que el 8 de agosto tenía su domicilio en Paseo de los Héroes, número 22000, Zona Urbana Rio Tijuana, B.C. como lo refirió el testimonio de Brenda Marín; que conoció en junio al acusado Armando Martínez conocido como “el Meño”, que conoció en el mes de julio al acusado Ángel Segura alias “el Gordito” ya que se lo presentó “el Meño”; que “el Gordito” conducía un Nissan Sentra oscuro con vidrios polarizados como lo refirió el **testimonio de Tania Téllez**; que “el Gordito” lo invitó a un “jale” para secuestrar al señor Elio Couset quien vivía en calle Verona, número 8002, unidad Verona Residencial, Tijuana, B.C.; que durante el tiempo que se juntó con ellos platicaron de cómo organizarse para llevar a cabo el secuestro; que acecharon la casa del señor Elio Couset para saber quiénes entraban, salían y vivían en esa casa que iba a estar fácil porque el señor Elio Couset estaba viejo, vigilancias que se constataron por **la videograbación del 1 al 8 de agosto de 2018**; que el día antes de lo ocurrido a las 21:30 horas de la noche Ángel Segura y Armando Martínez pasaron por él a su domicilio; que Ángel Segura llegó con un sujeto que ayudaría al secuestro como **lo muestran los archivos de vídeo** en los que aparece el sujeto de identidad desconocida; que “el Gordito” y “el Meño” les explicaron que entrarían a la casa del señor, se brincarían el enrejado, esperarían a la señora de la limpieza a que apagara la alarma, entrarían por el señor Elio Couset, lo amenazarían con el arma para asustarlo e hiciera caso, lo amarrarían de pies y manos con los cinchos de plástico, lo sacarían de la casa y lo subirían al auto que estaba en el domicilio del señor; que “el Gordito” le entregó un arma de fuego de 9 milímetros, escuadra, gris, con cachas negras, con la cual privó de la vida al señor Elio Couset porque se la entregaron cargada; que partieron en el automóvil de Ángel Segura quien iba de piloto, Armando Martínez de copiloto y en la parte trasera el sujeto de identidad desconocida y él; que el sujeto de identidad desconocida y él descendieron del automóvil en la esquina del domicilio de la víctima para llegar caminando; que ambos se brincaron el enrejado y se escondieron en el patio; que al salir el señor Elio Couset lo sorprendió, que el señor se asustó y corrió, que el señor se cayó y al querer capturarlo el señor se defendió y le quiso quitar el arma por lo que le disparó varias veces; que sin darse cuenta uno de sus familiares del señor lo vio, que era una señora gritando quien lo vio a la cara y por eso salió huyendo, de lo cual dio cuenta **el testimonio de Natalia López**; que “el Gordito” y “el Meño” lo recogieron en la esquina, luego de ahí “el Meño” lo llevó a su domicilio.

Este medio de prueba esclareció el homicidio y su comisión porque el testigo fue quien materialmente accionó el arma, conocía el plan realizado por Armando Martínez y Ángel Segura, fue a la persona a quienes los acusados le entregaron el arma de fuego cargada y es quien tenía comunicación desde su línea telefónica terminación 3179 con la de Armando Martínez, líneas que estuvieron activas cerca del domicilio.

Para establecer la calificativa de familiares, la testigo Natalia López en la entrevista que le realizó el policía ministerial manifestó la existencia del vínculo familiar que contrajo con el señor Elio Couset como su cónyuge, lo cual se acreditó con el **acta de matrimonio** número 124, folio 89565488, libro 12, expedida por el Oficial del Registro Civil de Tijuana.

Para establecer la calificativa de ventaja es eficiente el **testimonio de Fernando**, los **dictámenes de balística**, el **acta de procesamiento y administración de la escena**, la **inspección de campo**, las balas y **casquillos** encontrados, el **testimonio de Natalia López**, la **necropsia** practicada con lo cual se acreditó que en la comisión del homicidio encontrándose el autor material de pie y armado y la víctima caída y sin arma disparó y privó de la vida al señor Elio Couset.

Por lo tanto y conforme a una apreciación conjunta, integral y armónica de todos los elementos probatorios se concluye la **certeza de los hechos expuestos por el agente de Ministerio Público como base de su acusación y la culpabilidad de los acusados Ángel Segura y Armando Martínez**, conforme al tipo penal de homicidio calificado de acuerdo a los artículos 123, en relación con el diverso 126 y los artículos 147 y 148 fracción II que señalan las circunstancias modificativas agravantes de la penalidad, artículos contenidos en el Código Penal para el Estado de Baja California.

De lo anterior, no existe ninguna duda de que el comportamiento de los acusados consistió en que formaron un grupo para cometer el secuestro del señor Elio Couset, integraran al grupo a un menor de edad, asignaran al menor de edad la tarea de capturar al señor Elio Couset, entregaran al menor de edad un arma de fuego cargada, llevaron al menor de edad al domicilio de la víctima, vigilaran el lugar y auxiliaran al menor de edad a evadirse.

Dicho comportamiento consiste en varias acciones que no debieron desplegar los acusados Ángel Segura y Armando Martínez para evitar el homicidio; es decir, su comportamiento fue la causa del homicidio.

Como **primer punto** se debe abordar que el comportamiento desplegado por los acusados no lo permite ninguna norma, pues la voluntad general no permite que las personas formen grupos delictivos, induzcan o integren a los menores a dichos grupos, entreguen armas de fuego cargadas a menores de edad para cometer los delitos y priven de la vida a personas; de ahí que los acusados quebrantaron el rol de persona en Derecho al realizar los comportamientos desaprobados por la sociedad.

En **segundo término**, se debe abordar que en el caso estudio la consecuencia o resultado consistió en la privación de la vida del señor Elio Couset mediante el uso de un arma de fuego accionada por el menor de edad, cuya causa sin duda alguna fue la entrega de los acusados Ángel Segura y Armando Martínez al menor de edad de un arma de fuego cargada que sirve para matar, motivo este último que incrementó el riesgo y que debió evitarse, lo cual era posible para los propios acusados pues pudieron evitar la entrega del arma cargada, sin embargo, no lo hicieron, es decir, siendo evitable no lo evitaron y por tanto es imputable el comportamiento peligroso consistente en la entrega del arma cargada a un menor de edad, quien carece de capacidad y accionó el arma provocando el resultado consistente en el cuerpo sin vida del señor Elio Couset.

Por otra parte, tal comportamiento de los acusados o acciones mencionadas no encuentran aprobación positiva por la sociedad, ya que la norma no lo permite, por el contrario, **lo tipifica como delito de**

***HOMICIDIO**, tipo penal cuyos elementos están agotados por las pruebas anteriormente valoradas, ya que existe el cuerpo sin vida del señor Elio Couset cuya causa fue la herida penetrante de tórax y abdomen por disparos de arma de fuego accionada por el menor de edad, a quien los acusados Ángel Segura y Armando Martínez proporcionaron el arma de fuego cargada.*

*Al no existir causa de justificación que establezca consentimiento presunto, legítima defensa, estado de necesidad justificante y cumplimiento de un deber o un derecho se configura la **ANTI JURICIDAD** de la privación de la vida del señor Elio Couset por parte de los acusados Ángel Segura y Armando Martínez, destacando además que quebrantaron su rol al llevar a cabo un riesgo no permitido.*

*Y en lo que respecta a las causas de inculpabilidad, al no presentarse el error de prohibición, estado de necesidad disculpante, inimputabilidad y acción libre de su causa, ni tampoco la inexigibilidad de otra conducta, se configura el elemento de **CULPABILIDAD** a los acusados Ángel Segura y Armando Martínez, destacando la falta de fidelidad al Derecho por el comportamiento desaprobado que cometieron los acusados.*

*En ese tenor y al cumplir con las cuatro categorías que integran al delito, este Tribunal de Enjuiciamiento declara **RESPONSABLES PENALMENTE** a los acusados **ÁNGEL SEGURA Y ARMANDO MARTÍNEZ** por el delito de **HOMICIDIO CALIFICADO** en coautoría y en agravio del señor **ELIO COUSET**.*

Lo relevante del análisis consistió en la aplicación de los postulados de la Teoría Normativa del Derecho Penal Funcional, a través del cual se construyó la conducta mediante el empleo de los tres criterios de evitabilidad, adecuación social y lo social, así como, el estudio de las cuatro categorías del delito (conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) y destacando la influencia funcionalista en la antijuricidad y culpabilidad.

CONCLUSIONES

PRIMERA. - Las teorías tradicionales tuvieron aportaciones que caracterizaban a la propia teoría y críticas que por sí mismas implicaban el mejoramiento en la creación de una nueva teoría, dichas teorías tuvieron un enfoque en el ser humano (la conciencia), lo cual las aleja de ser teorías del delito estrictamente objetivas y no aptas para una sociedad moderna como la de hoy.

SEGUNDA. - La teoría de los sistemas y los principios jurídicos funcionan como influencias de la Teoría Normativa del Derecho Penal Funcional, tales influencias y la teoría jurídica establecen el rol como lo funcional y a su quebrantamiento como lo disfuncional.

TERCERA.-. La teoría de los sistemas sociales como influencia de la Teoría Normativa (la teoría funcionalista) establece que el subsistema derecho es un sistema social que soluciona problemas, es autopoietico, autodescriptivo y funciona con sus propias operaciones, opera bajo la comunicación a través de la norma y mediante el código binario conforme a derecho y no conforme a derecho.

CUARTA. - La norma concibe expectativas de la sociedad en su conjunto, por lo que no son de manera individual, de tal manera que el comportamiento es en sociedad.

QUINTA.-. Los principios jurídicos como influencia de la Teoría Normativa establecen que la sociedad funciona al cumplir con los roles que le compete a cada persona, cuyos roles se establecen en la norma.

SEXTA. - La Teoría Normativa del Derecho Penal Funcional puede ponerse en práctica en el sistema penal mexicano, ya que las teorías tradicionales tienen como base la acción e intención del individuo, sin considerar a la sociedad.

SÉPTIMA. - La Teoría Normativa del Derecho Penal Funcional también su forma de operación es estrictamente bajo la norma, cuyo contenido son expectativas de la sociedad que establecen el rol, lo objetivo.

OCTAVA. - El quebrantamiento del rol es el quebrantamiento de la norma, es decir existe una comunicación defectuosa que para su restauración se necesita de la imposición de la sanción con el fin de asegurar la expectativa social.

NOVENA. – El funcionalismo jurídico penal se encarga de superar el subjetivismo, operando solo objetivamente bajo los criterios de la imputación objetiva. Los criterios que construyen la conducta son la evitabilidad, la adecuación social y la categoría de “lo social”.

DÉCIMA. – Los casos conocidos como culposos se consideran como una desvaloración de la no reflexión porque a sabiendas de que podía pasar el resultado prohibido, aunque no querido por la persona, ésta lo ejecuta o lo permite con lo que incrementa el riesgo y ese incremento configura el comportamiento desaprobado y la infracción al rol, por lo cual el infractor debe rendir cuentas.

DÉCIMA PRIMERA.- La teoría jurídica establece el derecho como realidad y lo define como sistema, aquel sistema de comunicación por medio de normas, por lo que en caso de existencia de responsabilidad penal, ésta surge de un rol quebrantado que incrementó el riesgo y causó el resultado, lo cual es contrario a la norma, es decir contrario al sistema, siendo esto lo que permitirá actuar al derecho penal con el fin de asegurar la expectativa que descansa en la norma y que fue quebrantada con el comportamiento de la persona.

DÉCIMA SEGUNDA. - Se establece y se observa que es momento de idealizar al derecho como aquel sistema normativo que se utiliza para que la persona infractora rinda cuentas mediante un **procedimiento penal** y no idealizarlo en un sentido figurado, como aquel sistema justo, como aquel sistema correcto, como aquel sistema perfecto que resuelve el conflicto, pues muchas veces las personas podrán encontrarse con decisiones injustas, por ejemplo un cateo mal practicado en el que los responsables obtengan su libertad debido a la anulación emitida por el juez sobre el cateo y todo lo encontrado en su práctica, a simple vista se observa que no es justo, pero es la infracción por no observar la norma.

DÉCIMA TERCERA. - No existe teoría del delito perfecta ni exacta, pero esta teoría sí representa el Derecho penal en los casos complejos, además de acoplarse a la sociedad actual y sobre todo a la estricta observancia de la norma con el fin de resolver las perturbaciones sociales y no de la intención que rige el subjetivismo.

PROPUESTA

De conformidad con la investigación realizada y al ser objetiva la Teoría Normativa del Derecho Penal Funcional, la propuesta consiste en una reforma a la norma penal sustantiva.

Es decir, se propone la derogación de la disposición finalista que trata a los elementos subjetivos genéricos, consistentes en el dolo y la culpa, como elementos para configurar las acciones u omisiones delictivas y, en su lugar, se asuma el cambio hacia la teoría funcionalista.

Las disposiciones sugeridas son las siguientes:

El primer artículo propuesto adiciona lo que se da a entender por cada una de las clases del comportamiento, como sigue:

Texto vigente del Código Penal Federal del 2023	Texto propuesto
<p>“Artículo 7.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.”</p> <p>“En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.”</p> <p>“El delito es:</p> <p>I. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han</p>	<p>“Artículo 7.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.”</p> <p>Se entiende por acción la causación evitable de un resultado. La omisión consiste en la no evitación evitable de un resultado.</p> <p>“En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.”</p>

<p>realizado todos los elementos de la descripción penal;</p> <p>II.- Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y</p> <p>III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.”</p>	<p>“El delito es:</p> <p>I. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción penal;</p> <p>II.- Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y</p> <p>III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.”</p>
---	--

El segundo artículo que propongo establece que el surgimiento de las clases de comportamiento es debido al incremento del riesgo, el cual es evitable para la persona y también se expresa la excepción para su punibilidad, éste es el siguiente:

Texto vigente del Código Penal Federal de 2023	Texto propuesto
<p>“Artículo 8.- Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.”</p>	<p>Artículo 8.- Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse ante un incremento del riesgo evitable:</p> <p>I.- Incremento del riesgo: Obra bajo incremento de riesgo aquel que quebranta su rol en sociedad, siendo evitable por la persona su quebrantamiento.</p> <p>Solo es punible el delito que devenga del incremento del riesgo, siempre y cuando no sea un riesgo permitido, se esté bajo el principio de confianza u opere la competencia de la víctima o la prohibición de riesgo.</p>

La última disposición que propongo establece el entendimiento sobre los criterios que refieren a la excepción de punibilidad que menciona el artículo anterior propuesto en su último párrafo.

Texto vigente del Código Penal Federal de 2023.	Texto propuesto
<p>“Artículo 9.- Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.”</p>	<p>Artículo 9.- Para los efectos de este código, se entiende por:</p> <p>I. Riesgo permitido: El obrar bajo el riesgo que permite la norma.</p> <p>II. Principio de confianza: El obrar bajo el rol que interactúa con otros roles de diversas personas en una división del trabajo.</p> <p>III. Competencia de la víctima: El obrar a propio riesgo en circunstancias permitidas.</p> <p>IV. Prohibición de regreso: El obrar bajo su rol en sociedad sin tener conocimiento de que colabora a una organización criminal.</p>

Dichos artículos colaboran a una solución del conflicto que surge por la comisión del delito, pues la teoría finalista tiene su base en un subjetivismo que no en pocas ocasiones se emplea para evadir la responsabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

1. Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, 5a. edición, editorial Temis, Colombia, 2016.
2. Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal-parte general*, trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, editorial Temis, vol.1, Bogotá, 1988.
3. Daza Gómez, Carlos et al., *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günter Jakobs*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2007.
4. Daza Gómez, Carlos, *Teoría general del delito. Sistema finalista y funcionalista*, 5a. ed., Flores editor y distribuidor, México, 2009.
5. Díaz-Aranda, Enrique, *Cuerpo del delito, probable responsabilidad y la reforma constitucional de 2008*, UNAM, México, 2010.
6. Fedorovich Iudin, Pavel y Moisevich Rosental, Mark, *Diccionario filosófico*, Booktrade, Colección abierta, España, 2013.
7. García Jurado, Francisco, *Teoría de la tradición clásica. Conceptos, historia y métodos*, UNAM, México, 2016.
8. García Ramírez, Sergio y Rojas Valdez, Eduardo, *Evolución y resultados de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*, UNAM, México, 2020.
9. Hernández López, Aarón, *Código penal de 1871(código de Martínez de Castro)*, Editorial Porrúa, México, 2000.
10. Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en el derecho penal*, editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 1997.
11. _____ *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Cuaderno Civitas, España, 2000.
12. Jiménez Martínez, Javier, *Filosofía, método y sistema del delito en el pensamiento alemán*, Porrúa, México, 2010.
13. _____ *La filosofía del hecho punible/causalismo-finalismo-funcionalismo y dogmática penal mexicana*, Raúl Juárez Carro Editorial, México, 2010.

14. Liszt, Franz Von, *Tratado de derecho penal*, Valletta ediciones, México, 2007.
15. López Díaz, Claudia, Código Penal Alemán de 1871, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1998, Disponible en: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_02.pdf.
16. Luhmann, Niklas, *¿Cómo es posible el orden social?*, trad. de Pedro Morandé Court, Herder, México, 2009.
17. _____ *El derecho de la sociedad*, 2a. ed., trad. de Javier Torres Nafarrete, editorial Herder, México, 2005.
18. _____ *La sociedad de la sociedad*, trad. de Javier Torres Nafarrete, editorial Herder, México, 2007.
19. Luis González, Ramón, "Sobre el concepto jurídico-penal de acción en el derecho penal moderno", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste*, nueva serie, años 4, núm. 7, mayo, República Argentina, 2010, Disponible en: <https://revistas.unne.edu.ar/index.php/rfd/article/download/5013/4702>.
20. Medina Peñaloza, Sergio J., *Funcionalismo e imputación objetiva*, Ángel editor, México, 2007.
21. Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Hammurabi, Colección Criminalistas perennes, t.I, Buenos Aires, 2010.
22. Orellano Wiarco, Octavio Alberto, *Teoría del delito. sistema causalista, finalista y funcionalista.*, 20a. ed., Editorial Porrúa, México, 2011.
23. Pino Andrade, Edmundo, "Norma y ley, una controversia conceptual", editorial Cuenca, Ecuador, 2009, Disponible en: <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/5186/1/08793.pdf>.
24. Polaino-Orts, Miguel, *Funcionalismo penal constitucional. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, Flores editor y distribuidor, México, 2016.

25. Porte Petit, Celestino, *Evolución legislativa penal en México*, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1965.
26. Quintero, María Eloísa y Polaino-Orts, Miguel (coord.), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, Flores editor y distribuidor, México, 2007.
27. Rodríguez Paniagua, José María, *Historia del pensamiento jurídico.1. De Heráclito a la revolución francesa*, Biblioteca Nueva, España, 2013.
28. Sánchez Ostiz, Pablo, “La herencia de un clásico: Beling y la doctrina del <Tatbestand>”, *Anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales*, ISSN 0210-3001, v. 71, núm. 1, Universidad de Navarra, España, 2018, Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2018-10012100143.
29. Sánchez Sandoval, Augusto, *Sistemas ideológicos y control social*, UNAM, México, 2012.
30. Schünemann, Bernd, *El sistema moderno del derecho penal-cuestiones fundamentales*, 2a edición, editorial IB de f, Montevideo, 2012.
31. Téllez Reyes, Armando (coord.), *Guías Judiciales de conducción de audiencias penales*, Ubijus editorial, México, 2022, Disponible en: <https://www.cjf.gob.mx/PJD/guias/visorGuia.aspx?iug=Vol1GCA&lib=1>.
32. Ullmann, Walter, *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, 5a. ed., Ariel, España, 2004.
33. Welzel, Hans, *Derecho penal alemán (parte general)*, 4a ed, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, editorial jurídica de Chile, Chile, 2002.

LEGISLACIONES

34. Código Nacional de Procedimientos Penales, Diario Oficial de la Federación, México, 2023.
35. Código Penal Federal, Diario Oficial de la Federación, México, 2023.

36. Código Penal para el Estado de Baja California, H. Congreso del Estado de Baja California, México, 2023.
37. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, México, 2023.
38. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, Diario Oficial de la Federación, México, 2022.
39. Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Diario Oficial de la Federación, México, 2021.
40. Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Diario Oficial de la Federación, México, 2023.