

# Fundamentos de la dogmática jurídica penal

Una perspectiva desde los derechos humanos

**Luis Felipe Guerrero Agripino**



**CNDH**  
M É X I C O



# FUNDAMENTOS DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA PENAL

UNA PERSPECTIVA DESDE  
LOS DERECHOS HUMANOS

Luis Felipe Guerrero Agripino



2017

El contenido y las opiniones expresadas en el presente trabajo son responsabilidad exclusiva de su autor y no necesariamente reflejan el punto de vista de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Primera edición: agosto, 2017

ISBN: 978-607-729-363-7

© **Comisión Nacional de los Derechos Humanos**  
Periférico Sur 3469,  
esquina Luis Cabrera,  
colonia San Jerónimo Lídice,  
C. P. 10200, Ciudad de México

Diseño y formación de interiores: H. R. Astorga

Diseño de forros: Flavio López Alcocer

Impreso en México

# Contenido

<b>Notas introductorias a la segunda edición</b> .....	9
La gran reforma constitucional .....	10
La reforma procesal penal .....	11
La expansión y abuso del derecho penal .....	13
Punto de partida y de llegada .....	15
<b>Introducción</b> .....	17
<b>Capítulo primero. Referencia a la dogmática jurídica general</b> . . .	25
I. Planteamiento .....	25
II. Primeros antecedentes derivados del iusnaturalismo .....	28
III. El sustento derivado del positivismo jurídico .....	41
<b>Capítulo segundo. Referencia a la dogmática jurídica penal</b> . . . .	69
I. Planteamiento .....	69
II. Legado del período clásico: el sustento humanitario del derecho penal .....	70

III. Proyección del positivismo en el pensamiento jurídico-penal .....	74
IV. El modelo metodológico integral del derecho penal .....	77
V. Recapitulación: La necesaria vinculación del derecho penal con la criminología y la política criminal .....	89
<b>Capítulo tercero. Proyección de la dogmática jurídica en la sistemática de la teoría del delito (bases generales) .....</b>	<b>93</b>
I. Planteamiento .....	93
II. Influencia del naturalismo (el causalismo clásico) .....	94
III. Influencia del neokantismo (causalismo neoclásico) .....	99
IV. Influencia del finalismo .....	105
V. Tendencias modernas (el “funcionalismo”) .....	112
<b>Capítulo cuarto. La esencia garantista del derecho penal y su situación actual ante las nuevas manifestaciones de la criminalidad .....</b>	<b>127</b>
Introducción .....	127
Primera parte	
<b>LA ESENCIA GARANTISTA DEL DERECHO PENAL</b>	
I. Planteamiento .....	129
II. Punto de partida: la proyección de los derechos fundamentales .....	130
III. La razón de ser del derecho penal .....	134
IV. La potestad punitiva del estado .....	136
V. Límites al <i>ius puniendi</i> estatal .....	137
VI. Otras consideraciones en torno a los límites del sistema punitivo estatal .....	147
VII. Valoración crítica .....	149

---

Segunda parte  
LA SITUACIÓN ACTUAL ANTE LAS NUEVAS  
MANIFESTACIONES DE LA CRIMINALIDAD

I. Escenario actual .....	150
II. Rasgos criminológicos de las nuevas manifestaciones de la criminalidad .....	152
III. Reacciones en torno a las nuevas manifestaciones de la criminalidad .....	153
IV. El derecho penal de dos velocidades .....	161
V. La expansión en otros ámbitos del sistema penal .....	162
VI. Toma de postura .....	162
<b>Bibliografía .....</b>	<b>165</b>

---



# Notas introductorias a la segunda edición

Desde los estudios de licenciatura hasta los doctorales, pasando por algunas experiencias en el ejercicio profesional, pude apreciar el mundo apasionante del estudio del Derecho penal, particularmente de la teoría del delito. También en ese trayecto pude constatar su enorme complejidad. Más aún en el terreno de la docencia y de la investigación. En variadas ocasiones veía el entusiasmo de los estudiantes de licenciatura por el tema, pero el ansia de querer profundizar hacía que retrocedieran en el análisis para ubicarse en los fundamentos. Lo propio apreciaba en algunos estudiantes de postgrado, sobre todo su impotencia al no poder avanzar en sus trabajos de investigación por carecer de las bases elementales.

Fue así como en el año de 2004 me surgió la idea de poner en texto y contexto algunas notas sobre la dogmática jurídica penal, particularmente las relacionadas con la teoría del delito.

Con la distancia de esos años, vuelvo a reiterar lo que en aquel tiempo advertí en la introducción del texto: no hay planteamientos novedosos sólo un esfuerzo sintético para cuando menos ofrecer una aproximación al tema.

Agradezco la gentileza de la Comisión Nacional de Derechos Humanos por haber acogido otra edición del libro, lo cual representa la oportunidad de hacer una divulgación más amplia y de compartir algunas anotaciones sobre el tema, asumiendo como marco de referencia el margen temporal que va de 2004, fecha de la primera edición a ésta, en 2017. Y es que en la última década se han suscitado cambios sustanciales en el sistema jurídico mexicano y enfáticamente en el sistema de justicia penal. Derivado de ello, merece la pena preguntarnos si dichas transformaciones inciden en el fondo de la dogmática jurídica penal, más aún, si implican modificaciones en la construcción de la teoría del delito.

En las siguientes líneas haremos un breve recuento de algunas transformaciones en el ámbito del sistema penal que guardan relación con nuestro objeto de estudio. Para ese fin, me basaré sobre todo en publicaciones que sobre ello he desarrollado en estos años.

## LA GRAN REFORMA CONSTITUCIONAL

El 10 de junio de 2011 se realizó en México una de las reformas más importantes a la CPEUM (en adelante: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos). Se modificó su artículo primero lo cual trae consigo una transformación discursiva, legal y operacional en el régimen jurídico mexicano. Entre diversos enfoques y líneas de investigación que sugieren dicha reforma, es de destacar su consistencia, armonización y aplicación en el sistema penal, tanto en su estatus general, como en reformas constitucionales previas y posteriores a la realizada en materia de derechos humanos. En esta dinámica, desde luego no es ajena, por el contrario, cobra importancia la dogmática jurídica penal. En las siguientes líneas se destacan algunas reformas que evidencian esa preponderancia.

---

## LA REFORMA PROCESAL PENAL

En México, por muchos años, se hizo hincapié en la urgencia de revisar y actualizar nuestro modelo procesal penal, lo cual se concretó el 18 de junio de 2008 cuando se publicó en el Diario Oficial de la Federación una importante reforma a la CPEUM. Entre otros aspectos la reforma reguló un sistema procesal penal de corte acusatorio, adversarial y oral. Esas modificaciones derivaron transformaciones a la legislación secundaria en el ámbito federal y en las entidades federativas.

Desde luego no es el espacio para profundizar en los alcances de esas transformaciones, sólo referiré dos aspectos que estimo trascendentes por su incidencia en la teoría del delito.<sup>1</sup>

### Construcción de la teoría del caso

En el sistema acusatorio la etapa de juicio oral representa el momento crucial del proceso. Es aquí cuando se pronuncia lo que se conoce como teoría del caso.<sup>2</sup>

La teoría del caso es la toma de postura que sostiene cada parte a partir de la del conocimiento e interpretación del suceso. Se construye mediante la articulación coherente y ordenada de las proposiciones fácticas que sustentan la posición jurídica correspondiente.

---

<sup>1</sup> Para mayor referencia sobre los alcances de dicha reforma, *vid.* GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: "Dogmática penal y proceso penal. Encuentros, desencuentros y tensiones en el sistema mexicano", en: *Revista General de Derecho Penal* (revista electrónica), *lustel*, n° 16, España, 2011.

<sup>2</sup> *Vid.* GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: *Teoría del delito y argumentación jurídica. Notas para la construcción de la teoría del caso en el sistema acusatorio*, Universidad de Guanajuato, Gobierno del Estado de Guanajuato, Congreso del Estado de Guanajuato y Poder Judicial del Estado de Guanajuato, pp. 85 y ss.

La esencia de la teoría del caso se sostiene en la descripción de los hechos, pero de los hechos probados. Allí se encuentra el primer piso de su elaboración. El segundo plano es el análisis técnico jurídico del material fáctico probado. Asimismo, este segundo plano tiene dos dimensiones: una sustantiva, relativa fundamentalmente a la aplicación de las disposiciones de la teoría del delito, tanto las relativas a la parte general como a la parte especial –y es aquí donde adquiere particular relevancia la teoría del delito–. La otra dimensión es de carácter instrumental, representa el cómo vincular la descripción de los hechos probados con el tratamiento eminentemente jurídico. Es decir, la argumentación jurídica. La oralidad, a su vez, es el modo, el vehículo mediante el cual se conduce la construcción anterior.

Bajo esta consideración, es importante destacar que, en el sistema acusatorio, la dogmática jurídica penal no disminuye su trascendencia, más bien se redimensiona.

*La unificación nacional en el procedimiento penal.*

*¿Sólo en el procedimiento penal?*

Además de la reforma de 2008, mediante Decreto publicado el 8 de octubre de 2013, otra vez se reformó la CPEUM, con la finalidad de posibilitar la instauración de una legislación única en materia procedimental penal para toda la República, en el orden federal y en el orden común. Como consecuencia de ello se derivó la creación del Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante: CNPP).

Indudablemente, tal regulación viene a darle mayor sentido a la reforma constitucional y a propiciar unificación en todo el país. De esa manera surge la posibilidad de estructurar de mejor manera criterios a nivel jurisprudencial y de otorgarle mayor unificación también a los programas de estudio de Derecho, al menos por lo que concierne al sistema jurídico penal.

---

Ahora bien, en el CNPP se regulan las bases que inciden directamente en la sistemática del delito. Por ejemplo, para la emisión de un auto de vinculación a proceso, de una sentencia condenatoria y de una absolutoria. En estricto sentido se establecen cuáles son los elementos del delito, así como cuál es la correlación entre éstos y cuál es el contenido de estos. En suma, dogmática jurídica penal tal cual.

En otros espacios se ha profundizado al respecto.<sup>3</sup> Para los fines aquí precisados la intención es destacar que la trascendencia de la dogmática jurídica penal en México no se minimiza, se reorienta en un plano más amplio.

## LA EXPANSIÓN Y ABUSO DEL DERECHO PENAL

Además de las reformas reguladoras del proceso penal se han realizado otras de diversa índole que inciden directamente en los fundamentos de la dogmática jurídica penal; en algunas ocasiones rebasándolos y en otras, en estricto sentido, transgrediéndolos.

### La regulación del estado de excepción

La reforma a la CPEUM arriba referida, además de la parte procesal, también dio lugar a la regulación constitucional de un régimen de excepción para una particular forma de delinquir: la delincuencia organizada. Desde el año de 1996 existe una ley que regulaba dicho fenómeno delictivo, lo cual deri-

---

<sup>3</sup> Vid. GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe y MURILLO DE LA ROSA, Mauricio Alejandro, "¿Es constitucional la regulación de la sistemática del delito en el Código Nacional de Procedimientos Penales?", en: *Seguridad y ciudadanía*, Centro de Estudios para la Investigación en Justicia y Democracia CEIUS A. C. y Secretaría Ejecutiva del Sistema Estatal de Seguridad Pública, 2015; y, GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe y ASTRAÍN BAÑUELOS, Leandro Eduardo, "Aproximación a la sistemática del delito regulada en el Código Nacional de Procedimientos Penales", en: *Revista De Jure*, año 14-15, tercera época, Nov. 2014-mayo 2015, pp. 5-32.

vó críticas importantes aduciendo sobre todo su inconstitucionalidad. Ahora tiene su regulación en la propia constitución. De esta manera, en el artículo 16 de la CPEUM prácticamente se regula un tipo penal.<sup>4</sup> Esta figura delictiva, de un lado representa un adelanto de la barrera de punibilidad y de otro, es la que da lugar a la aplicación de una serie de medidas –como el arraigo, las intervenciones privadas, decomiso, etc.—contrarias a principios que sustentan un estado constitucional de derecho.<sup>5</sup> Con ello se ponen a prueba los propios fundamentos de la dogmática jurídica penal.

### La dispersión y adulteración

En los últimos años, mientras la atención se ha centrado principalmente en el diseño e implementación del proceso penal de corte acusatorio, en la parte sustantiva ha existido una proclividad, tendencia, tentación: aumentar las penas y construir tipos penales reguladores de comportamientos específicos, aún y cuando en estricto sentido ya se encuentren regulados en otros tipos penales vigentes. Y es que el protagonismo político, encuentra su oportunidad u oportunismo en el Derecho penal el cual, contrario a su elevado nivel técnico, es proclive a su *popularización* bajo el discurso falaz del mayor rigor punitivo a costa de la adulteración de la dogmática jurídica penal o, incluso, a pesar de que dichas reformas resulten contrarias a los fines que las motivan. De esta manera se evidencia la inercia a modificar la parte especial de los códigos penales –como en el caso del femini-

---

<sup>4</sup> El párrafo noveno de dicho precepto señala: “Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”.

<sup>5</sup> Vid. GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: *La delincuencia organizada*. (Algunos aspectos penales, criminológicos y político criminales), segunda edición, UBIJUS y Universidad de Guanajuato, 2012. En su primera parte (pp. 27-60), se encuentra un marco de referencia al respecto, poniendo de relieve las principales transformaciones de 2001 (año de la primera edición del libro) a 2012 (año de la segunda edición).

cidio—<sup>6</sup> a incorporar figuras delictivas en leyes especiales donde el Derecho penal no tendría por qué estar presente —como por ejemplo en la Ley General de Cultura Física y Deporte— o crearlas para tal fin —como la Ley General en Materia de Delitos Electorales—.

## PUNTO DE PARTIDA Y DE LLEGADA

Como se mencionó al inicio de este apartado, la reforma al artículo primero de la CPEUM, es un referente para todo el sistema jurídico mexicano. Desde luego lo es para el Derecho penal. Esta referencia es indispensable para este libro porque en él se hace hincapié en la doble finalidad de la dogmática jurídica penal: la de carácter técnico —para contar con herramientas suficientes al momento de resolver los casos y no solo basarnos en el sentido común o en *corazonadas*—y, sobre todo, la finalidad garantista. Es decir, que el respeto a los derechos humanos prevalezca de manera subyacente en la construcción del Derecho penal.

En este sentido, nos encontramos ante un gran reto: el control de convencionalidad —uno de los principales soportes del artículo 1° de la CPEUM— representa la obligación teórica y jurídica de tener a la vista un marco jurídico no solo nacional, sino también internacional, lo cual conlleva hacer un trabajo dogmático más elaborado y consistente. No basta referir principios, convenios o tratados, sino sistematizarlos y orientarlos atendiendo a fines superiores como la libertad y la dignidad de la persona —del imputado y de la víctima—. Si así no sucede podemos caer en la paradoja de violar Derechos humanos con la bandera de proteger Derechos humanos.

LUIS FELIPE GUERRERO AGRIPINO

---

<sup>6</sup> Vid. GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: “Consideraciones sobre la tipificación del feminicidio”, en: *Revista General de Derecho penal*, lustel, número 20, España, 2013. (RI §413968)

---



## Introducción

Ahora que cada vez es más recurrente la utilización del Derecho penal, debemos esforzarnos por anteponer su análisis reflexivo y sustentado. Para estar en posibilidades de hacerlo es necesario ubicarnos en los fundamentos, establecer las bases sobre las cuales se deben abordar los problemas que atañen a esta disciplina. En este libro pretendemos destacar algunos de esos fundamentos, convencidos de que la labor del Jurista es de suma relevancia en la consolidación del Estado democrático. El estudio del Derecho y más aún del Derecho penal, no es una actividad intelectual de segunda, comparado con lo que se hace en otras ramas del conocimiento. Sin embargo, pregonar este rango no es suficiente si no se ofrece una justificación rigurosa. Ese es nuestro principal objetivo en esta obra. No hay planteamientos novedosos sólo un esfuerzo sintético. Esperamos cuando menos ofrecer una aproximación al tema.

En la construcción del discurso-jurídico penal está inmerso un contenido ideológico y un soporte técnico. Ambos han sido producto de una evolución. Bajo esa premisa, debemos asumir que para lograr un nivel de comprensión idóneo del Derecho penal es indispensable ubicarnos, primeramente, en esa evolución. Es así como en el **capítulo primero** tratamos de hacer una síntesis al respecto. En primer término, hacemos una breve referencia del *iusnaturalismo*; desde sus primeras manifestaciones en la Filoso-

fía Griega –aunque hay quienes sostienen que esa etapa no precisamente puede considerarse como un buen antecedente–, pasando por el Derecho romano, la *escolástica*, el iusnaturalismo racional y culminamos con algunas referencias sobre el Derecho natural contemporáneo.

Del desarrollo del iusnaturalismo concluimos que resulta insuficiente pretender justificar el discurso jurídico bajo la sola existencia de una esencia natural en todos los seres humanos. Aunque en muchos de los casos sirve para anteponer el *status* del individuo frente a intereses de otro tenor, también se ha utilizado para justificar posturas irracionales y degradantes para el propio ser humano. Piénsese, por ejemplo, en las posturas genocidas motivadas en una supuesta superioridad natural de una determinada raza. No obstante, es necesario reconocer que hay un rango valorativo indiscutible en toda regulación jurídica: los derechos fundamentales, en su más amplia proyección derivada de la conformación del Estado social y democrático de Derecho.

Bajo esa perspectiva de índole ideológica, después, hacemos énfasis en la necesaria presencia de la ley para proporcionar seguridad jurídica a las personas. Es así como abordamos la evolución del positivismo jurídico. Partimos de sus antecedentes en el Código Civil francés de 1804, destacando sus bondades al establecer un texto normativo, pero también ponemos de relieve sus limitaciones al restringir la interpretación del texto legal a la voluntad del legislador.

La expresión más elaborada del positivismo jurídico la encontramos, después, en la construcción del ordenamiento y del sistema jurídico. Es así como se llega a entender que no es suficiente el texto de la ley, ni la suma de disposiciones jurídicas, sino su construcción sistemática y la derivación de instituciones jurídicas con base en las normas que subyacen en ellas. El núcleo duro del positivismo jurídico lo encontramos en la Teoría pura del Derecho. La pretensión de Kelsen de otorgar objetividad y precisión al Derecho, para acercarlo al rigor científico y así dejar de ser el “pariente pobre” de las otras disciplinas científicas, lo llevaron a delimitar la construcción for-

---

mal de la norma como único objeto. Su enfoque ubicado en el ámbito del ser, distanciado de toda consideración valorativa del Derecho, fue sujeto de múltiples críticas, pero es innegable que su teoría representa una de las aportaciones más significativas en la construcción del discurso jurídico científico.

Después de Kelsen –ubicados en las tendencias contemporáneas– resaltamos las aportaciones de algunos autores como Hart, Dworkin y Bobbio. En este último autor nos basamos para recapitular la proyección del positivismo jurídico en tres dimensiones: Como un método para el estudio del Derecho, como una teoría del Derecho y como una ideología del Derecho.

De la evolución del iusnaturalismo al positivismo jurídico, logramos desprender una toma de postura: Los referentes filosóficos dan soporte ideológico al Derecho pero no fundamentan su científicidad. En la ilustración encontramos un gran puente que nos lleva de una ideología filosófica-política a una construcción que otorga certeza al reconocimiento de los derechos fundamentales, con la existencia del Derecho creado por el poder soberano. No obstante, el ordenamiento jurídico como postulado político y garante de los intereses de la persona, no puede desprenderse de consideraciones axiológicas. La estructura técnica del ordenamiento jurídico tiene un fondo ideológico. Es así como de la vinculación entre técnica y realidad; entre metodología e ideología, encontramos el sustento científico del Derecho.

La construcción de instituciones jurídicas y la integración del Derecho se logran a través de la dogmática jurídica. A partir de ella se pueden introducir elementos ideológicos sin vulnerar el rigor científico del Derecho. Posibilita el análisis sistemático, ordenado completo e integral. Del ordenamiento jurídico se asume el texto legal como punto de partida imprescindible para el análisis jurídico, porque de lo contrario prevalecería la inseguridad jurídica. Pero el texto es sólo eso: un punto de partida, no la aceptación cegada de su contenido. Precisamente, de la interpretación y la sistematización del orden jurídico puede emanar la crítica al mismo. De

---

esta manera, la dogmática jurídica impone una limitante y ofrece una apertura. Impone una limitante por la necesaria asunción de un objeto de estudio: la norma, en aras de obtener rigor científico y otorgar seguridad jurídica. Pero ofrece una apertura porque a través de ella se da la posibilidad de formular la crítica al sistema jurídico y facilitar la evolución del Derecho.

Hay un desiderátum fundamental en la dogmática jurídica: El jurista debe ir más allá del texto legal; su saber debe superar la visión ubicada sólo en la construcción gramatical o exegética de la norma aislada.

Con el sustento del capítulo primero, en el **capítulo segundo** abordamos la proyección de la dogmática jurídica en el ámbito del Derecho penal. Nos ubicamos, primeramente, en el período clásico: en la ideología humanitaria donde la potestad punitiva del Estado debe estar limitada bajo el reconocimiento sustancial de la persona. Esta etapa tuvo su época de oro hasta que el positivismo criminológico se preocupó preponderantemente por el abatimiento de la criminalidad y para ello enfocó su estudio en la personalidad del delincuente y su segregación, pasando por alto, incluso, los derechos fundamentales.

La otra manifestación del positivismo, el jurídico, encontró una amplia proyección en el ámbito del Derecho penal. Se logró a partir de la delimitación de un objeto de estudio que constituye la materia y esencia de esta disciplina: el delito.

En el estudio analítico del delito encontramos un elevado contenido teórico, al hacerse una división metodológica en varios elementos, cada uno con diferente contenido y formando entre todos ellos una unidad estructural sistemática. Esta metodología constituye la teoría del delito. Tiene dos proyecciones: Primeramente, en la esfera práctica, porque posibilita la resolución coherente de los casos, y en el terreno garantista, dado que ofrece al destinatario de la norma los alcances y limitaciones del poder punitivo frente a su acto.

---

Ubicados en la teoría del delito, como guía metodológica, resulta conveniente formular las siguientes interrogantes: ¿Qué fundamenta la sistemática del delito? ¿Qué contenido debe corresponderle a cada uno de sus elementos? Ambos cuestionamientos se ubican en una interrogante más amplia: ¿Dónde encontramos el rumbo que debe seguir el Derecho penal? Esas interrogantes las ubicamos en el contexto de la política criminal. A través de ella, el sistema penal, en general, y el Derecho penal en particular, encuentran rumbo y sustento.

Por otro lado, el sustento técnico y político-criminal del delito, debe tener un referente fenomenológico porque antes de constituir una regulación jurídica, es un fenómeno emanado de diversas circunstancias; de ellas se ocupa la criminología.

Es así como nos adherimos a una postura integradora para el análisis del delito: Desde el ámbito técnico, bajo el sustento de la dogmática jurídica penal, a través de la teoría del delito. La definición de un rumbo, sustentado en la política criminal. Por último, la materia fenomenológica, por medio de la criminología.

En el **capítulo tercero** hacemos una delimitación al enfocar nuestro análisis en las bases sobre las cuales se han venido estructurando los elementos del delito. Consideramos fundamental este sustento porque es el que le otorga sentido a cada sistemática. La definición del contenido de cada elemento del delito y la toma de postura en torno a una determinada sistemática no son resultado del capricho de sus creadores. Emanan de un contexto ideológico determinado y una particular construcción metodológica.

Desde ahora hacemos una aclaración que se reitera después: Nuestro análisis se enfoca a las bases de la sistemática del delito en general, no al contenido de cada elemento, en su aspecto positivo y negativo. Esa referencia correspondería, en todo caso, a un manual sobre teoría del delito.

Al ubicarnos en el enfoque precisado, destacamos cómo influyó el naturalismo en la construcción del causalismo clásico. Y luego la influencia valo-

---

rativa derivada del Neokantismo en el causalismo neoclásico. Después abordamos las bases del finalismo; su ubicación en la crítica del Derecho penal del nacional-socialismo y su propuesta de posicionar la misión del Derecho penal en la protección de los valores éticos sociales. El finalismo ubica en un primer plano las manifestaciones ético-sociales intolerables de comportamiento. Esta posición tiene una proyección sistemática importante en cuanto que el contenido interno de la voluntad del ser humano, derivado de su libre albedrío, pasa a ser el centro de atención del delito.

Tanto al causalismo como al finalismo, les caracterizó su ubicación a partir del concepto de acción visualizado preponderante en un plano pre-jurídico. Pero a partir de los sesenta la teoría del delito fue tomando otros rumbos. Se fueron remplazando las bases naturalistas u ontológicas por requerimientos de índole político-criminal o de contenido sociológico.

Al referirnos al enfoque político-criminal destacamos las aportaciones de Claus Roxin. Hacemos una breve referencia a la forma en que analiza cada elemento del delito, tomando como base los fines del Derecho penal y los medios que utiliza para alcanzarlos. Esos fines y medios los ubica en el contexto del Estado social y democrático de Derecho.

El enfoque sociológico lo encontramos principalmente en la propuesta sistemática de Günther Jakobs. Para dicho autor, el Derecho penal se legitima a partir de la necesidad de garantizar la vigencia de las expectativas sociales frente a los comportamientos incompatibles con la norma. Se trata de una posición radical, debido a su distanciamiento con varios principios y postulados característicos del Derecho penal tradicional.

Del tercer capítulo, desde nuestro punto de vista, se puede derivar una conclusión: Hay un consenso en la doctrina jurídico-penal, en cuanto a la metodología general empleada en la teoría del delito, a partir de su estudio en varios niveles que conforman a su vez una determinada sistemática. Pero por otro lado, hay una amplia discusión en los presupuestos epistemológicos bajo los cuales debe construirse el discurso jurídico penal, particularmente en el ámbito de la teoría del delito. Esta discusión, desde lue-

---

go, repercute en el contenido de cada elemento. Por nuestra parte, nos decantamos por una construcción sistemática con un enfoque político-criminal, en la que prevalezca una definición sustentada en el modelo de Estado social y democrático. Esta toma de postura no implica desestimar las contribuciones previas a ella derivadas del causalismo y finalismo, sólo que no podemos perder de vista la superación de ambas corrientes por las posturas contemporáneas. Pero no debe extrañarnos, es una característica inmanente al quehacer científico, donde las grandes aportaciones son susceptibles de evolucionar con base en otras ideas emanadas, incluso, a partir de ellas.

No dejamos de reconocer los aspectos controvertidos que acompañan a la postura que nos adherimos. Y es que, primeramente, debemos ubicar cuáles son los referentes político-criminales que posibilitan la proyección del Estado social y democrático de Derecho en el Derecho penal y cuáles específicamente en la teoría del delito. Por otro lado, actualmente, se discute si ante las nuevas manifestaciones de la criminalidad, debemos mantener incólumes los principios garantistas, o bien, si es necesario flexibilizarlos para que el Derecho penal pueda responder a una realidad criminológica actual. Estos aspectos los abordamos en el **cuarto capítulo**. En este último capítulo enfatizamos nuestra postura general: El Derecho penal es el recurso más riguroso con el que cuenta el Estado. Es por eso que con respecto a él, debemos poner especial cuidado, tanto en la esfera garantista como en el plano técnico. Ahora bien, en la construcción del discurso jurídico-penal moderno no podemos pasar por alto, primeramente, las grandes transformaciones de la criminalidad. Tampoco puede pasarnos desapercibido el reconocimiento de bienes jurídicos distintos a los tradicionales, así como las nuevas formas de afectación de dichos bienes. Incluso, tampoco podemos dar la espalda a las expresiones de grupos o sectores sociales que pretenden encontrar en el Derecho penal la solución a todos los males. Tomando en cuenta esos factores, cobra particular importancia la función del penalista. Desde nuestra perspectiva, debe ser lo suficientemente sensible a la realidad que subyace en las sociedades con-

---

temporáneas, así como a los valores y recursos que utiliza el Derecho penal. Pero no debe desestimar el rigor técnico y el cuidado de los derechos fundamentales. En la construcción, difusión y aplicación del Derecho penal, el Jurista, debe ser un catalizador que anteponga los fundamentos democráticos y nunca un instrumento utilizado para justificar reacciones irreflexivas. Este tipo de reacciones, aun y cuando sean de buena fe, en muchas de las ocasiones no miden consecuencias. Quizás no tengan la obligación de medir las, pero el penalista sí está obligado.

---

## Referencia a la dogmática jurídica general

### I. PLANTEAMIENTO

En las sociedades contemporáneas es cada vez más latente la exigencia de acudir al Derecho para regular la gran diversidad de relaciones humanas. Sin embargo, por otra parte, suele cuestionarse su verdadera efectividad como una alternativa viable para la solución de los conflictos. Ante esta compleja realidad, lo cierto es que se aprecia lejana la posibilidad de prescindir del Derecho. Bajo ese reconocimiento, resulta necesario otorgarle un adecuado tratamiento y así surge la pregunta: ¿qué rango de profundidad tiene su estudio? Es común plantearnos de manera automática su sustento científico. Nos resulta inconcebible que se trate de una disciplina sin más alcances metodológicos que interpretar aisladamente disposiciones elaboradas por el legislador. Y es que no podemos perder de vista la renuencia que ha habido en torno al carácter científico del Derecho. Basta recordar aquella aguda crítica de von Kirschmann, en el sentido de que no puede ser ciencia la labor de los juristas que sólo se concretan a ubicar los errores del legislador; que así como los gusanos viven de la madera podrida, lo mismo los juristas “viven del error legislativo”. Eran hirientes sus juicios y preocu-

pante una frase suya que ha pasado a la historia como una de las más duras aseveraciones contra la evolución del Derecho: “Tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura”.<sup>1</sup>

Por fortuna hay posturas que superan el escepticismo de Kirchmann, al sustentar el carácter científico del Derecho a partir de sus características y condiciones. Aunque si bien, otras materias adquieren su proyección casi de manera matemática, con pequeños márgenes de error, en el Derecho nos encontramos con ponderaciones axiológicas en las que se deben tomar en cuenta los valores más relevantes del ser humano. A diferencia de las ciencias exactas, la construcción del Derecho está influida por una gran dosis de ideas y expectativas, y por ello es necesario acudir a otro nivel de argumentación para sustentar su carácter científico.

Esta labor no resulta sencilla. Como bien plantea Muñoz Conde,<sup>2</sup> no hay bases suficientes para negar el carácter científico del Derecho, pero quizás de la polémica suscitada en el cuestionamiento de dicho carácter, los responsables seamos los propios juristas al sentir en carne propia la impotencia para solucionar con el juego de las normas jurídicas los problemas y las injusticias sociales. Pero ese reconocimiento no debe conducirnos a la frustración y al complejo de inferioridad frente a los cultivadores de otras ciencias probablemente más afortunadas en la solución de sus propios problemas. Quizás para el estudioso del Derecho, la justicia sea un espejismo inalcanzable en la lejanía, pero tampoco el médico podrá acabar nunca con la enfermedad y la muerte, y no por ello se pone en duda el carácter científico de la medicina.

La influencia valorativa del Derecho nos conduce a determinar aspectos de carácter ideológico en su construcción, pero a estas alturas de la evolución del conocimiento científico no debe impresionarnos, porque ni siquiera las

---

<sup>1</sup> KIRCHMANN, Julius Hermann von: *La jurisprudencia no es ciencia*, trad.: Antonio Truyol Sierra, Centro de Estudios Constitucionales, segunda edición, Madrid, 1961, p. 2.

<sup>2</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 16.

ciencias más alejadas del ámbito social quedan marginadas de la manipulación ideológica. Por ejemplo, en la física el mecanismo fue la base del determinismo positivista; convicción típica de las capas sociales encumbradas con el industrialismo.<sup>3</sup> Como bien lo sintetiza Arroyo Zapatero: “No hay metodología sin ideología”.<sup>4</sup>

Este reconocimiento, nos lleva a la necesidad de hacer un recorrido ideológico en torno a las principales manifestaciones del pensamiento que han influido en el desarrollo científico del Derecho. Con esa referencia, en el capítulo posterior trataremos de ubicarnos en el tratamiento científico particular del Derecho penal.

Sólo se hará un panorama general, sin entrar a mayores honduras epistemológicas. Iniciaremos con una referencia genérica del *iusnaturalismo*, como primer enfoque de la disciplina del Derecho, resaltando sobre todo, la gran variedad ideológica que comprende esta corriente del pensamiento. Posteriormente entraremos al análisis del positivismo. Primeramente, desde su perspectiva como corriente de pensamiento genérica y después, su influencia en el ámbito del Derecho.

Con ese sustento nos interesa llegar a un aspecto toral de nuestro estudio: la construcción de la dogmática jurídica y su proyección, porque es por medio de ella donde encontramos el soporte científico del Derecho.

---

<sup>3</sup> Vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Manual de Derecho penal, parte general*, Cárdenas editor, México, 1994, pp. 129 y 130.

<sup>4</sup> Vid. ARROYO ZAPATERO, Luis: “Fundamentos y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, en: *Revista Jurídica de Castilla la Mancha*, n.º 1, 1989, p. 100.

## II. PRIMEROS ANTECEDENTES DERIVADOS DEL IUSNATURALISMO

Para hacer referencia a la evolución del Derecho natural, es necesario ubicarnos en el desarrollo ideológico, preponderantemente, de nuestra cultura occidental. Constituye una continuidad del pensamiento íntimamente conexas en la que cada generación recibe y desenvuelve como cometido la problemática planteada por las generaciones anteriores.<sup>5</sup>

Es común encontrarnos con referencias sobre el Derecho natural sustentadas en las singularidades genéricas que son intrínsecas al ser humano, al margen de sus rasgos específicos biológicos y sociales. Al respecto, Bryce plantea:<sup>6</sup>

Entre los seres humanos hay una identidad de características dominantes, combinada con una diversidad infinita de individuos, diversidad mayor que la existente entre los diferentes individuos de las especies inferiores. Sin embargo, pueden percibirse en todos los humanos –desiguales en todos los demás– las mismas tendencias generales, los mismos apetitos, pasiones y emociones. Son estas pasiones y emociones las que impulsan las acciones de los hombres y las impulsan con arreglo a principios y formas que son siempre los mismos a pesar de las discordias y conflictos en cada hombre que surgen del hecho de que la pasión puede impulsarse en una dirección y el interés en otra, en tanto que el miedo puede paralizar toda acción. Se forma así una concepción de la constitución general del hombre como tal, por encima de todas las peculiaridades de cada individuo, constitución que no es creación suya, sino que les es dada en forma de germen al surgir a la vida y que se desarrolla con la expansión de facultades físicas y mentales.

No dudamos de esa esencia humana común. Sin embargo, también debemos tomar en cuenta que el ser humano es por naturaleza complejo y variable, y encuentra mayores complicaciones cuando se vincula con la colec-

---

<sup>5</sup> Vid. WELZEL, Hans: *Introducción a la filosofía del derecho (derecho natural y justicia material)*, trad.: Felipe González Vicen, Biblioteca Jurídica Aguilar, segunda edición, Madrid, 1979, p. X.

<sup>6</sup> Citado por: BODENHEIMER, Edgar: *Teoría del Derecho*, trad.: Vicente Herrero, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, p. 125.

tividad en la cual se encuentra inmerso. Ahora, si el problema fundamental del Derecho natural es determinar cuál es la naturaleza del hombre, entonces el problema no es sencillo –al menos desde nuestra perspectiva–. En la historia de la humanidad podemos apreciar un buen número de absurdos e injusticias que se han originado bajo el argumento de que tal o cual situación es natural. En dichos absurdos encontramos, desde tratos inequitativos a la mujer, hasta posturas xenofóbicas, bajo el sustento de una supuesta superioridad natural de una determinada raza. Estas posturas nos llevan a la necesidad de delimitar cómo se ha venido orientando esa *esencia natural* que fundamenta al iusnaturalismo. Comenzaremos con hacer una referencia a sus primeras manifestaciones en la filosofía griega.

## II.1. Influencia de la filosofía griega

Ubicados en el siglo V a.C., se le suelen atribuir a la filosofía griega las primeras manifestaciones del Derecho natural existencial. Es decir, la tendencia a atribuir la esencia del hombre en la determinación de actos volitivos o impulsos de naturaleza prerracional. Se establecía que el ser humano posee un orden físico, mental y moral común. A ese orden se le identificaba como el *Phycis*.<sup>7</sup> De ahí se desarrollan también conceptos como el *cosmos*, entendido como un mismo orden en el que conviven los seres humanos y los dioses. Para Anaximandro de Mileto, existe una justicia universal que rige a ese cosmos para liberarlo del caos. Para Heráclito, el universo es uno solo y es gobernado por un *logos*, y la ley humana no es más que la prolongación del orden cósmico.<sup>8</sup>

Un antecedente importante del Derecho natural lo encontramos en los sofistas. Éstos argumentaban que los dioses dieron a los hombres el senti-

---

<sup>7</sup> Vid. *Ibid.*, p. 128.

<sup>8</sup> Vid. GARCÍA BELÁUNDE, Domingo: "¿Existe un Derecho natural de la filosofía griega?", en: *Estudios en honor al doctor Luis Recaséns Siches*, II, coord.: Fausto E. Rodríguez García, UNAM, 1987, pp. 267 y 268.

miento de justicia y el arte político para poder vivir en sociedad. Es una delegación a los hombres para regular ese sentimiento. Dentro de esa concepción, resalta la idea de Protágoras: el hombre es la medida de todas las cosas. Bajo esta misma línea de pensamiento, para Sócrates, aun y cuando el ser humano se encuentre motivado por la ley exterior, posee un criterio interior que constituye la ley del alma. Esa ley nos manda alcanzar y mantener el dominio de la razón sobre el animal que hay en nosotros.<sup>9</sup>

En Platón encontramos una idea más elaborada del Derecho natural. En el contexto de su idealismo, el Estado es gobernado por los filósofos y no se requiere de la ley; no mandan las leyes sino los filósofos dotados de una capacidad natural de justicia. En uno de sus primeros diálogos, Eutifrán le plantea: ¿Es justo lo justo porque le parece a Dios, o le parece a Dios porque es justo? A ello responde: “Lo justo le parece así a Dios porque es justo, pero no es justo porque le parece así a Dios”.<sup>10</sup> Esta idea fue evolucionando hasta encontrar en el propio Platón antecedentes de la necesaria existencia de la ley que regule la esencia humana. Posteriormente, en “El político”, llega a afirmar: “Sin vacilación profetizo la ruina de aquel Estado en el que la ley depende del poder del gobernante y no es ella misma quien gobierna”.<sup>11</sup> En su obra “Las leyes”, presenta un aspecto más realista del mundo político; establece que el orden legal es indispensable. Primero sostenía que la educación reemplazaba a las leyes; luego, que la legislación era el instrumento de educación de los ciudadanos. Después, en el último diálogo, llega a reconocer que el filósofo gobernante del mejor de los Estados posibles, tendrá que someterse a las leyes de su pueblo y de la nación.<sup>12</sup>

Por su parte, Aristóteles estableció la necesaria existencia de dos leyes: una particular y otra general. La particular elaborada por los hombres; por las

---

<sup>9</sup> Vid. WELZEL, Hans: *Introducción a la filosofía del derecho*, op. cit., p. 14.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>12</sup> Vid. XIRAU, Ramón: *Introducción a la historia de la filosofía*, UNAM, undécima edición, 1990, p. 64.

comunidades políticas<sup>13</sup> y puede ser escrita o no. En cambio, la ley general es propiamente el Derecho natural y por esencia es inmutable;<sup>14</sup> posee por doquier la misma fuerza, independientemente de si es reconocido o no.

Como se puede apreciar, en la filosofía griega encontramos antecedentes importantes de la evolución del Derecho, pero no podríamos afirmar de manera tajante que ahí encontremos una inclinación única hacia el Derecho natural. No podría ser así porque precisamente desde esta etapa, se aprecian referencias en torno a la necesidad de acudir a la ley para regular las relaciones entre los humanos en el mundo terrenal. Esta tendencia ha suscitado precisiones, en algunos casos críticas, sobre la debida fidelidad que debemos concederle al pensamiento de la filosofía griega para fundamentar el discurso jurídico. Un ejemplo de ello lo encontramos en la crítica de García Belaúnde:<sup>15</sup>

El afán de los filósofos del Derecho de buscar en los antiguos griegos la partida de nacimiento del Derecho natural (para algunos en Heráclito, para muchos en Platón y para casi todos en Aristóteles) es nada más que un prurito para dar asidero histórico a las doctrinas por ellos defendidas, a fin de darles una pátina de antigüedad y respeto. Con ello sin embargo se comete una gruesa infidelidad histórica, pues usando los mismos textos se podría presentar a los mismos filósofos como precursores de doctrinas opuestas (del positivismo, por ejemplo).

## II.2. Influencia del derecho romano

En el Derecho romano se presenta un enfoque del iusnaturalismo más apegado a la realidad, distanciado del sustento en la divinidad. Así, para Cicerón, la justicia es la emancipación del Derecho natural. El verdadero Derecho es la recta razón conforme a la naturaleza; es de aplicación universal

---

<sup>13</sup> Vid. WELZEL, Hans: *Introducción a la filosofía del derecho*, op. cit., pp. 26 y 27.

<sup>14</sup> *Ibid.*, pp. 27 y 28.

<sup>15</sup> GARCÍA BELÁUNDE, Domingo: "¿Existe un Derecho natural de la filosofía griega?", op. cit., p. 274.

inmutable y eterna; llama al hombre al bien con sus mandatos y lo aleja del mal mediante sus prohibiciones.

Por otra parte, la división del Derecho en el *Jus Civile*, vigente para Roma, y *Jus Gentium*, vigente en todas partes, representa el reconocimiento de la existencia del Derecho natural, pero también la necesidad de regular relaciones de un determinado espacio social. En cuanto a la extensión del Derecho natural a un ámbito general del ser humano, lo asumían a partir del reconocimiento de que todos los hombres eran iguales en todas partes. No obstante, en el Derecho romano antiguo esa supuesta igualdad resulta cuestionable. Por ejemplo, había esclavos; también había un poder absoluto (aunque luego se fue limitando) de los padres en cuanto a la disposición de las propiedades por parte de los hijos; además, la mujer no tenía capacidad para adquirir bienes en propiedad, ni tampoco podía divorciarse del marido, y en cambio éste sí de su mujer.<sup>16</sup>

### II.3. Influencia de la escolástica

En la Escolástica se ubica a la Filosofía Cristiana de la Edad Media. Su origen y desarrollo se relacionan estrechamente con la función de la enseñanza, la cual determinó la forma y el método de las creaciones literarias de la época. Su enfoque se centraba en conducir al hombre a la comprensión que la verdad ha sido revelada por medio de las Sagradas Escrituras, con base en la concepción que la comunidad cristiana había fundamentado a través de los padres y los doctos de la Iglesia *inspirados e iluminados* por Dios.

Esta ideología se proyectó en la estructura social y política del mundo medieval. Prevalecía una jerarquía religiosa sostenida por una fuerza única, que desde la cúspide dirige y determina todos los aspectos del hombre. Bajo esta construcción, el mundo es un orden necesario y perfecto. En él,

---

<sup>16</sup> Vid. BODENHEIMER, Edgar, *op. cit.*, pp. 133-139.

todo tiene su función sostenida por la fuerza divina infalible que determina y guía al mundo, y al hombre le corresponde conformarse con ese orden.

En la evolución del Derecho occidental, el Cristianismo impregnó una notoria huella ideológica. El Derecho natural fue aislado de la íntima conexión con el universo físico y trasladado a la esfera individual. Se convirtió en un Derecho divino manifestado por la revelación. La Iglesia supuso que las reglas del Derecho natural que ostentaban el carácter de verdaderas normas jurídicas, eran superiores a la organización del Estado. En esta corriente de pensamiento, fueron de suma trascendencia las aportaciones de San Agustín y Santo Tomás de Aquino:

- a) Para San Agustín (354-430 d.C.), el Derecho natural tiene un sustento absoluto en virtud de que el gobierno, el Derecho, la propiedad y la civilización, son producto del pecado.<sup>17</sup> En ello, la Iglesia, juega un papel de guardián de la ley eterna de Dios y puede intervenir en las instituciones del Estado cuando lo juzgue oportuno. Tiene soberanía absoluta porque persigue la paz del mundo. Ante la *lex eterna* y la *lex terrena*, debe haber una supeditación a la primera porque ésta es la razón y la voluntad de Dios, gobernadora del universo. El Derecho, sus fundamentos y sus principios, no serán una creación arbitraria del legislador o un capricho de arquitectura social, sino un hallazgo, un encuentro.<sup>18</sup> Estableció: “Dios ordenó e hizo todo, y ordenó a la criatura en grados, de la tierra al cielo, de las cosas visibles a las invisibles, de las mortales a las inmortales. Esta conexión de lo creado, esta belleza ordenadísima que asciende de lo ínfimo a lo supremo, y desciende de nuevo de lo supremo a lo ínfimo, en ningún punto in-

---

<sup>17</sup> Para mayores detalles de su pensamiento, véase sobre todo: SAN AGUSTÍN: *Confesiones*, versión, introducción y notas de: Francisco Montes de Oca, novena edición, Porrúa, México, 1986.

<sup>18</sup> Vid. KURI BREÑA, Daniel: *La filosofía del Derecho en la antigüedad cristiana*, UNAM, 1975, p. 63.

terrumpido, y, sin embargo, dividida en partes diferentes, toda ella alaba a Dios".<sup>19</sup>

- b) En Santo Tomás de Aquino (1226-1274) encontramos un Derecho natural relativo. Diferenció cuatro clases de leyes: eterna, natural, divina y humana.<sup>20</sup>

La *ley eterna*, es la divina sabiduría que dirige a todos los movimientos del universo. Ningún ser humano puede conocerla, sólo puede participar en ella a través de la razón que Dios le ha otorgado. Esta participación se traduce en la *ley natural*. A través de ella puede distinguir entre el bien y el mal. La ley natural posee principios muy generales y tiene que completarse con direcciones más particulares dadas por Dios, acerca de cómo deben conducirse los hombres. Esta función la realiza la *ley divina*, revelada por Dios por medio de las Sagradas Escrituras, comprendidas en el Antiguo Testamento. Por su parte, la *ley humana*, es la ordenación de la razón para el bien común, promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad. En este sentido, el gobernante tiene que esforzarse para orientar esta ley en relación con la ley natural. En suma, Santo Tomás de Aquino secularizó la idea cristiana de un Derecho natural divino. Su doctrina preparó el camino para la racionalización del Derecho natural y su emancipación de la teología.<sup>21</sup>

#### II.4. Iusnaturalismo racional

El Cristianismo propició una amplia discusión cuyo saldo no siempre fue positivo. Se derivaron desgastes para la humanidad no sólo reflejados en batallas ideológicas, sino también en guerras sangrientas. A partir de ese debate se fueron construyendo otras manifestaciones del Iusnaturalismo,

---

<sup>19</sup> Vid. WELZEL, Hans: *Introducción a la filosofía del derecho*, op. cit., p. 53.

<sup>20</sup> Vid. XIRAU, Ramón: *Introducción a la historia de la filosofía*, op. cit., pp. 149-153.

<sup>21</sup> Vid. BODENHEIMER, Edgar, op. cit., pp. 146-148.

distanciadas de la fundamentación basada en la divinidad. En lugar de los teólogos, fueron apareciendo filósofos y juristas. A esta orientación se le ha venido identificando como el iusnaturalismo racional o iusnaturalismo moderno.

En esta corriente encontramos, en primer término, la influencia de Hobbes (1588-1679). Su ideología se sustentaba en la necesidad de contar con una voluntad superior reguladora de las relaciones humanas; que limite los instintos de las personas y sus movimientos anímicos, para evitar la lucha de los unos contra los otros. Esa voluntad la otorgaba al poder del Estado. Bajo esta perspectiva, el cometido principal del Derecho no es crear un orden ideal, sino un orden real de convivencia. Porque el orden más ideal carece de valor, si no tiene la fuerza para superar la lucha de todos contra todos, mientras que el orden más imperfecto si supera, por lo menos, el caos y establece un orden real, posee el valor jurídico decisivo de aseguramiento de la existencia. En suma, el propósito de Hobbes no es traer del cielo la justicia eterna, sino simplemente construir un orden verdadero en la tierra que, al menos, asegure la existencia de todos. Welzel traduce en buenos términos el pensamiento de Hobbes: "Trató de fundamentar el Derecho positivo por medio del Derecho natural".<sup>22</sup>

Dentro de esta misma línea del iusnaturalismo, Hugo Grocio (1583-1647), puntualizó que en el ser hay un instinto social que lo orilla a regular sus relaciones en un ámbito de poder terrenal superior a la voluntad individual. Asimismo, le otorgó a la razón una jerarquía por encima de las diferencias religiosas. Pero dio a la razón un nuevo significado: no como el medio de conocimiento natural otorgado por Dios, sino la facultad cognoscitiva de verdades fundamentales de la vida social. Así, a partir de la razón pueden decidirse los contenidos de la vida real dentro del Estado y entre los Estados.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> WELZEL, Hans: *Introducción a la filosofía del derecho*, op. cit., p. 119.

<sup>23</sup> Vid. *Ibid.*, p. 127.

Samuel Pufendorf (1623-1694), trató de establecer los fundamentos de una cultura basada en las ideas del Derecho. Puso énfasis en el derecho a la conciencia personal, a la crítica, a la razón; en los derechos del hombre y del ciudadano. Sus planteamientos sirvieron como fundamento para las ideas políticas del siglo XVIII, impulsoras del reconocimiento de los derechos de la libertad y la igualdad. Entre la polémica suscitada por los seguidores del espiritualismo y el materialismo, propuso un Derecho natural y de gentes, concebido como un Derecho de la cultura, traducido en un conjunto de normas que obligan al hombre al cultivo de su naturaleza biológica.<sup>24</sup>

En los planteamientos de estos autores encontramos una nueva proyección del Derecho natural. Se logró ubicar la regulación de las relaciones humanas en su esencia natural pero en un plano más concreto: el Estado. No obstante, esta concepción históricamente se fue degenerando en posturas extremas reflejadas en el autoritarismo; en el despotismo del Estado ante sus súbditos. No es nuestra finalidad entrar a esos detalles, sólo nos concretaremos a puntualizar los matices de estas posturas, preponderantemente en la idea del contrato social de Rousseau. Con ello, pretendemos ubicar nuestro enfoque en los planteamientos del período Ilustrado.

Para Rousseau, el Estado no debe existir para aniquilar la libertad del individuo, sino para garantizarla. La renuncia a la libertad individual es injusticia porque equivale a renunciar a la humanidad, a nuestra persona, a los derechos del hombre y, en absoluto, a la posibilidad de un obrar ético. Estableció que el hombre ha nacido libre, pero por todas partes está encarcelado. Hay quien se cree amo de los demás, cuando en realidad no deja de ser un esclavo más de ellos".<sup>25</sup> En Rousseau encontramos una manifestación del

---

<sup>24</sup> Vid. *Ibid.*, p. 134.

<sup>25</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques: *El contrato social*, trad.: Andebeng-Abeau Alingue, Panamericana, Colombia, 2000, p. 4. Se pronuncia en contra de la esclavitud. Plantea que por cualquier lado que se quiera analizar, el derecho a la esclavitud es nulo, no sólo porque es ilegítimo sino también porque es absurdo y no significa nada. Las palabras esclavitud y derecho son contradictorias y se excluyen mutuamente. Ya sea de un hombre a otro, o de un hombre a un pueblo, este discurso siempre resultará insensato: "Establezco con-

Derecho natural que viene, a su vez, a fundamentar la necesaria regulación por parte de la propia persona. Incluso, llega a reconocer que todo poder emana de Dios, pero también viene de Dios toda enfermedad y... ¿esto significa que no es permitido llamar al médico?

Propuso una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y por la cual, cada uno, uniéndose a todos, no obedezca más que a sí mismo y quede tan libre como antes. Un Estado sólo es posible si los intereses de todos los ciudadanos coinciden por lo menos en un punto. Lo común en todos estos intereses es lo que constituye el vínculo social. La comunidad, por eso, tiene que ser gobernada única y exclusivamente de acuerdo con este aspecto común. Así, el carácter común en un interés es lo que posibilita a cada individuo perseguir su propio interés, buscando a la vez, el de la comunidad, porque el interés particular se encuentra contenido en el común.<sup>26</sup> Es así como cada individuo, dándose a todos, no se da a nadie.

A partir de este pacto, Rousseau llegó a fundamentar la necesaria existencia de la ley, para regular las relaciones entre los asociados. A ello concluyó al sostener que a través del pacto social se otorga vida y existencia al cuerpo político, y mediante la legislación se le da movimiento. Estableció que cuando todo el pueblo reglamenta sobre todo el pueblo únicamente se considera a sí mismo. De esta manera se establece una relación fincada en un mismo objeto.<sup>27</sup> Llegó a justificar la necesidad del legislador en virtud de que el pueblo siempre quiere el bien, pero no siempre lo ve por sí mismo. La voluntad general siempre es recta, precisaba, pero el juicio que la guía no siempre es brillante, hay que enseñar al otro a conocer lo que quiere.

---

tigo un convenio con completa obligación tuya y con pleno beneficio mío, que cumpliré como a mí me plazca y que tú cumplirás como me plazca a mí". (*Ibid.* p. 17).

<sup>26</sup> *Vid. Ibid.*, p. 21.

<sup>27</sup> *Vid. Ibid.*, p. 59.

---

## II.5. Definición y génesis de una ideología: los derechos fundamentales

En la Revolución Francesa encontramos la definición de una ideología y al propio tiempo, el punto de partida de su proyección y desarrollo. La igualdad, libertad y fraternidad fueron principios enarbolados por este movimiento; valores que con el tiempo sustentaron la búsqueda de una política equilibrada y justa entre los hombres y las naciones. Esto a su vez, conformó el legado ideológico de lo que actualmente conocemos como Derechos Fundamentales, cuya proyección la encontramos a partir de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Asimismo, este legado de índole político-ideológico, se traduce también ahora –después de un amplio desarrollo– en el fundamento de nuestro sistema jurídico. A partir de este sustento, la discusión sobre cuáles son o cuáles deben ser los derechos fundamentales, ha suscitado un interesante debate doctrinario. Esa discusión permanece oscilando entre su fundamento iusnaturalista o *iuspositivista*. En el último capítulo haremos un análisis más detallado de los alcances del reconocimiento de los derechos fundamentales, ubicándonos en la delimitación de nuestro objeto de estudio: el Derecho penal. Por lo pronto, en relación con la polémica sobre cuáles son o cuáles deben ser los derechos fundamentales, nos parece oportuno referirnos a la propuesta de Ferrajoli:

Ante una amplia diversidad de definiciones sobre los derechos fundamentales, Ferrajoli los identifica como "... aquellos *derechos subjetivos* que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a *todos* en tanto *personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar*".<sup>28</sup> Las características que distinguen a estos derechos de los demás, radican

---

<sup>28</sup> FERRAJOLI, Luigi: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, p. 291. A su vez, precisa los alcances de un Derecho subjetivo: "Cualquier expectativa de actos jurídicos, trátase de una expectativa positiva de prestaciones o de una expectativa negativa de no lesiones". (*Ibid*, nota 4).

en la forma universal de su imputación, su estatuto de reglas generales y abstractas, y su carácter indispensable e inalienable. A su vez, clasifica los derechos fundamentales en varias categorías: Los *derechos humanos*, que pertenecen a todas las personas como tales, incluso a los que no son ciudadanos o capaces de obrar. Los *derechos civiles*, que pertenecen a las personas como tales en tanto capaces de obrar, independientemente de la ciudadanía. Los *derechos públicos*, corresponden a las personas en tanto ciudadanos, independientemente de su capacidad de obrar. Por último, los *derechos políticos*, que corresponden sólo a las personas que sean tanto ciudadanos como capaces de obrar.<sup>29</sup>

Para sostener el fundamento de estos derechos, Ferrajoli ubica cuatro criterios axiológicos: La *razón* o fundamento teórico, la *fuerza* o fundamento jurídico, la *justificación* o fundamento axiológico, y el *origen* o fundamento histórico y sociológico.<sup>30</sup> Ahora, de esos criterios, la principal controversia se ubica en el *fundamento axiológico*. Al respecto, Ferrajoli establece, a su vez, cuatro criterios:<sup>31</sup>

- a) Una relación entre derechos fundamentales e igualdad;
- b) Una relación entre derechos fundamentales y democracia, en virtud que aquéllos representan una dimensión sustancial de ésta;
- c) Una relación entre derechos fundamentales y paz;<sup>32</sup> y
- d) El papel de los derechos fundamentales como la *ley del más débil*, en contraposición a la ley del más fuerte que regiría en ausencia de

---

<sup>29</sup> Vid. *Ibid.*, p. 293.

<sup>30</sup> Vid. *Ibid.*, p. 314.

<sup>31</sup> Vid. *Ibid.*, pp. 315 y 316.

<sup>32</sup> Así se establece en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Deben garantizarse como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria de la convivencia pacífica: el derecho a la vida y a la integridad personal, el derecho a la libertad, los derechos civiles, los políticos. Pero también en un mundo en que sobrevivir es un hecho cada vez menos natural y progresivamente más artificial, resulta indispensable el reconocimiento de los derechos sociales a la supervivencia.

aquélla. Esta categorización, puntualiza Ferrajoli, es indispensable para que no impere la ley de quien es más fuerte físicamente –como en el Estado de naturaleza Hobbesiano–; o bien, de quien es más fuerte políticamente –como en el Estado absoluto–; o de quien es más fuerte económica y socialmente, como en el mercado capitalista.

Cabe destacar que la propuesta de Ferrajoli no ha estado exenta de críticas. Sobre todo, se le cuestiona su excesivo enfoque formal, inclinándose a una línea metodológica de la teoría del Derecho y no de la filosofía política.<sup>33</sup>

## II.6. Resurgimiento del iusnaturalismo

En el siglo XX, después de la segunda guerra mundial y preponderantemente en virtud de los extremos positivistas del nacional-socialismo, fueron resurgiendo posturas iusnaturalistas.<sup>34</sup> La característica común de estas corrientes radica en la necesidad de establecer aspectos valorativos que ha de tener en cuenta el legislador al momento de elaborar la norma. En esta línea del pensamiento se ubican, entre otras, las propuestas de Max Scheler; las ubicadas dentro de la corriente del Neokantismo y, dentro de ella, destacan, las aportaciones de Gustav Radbruch. Dicho autor cuestiona que el positivismo tiene la creencia de haber podido fundamentar la validez de la ley por el mero hecho de poseer la fuerza de imponerse, pero la ley, además de proporcionar seguridad jurídica, ha de ser justa y conveniente. O

---

<sup>33</sup> Precisamente, en la obra citada (FERRAJOLI, Luigi: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*), se presenta un debate de su postura con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Ricardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo. Destaca además, el estudio preliminar elaborado por Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, en el cual concretan sustancialmente el planteamiento de Ferrajoli, ponen de relieve las críticas de dichos autores y precisan los alcances de la réplica del propio Ferrajoli. (*Ibid.*, pp. 9-17).

<sup>34</sup> Vid. OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús: "Los 'Derechos Humanos' y la polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo", en: *Teoría del Derecho y conceptos dogmáticos*, UNAM, 1987, p. 24.

visto desde una perspectiva inversa: Debemos buscar la justicia, pero al propio tiempo tomar en consideración la seguridad jurídica, dado que ésta es una parte de la justicia, y además, reconstruir un Estado de Derecho que satisfaga por igual, en la medida de lo posible, a ambas ideas.<sup>35</sup>

### III. EL SUSTENTO DERIVADO DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Desde el iusnaturalismo se hacía patente la necesaria presencia de la ley para proporcionar seguridad jurídica de los gobernados. Se comenzó a identificar al Derecho como el cuerpo existente de preceptos legales, resultado de la actividad estatal legislativa. Esa es la primera aproximación con Derecho positivo,<sup>36</sup> aunque dicho fenómeno aún no constituye una muestra palpable de la científicidad del Derecho. Este rango cobra trascendencia a partir del siglo XIX, con el advenimiento del positivismo. En seguida analizaremos una breve referencia sobre esa evolución.

#### III.1. El positivismo como corriente del pensamiento científico general

La polémica de fondo sobre el carácter científico de la doctrina jurídica se inicia en el siglo XIX: el siglo del *cientificismo*. Representa una época caracterizada por la actitud de ver en la ciencia el camino para resolver los problemas humanos y sociales del mundo. Se tenía una fe inquebrantable en el método científico. A través de él, se pretendía dominar a la naturaleza y salvar a la humanidad de todas las miserias, y así conducirla a su felicidad.<sup>37</sup> Este movimiento representa al positivismo, como una corriente de pensa-

<sup>35</sup> Vid. MARTÍNEZ BRETONES, Virginia: *Gustav Radbruch, vida y obra*, UNAM, 1989, p. 89.

<sup>36</sup> Vid. FINCH, John: *Introducción a la teoría del Derecho*, Labor Universitaria, trad.: Francisco Laporta San Miguel, Barcelona, 1977, p. 32.

<sup>37</sup> Vid. LATORRE, Ángel: *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 95.

miento general que comprende una asunción determinada en el análisis de los temas que atañen a las diversas áreas o disciplinas del conocimiento.

Al filósofo y matemático francés Augusto Comte, se le considera el fundador del Positivismo moderno. Comte ubicaba tres grandes etapas o estados en la evolución de la humanidad. En un primer estado, el *teológico*, todos los fenómenos eran explicados a partir de referencias o causas sobrenaturales y con la intervención de seres divinos. En el segundo estado, el *metafísico*, el pensamiento se sustenta en principios e ideas concebidas más allá de la superficie de las cosas. El tercer estado, el *positivo*, toma distancia de las construcciones hipotéticas basadas en la filosofía y la historia. En contrapartida, limita su enfoque a la observación empírica y a la conexión de los hechos bajo el sustento de los métodos utilizados en las ciencias naturales.<sup>38</sup>

La categorización del pensamiento de la humanidad en los tres estados referidos, de alguna manera también se adapta al ámbito del pensamiento jurídico: En la Edad Media estaba preponderantemente influido por consideraciones teológicas; había una íntima vinculación del Derecho con la revelación divina y la voluntad de Dios. Asimismo, el lapso que comprende desde el Renacimiento hasta mediados del siglo XIX, se podría considerar como el período metafísico del Derecho natural, con la presencia de posturas que trataban de explicar la naturaleza y el significado del Derecho con base en ciertos principios últimos, concebidos como convenientes, más allá de la superficie empírica de las cosas.<sup>39</sup>

### III.2. Proyección del positivismo en las ciencias sociales

A mediados del siglo XIX, con el positivismo, se inicia un período caracterizado por el rechazo a las especulaciones apriorísticas y metafísicas, susti-

---

<sup>38</sup> Vid. BODENHEIMER, Edgar: *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 303.

<sup>39</sup> Vid. *Ibid.*, p. 305.

tuyéndolas por los datos empíricos. Esta tendencia tuvo especial proyección en las ciencias naturales, con resultados exitosos o cuando menos contundentes. Los productos derivados de la aplicación del método científico eran fácilmente palpables, y con ello se produjo la *tentación* de trasladar los métodos empleados por las ciencias naturales a las ciencias sociales. Se pretendió estudiar a los fenómenos sociales mediante la aplicación de la observación cuidadosa de los hechos empíricos y los datos perceptibles por los sentidos. Se esperaba que en estas disciplinas se dieran los mismos resultados exitosos. De esta forma, en las ciencias sociales se fue haciendo el esfuerzo por ocuparse de la conexión e interconexión de los hechos, infiriendo de los fenómenos ciertas leyes casuales que ligan entre sí a un fenómeno o grupo de hechos.<sup>40</sup>

### III.3. Proyección del positivismo en el ámbito jurídico

En el ámbito jurídico el positivismo fue manifestándose a partir del pretendido distanciamiento de las consideraciones filosóficas históricas. En contrapartida, se antepuso, por una parte, el análisis e interpretación de las normas jurídicas establecidas por los órganos del Estado (positivismo jurídico analítico). Por otro lado, se propició la tarea de investigar y describir las diversas fuerzas sociales que ejercen una influencia en el desarrollo del Derecho (positivismo sociológico).<sup>41</sup> Bajo esta perspectiva, se analiza tanto la estructura de las normas jurídicas, como los factores que las producen. Ambas corrientes poseen el referente común de asumir una actitud puramente empírica respecto al Derecho. Enfocan su análisis desde las reglas positivas generadas por los poderes estatales que crean el Derecho.

---

<sup>40</sup> *Vid. Ibid.*, p. 306.

<sup>41</sup> Sobre un enfoque sociológico del Derecho, *vid. DÍAZ Y DÍAZ, Martín: Derecho y orden (Ensayos para el análisis realista de los fenómenos jurídicos)*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, n.º 63, ITAM, México, 1998.

Ahora, el punto trascendente es averiguar cómo se ha venido dando esa proyección y sus principales variables, pues precisamente a partir del positivismo, la polémica en torno al carácter científico del Derecho fue adquiriendo su máximo esplendor y polémica. Sobre esa proyección, resulta oportuno referir la apreciación de Larenz:<sup>42</sup>

¿Qué es la ciencia del Derecho? En tanto no se atiende a sí misma como ciencia histórica, ni como ciencia social, sino como algo distinto y peculiar, o sea, como "jurisprudencia" ¿Es realmente una "ciencia", es decir, una actividad espiritual plenamente planeada y dirigida a la obtención de conocimientos, o es sólo un saber ordenado de lo que una determinada comunidad jurídica se considera "Derecho" *hic et nuc*, o es quizás una "tecnología", una indicación para resolver de modo uniforme los casos jurídicos según determinadas reglas, que se podrían calificar de máximas o prácticas o reglas convencionales? ¿Es quizá todo esto a la vez? A estas preguntas se han dado todas las respuestas imaginables. Sobre todo en el siglo XIX se intentó con frecuencia, bajo la impresión del éxito de la Ciencia natural "elevar" la Ciencia del Derecho al rango de una ciencia postulando para ella un método similar al científico-natural.

En los próximos apartados trataremos de exponer algunas aportaciones que, dentro del positivismo jurídico, han dado soporte al estudio científico del Derecho.

### III.3.1. Surgimiento de la codificación

En la conformación del pensamiento positivista jurídico, la presencia del ordenamiento o código constituye un elemento imprescindible, por lo que resulta necesario hacer algunas anotaciones al respecto.

Existen dos acontecimientos que representan el sustento de lo que actualmente identificamos como código.<sup>43</sup> Uno de ellos es el *Code Civil* de 1804,

---

<sup>42</sup> LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad.: Marcelino Rodríguez Molinero, segunda edición, Ariel, Barcelona, 1980, p. 26.

<sup>43</sup> Al margen de antecedentes de otro tipo de cuerpos jurídicos que no constituyen propiamente un código, como por ejemplo Código de Amuraby.

también identificado como el *Código de Napoleón*. Este antecedente se singulariza por su carácter formal y su rigidez, pues limitaba al intérprete, dado que los alcances hermenéuticos no podían ir más allá que desentrañar la voluntad del legislador, sin dar margen para hacer construcciones sistemáticas de mayor alcance. De ahí se deriva la esencia de la interpretación exegética.

El otro antecedente, de contenido ideológico-político, se encuentra en el período de la Ilustración –antes referido– con las aspiraciones burguesas de certeza y previsión sustentadas en los fundamentos constitucionales del Estado de Derecho. De ahí se deriva la primacía de la ley como fuente del derecho y el principio de división de poderes, sobre todo, bajo la exposición de Montesquieu.<sup>44</sup> Esta exigencia ideológica, al propio tiempo se traduce en un presupuesto metodológico en el desarrollo de la ciencia del Derecho. Esto es así porque se deriva una nueva perspectiva del ordenamiento jurídico: ya no como un punto de llegada, construido racionalmente por filósofos o juristas, sino como un punto de partida; como una objetivación histórica que los juristas deben asumir como algo dado. De esta manera, el código u ordenamiento se convierte en el *objeto científico* del conocimiento jurídico. Con ello también cobra importancia la necesidad de orientar la codificación en Derecho escrito.<sup>45</sup>

Con esta concepción, indudablemente, mucho se gana en seguridad jurídica, por lo que resulta indispensable para el jurista mantener la neutralidad del texto. No obstante, bajo ciertos parámetros, el intérprete debe tener un margen de actuación a fin de hacer construcciones más allá de los alcances exegéticos. Es decir, sin que implique crear el Derecho, la labor del jurista debe limitarlo, aclararlo; dar luz al contenido legislativo. De ahí se deriva una gran interrogante metodológica: ¿Cuál debe ser el margen de actuación del jurista al estudiar el contenido de la legislación?

---

<sup>44</sup> Vid. CALVO GARCÍA, Manuel: *Los fundamentos del método jurídico: Una revisión crítica*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 64.

<sup>45</sup> Vid. *Ibid.*, pp. 71 y 72.

### III.3.2. Influencia del Derecho anglosajón

A pesar de la ausencia en Inglaterra de un Derecho escrito, hay por lo menos dos autores ingleses representativos del desarrollo del positivismo jurídico: Jeremy Bentham y John Austin.

a) Bentham desarrolló proyectos de ordenamientos que concluyeron con su propuesta de código constitucional, en 1822. Previamente realizó un tratado sobre legislación civil y otro sobre legislación penal. Se proclamó por la división entre Derecho positivo y normas de contenido moral.<sup>46</sup> Para él, el verdadero Derecho es el positivo y la única relación que tiene con la moral la traduce en un principio que reza: "Obedece puntualmente, censura libremente".<sup>47</sup> Destacó las virtudes jurídico-políticas de la codificación para construir un Derecho sistemático que garantice publicidad de la ley, concisión, sencillez y precisión.

Definió a la ley como el conjunto de signos declarativos de una voluntad concebida o adoptada por el soberano estatal. A su vez, sostuvo que el significado de cualquier signo lingüístico expresa siempre un estado mental. Dicho en otras palabras: los signos manifiestan siempre algo que ha sido concebido o pensado.<sup>48</sup> En este sentido, puntualizó que sólo es correcta aquella interpretación destinada a descubrir la voluntad del legislador asumiendo como presupuesto su racionalidad. Al darse por supuesta esa racionalidad, la voluntad del legislador puede ser interpretada siempre y cuando ello no implique discrecionalidad.<sup>49</sup>

A la postura de Bentham se le identifica como *utilitarista individualista*, debido a su principio que se traduce en lo siguiente: La naturaleza ha colocado a la humanidad bajo el gobierno de dos señores soberanos: el dolor y el placer; y el bien o mal de una nación debe medirse únicamente por la

---

<sup>46</sup> Vid. *Ibid.*, p. 81.

<sup>47</sup> Tomado de: FINCH, John: *Introducción a la teoría del Derecho... op., cit.*, p. 59.

<sup>48</sup> Vid. CALVO GARCÍA, Manuel: *Los fundamentos, op. cit.*, pp. 81 y 82.

<sup>49</sup> Vid. *Ibid.*, p. 83.

cantidad de placer o dolor que de ella resulte. En este sentido, bajo dicho principio se aprueba o desaprueban las acciones según la tendencia que parezca tender a aumentar o disminuir la felicidad de la parte cuyo interés está regulando la acción respectiva. Para Bentham este principio debe ser la guía del legislador, porque la felicidad del pueblo debe ser su interés supremo; debe tener en cuenta que el interés de la comunidad no es otra cosa sino la suma de los intereses de sus miembros.<sup>50</sup> Asimismo, todas las funciones del Derecho pueden ser referidas a cuatro imperativos: Proveer la subsistencia, aspirar a la abundancia, fomentar la igualdad y mantener la seguridad.

b) Bajo otra línea del pensamiento positivista se sitúa John Austin (1790-1859). Aunque se le relaciona con Bentham, en estricto sentido no puede hablarse de una paternidad ideológica, sólo de aspectos coincidentes. Al igual que Bentham, se pronunció por la preponderancia del Derecho positivo, por encima de las reglas morales o de contenido diverso al codificado por el Estado.

Austin hizo énfasis en la fuerza de la norma como mandato; al elemento imperativo del Derecho lo categorizó como su característica más significativa. Se le considera el fundador de la jurisprudencia analítica. Precisó que la ciencia del Derecho se ocupa de las leyes positivas, en sentido estricto, sin considerar su bondad o maldad.<sup>51</sup> De esta manera, en la labor interpretativa, entender la voluntad del legislador implica desentrañar el contenido de las palabras que éste utiliza. Y sólo en el supuesto de que su significado fuese dudoso, el intérprete podrá acudir a otros recursos, específicamente a la interpretación lógica. Pero en estos casos, lo que el intérprete extiende o restringe, en estricto sentido, no es la disposición analizada, sino el significado literal de sus palabras bajo las cuales ha sido expresada.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Vid. BODENHEIMER, Edgar: *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 308.

<sup>51</sup> Vid. *Ibid.*, pp. 315 y 316.

<sup>52</sup> Vid. CALVO GARCÍA, Manuel: *Los fundamentos*, op. cit., pp. 83-86.

La postura de Austin la podríamos ubicar en el núcleo duro del positivismo, en cuanto a la preponderancia que asume sobre el carácter imperativo de la norma y la asunción de ésta por parte de los gobernados. Llega a sostener que el Derecho positivo se encuentra constituido por las "...reglas establecidas para la guía de un ser inteligente por otro ser inteligente que tiene poder sobre él".<sup>53</sup>

### III.3.3. Influencia de la corriente histórica en la construcción sistemática del Derecho

Dentro del positivismo se ubica la corriente historicista representada por Savigny (1779-1861). Se trata de una postura hasta cierto punto *reaccionaria* a la codificación, tendencia imperante en su tiempo. Sus aportaciones le otorgaron un mayor *status* científico el estudio del Derecho. En palabras de Larenz: "La moderna ciencia del Derecho comienza con F.C. Savigny y sus colaboradores y enemigos, porque todo lo que había precedido fue transmitido a través de él".<sup>54</sup>

Para Savigny, el Derecho es más que la suma de disposiciones jurídicas; es una esencia orgánica que vive en la conciencia de un pueblo; representa la expresión de su realidad histórica. De ahí deriva la concepción del ordenamiento jurídico, entendido como un todo orgánico, conceptual, único, estático y sistemático, formado por el conjunto de las instituciones jurídicas.<sup>55</sup> Mediante la técnica o metodología de la *construcción*, se puede describir la expresión de esa totalidad ideal. Para ello hay que investigar la esencia histórica y filosófica; los principios básicos de las instituciones jurídicas y posteriormente integrarlas en un cuerpo más amplio: en la totalidad del ordenamiento jurídico.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> Tomado de: LATORRE, Ángel: *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 118,

<sup>54</sup> LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*, op. cit., p. 28.

<sup>55</sup> Vid. CALVO GARCÍA, Manuel: *Los fundamentos*, op. cit., p. 74.

<sup>56</sup> Vid. LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*, op. cit., p. 31.

Savigny no desestima la necesaria presencia de las normas positivas, pero exige de ellas un proceso de asimilación; una tarea intelectual mucho más amplia que la labor hermenéutica. Establece que la ley es una manifestación lingüística que tiene como finalidad una relación social haciendo de ella una relación jurídica o de Derecho.<sup>57</sup> Bajo esta construcción, la ley expresa un pensamiento, el cual requiere de un contenido intelectual encaminado a fijar esa relación. Es decir, implica la reconstrucción racional y conceptual de unos hechos dados *en bruto*.<sup>58</sup>

Bajo la propuesta de este autor alemán, el intérprete debe ubicarse en el punto de vista del legislador, reconstruir su idea expresada en la ley y después, recomponer la ley en su inteligencia y así configurar su unidad interna.<sup>59</sup> Para tal fin es necesario acudir a cuatro operaciones distintas: gramatical, lógica, histórica y sistemática.

La preponderancia de la norma positiva en el planteamiento de Savigny, se traduce en un presupuesto metodológico al requerir la necesaria ubicación del jurista en la ley misma. Además, es necesario que dicha ubicación se haga a partir de ciertos conocimientos generales; por ejemplo, en el conocimiento del lenguaje de la época. Ahora, este requerimiento no implica una supeditación cegada a la voluntad del legislador; ésta es limitada: sólo atañe al ámbito de una ley en particular y a una realidad específica. Ello implica que esa voluntad del legislador, deba reconstruirse y ubicarse en un sistema.<sup>60</sup>

Aunado a esa limitante, Savigny resalta otros supuestos en los que desprender la voluntad del legislador no es suficiente para llegar a soluciones fructíferas. Se refiere a los casos de imprecisión, contradicción de normas, o de errores legislativos.<sup>61</sup> En esos casos, al intérprete le corresponde po-

---

<sup>57</sup> Vid. CALVO GARCÍA, Manuel: *Los fundamentos*, op. cit., p. 76.

<sup>58</sup> Vid. *Ibid.*, p. 76.

<sup>59</sup> Vid. LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*, op. cit., 32.

<sup>60</sup> Vid. CALVO GARCÍA, Manuel: *Los fundamentos*, op. cit., p. 77.

<sup>61</sup> Vid. LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia...*, op. cit., p. 32.

ner en armonía la forma con el pensamiento; pero hacerlo de manera restringida; fijar los límites verdaderos de la ley, pero nunca franquearlos.<sup>62</sup>

Las aportaciones de Savigny vienen a redimensionar los alcances de la codificación, en tanto que el Derecho positivo se complementa a sí mismo en virtud de su fuerza orgánica.<sup>63</sup> En palabras de Calvo García: “La ciencia jurídica debe buscar en la fuerza interior del Derecho vigente la capacidad del propio ordenamiento para ‘autocompletarse’ y también para resolver las contradicciones que pudieran surgir”.<sup>64</sup> Y esa fuerza interior del Derecho no descansa *stricto sensu* en los preceptos, sino en las instituciones que tienen por base esos preceptos jurídicos. En suma, la ciencia del Derecho no tiene como finalidad ordenar preceptos, sino buscar en el sistema la naturaleza de las instituciones jurídicas. Reiteramos, las aportaciones de Savigny contribuyeron notablemente en el desarrollo científico del Derecho<sup>65</sup> y a partir de ellas se han ido formulando otras propuestas con diferentes matices.<sup>66</sup>

---

<sup>62</sup> Vid. CALVO GARCÍA, Manuel: *Los fundamentos*, op. cit., p. 78.

<sup>63</sup> Vid. LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho* op. cit., p. 33.

<sup>64</sup> CALVO GARCÍA, Manuel: *Los fundamentos*, op. cit., p. 79.

<sup>65</sup> Para mayores referencias sobre el planteamiento de este autor, en traducción castellana, véase, entre otras obras: SAVIGNY, Friedrich Karl von y A. F. J. THIBAUT: *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho y sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*, trad.: J. Díaz García Aguilar, edit. Stern, Madrid, 1970.

<sup>66</sup> Por ejemplo, cfr. ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica. (La teoría del discurso racional como teoría de la argumentación jurídica)*, trad.: Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 228. Por lo que respecta al apoyo que obtiene de los planteamientos de Savigny, para la estructuración de argumentos jurídicos, a partir de la diferenciación entre lenguaje natural y lenguaje técnico.

### III.3.4. Influencia del Derecho libre en la construcción del sistema jurídico

Ihering (1818–1892) –junto con Savigny– es uno de los pensadores más importantes de la ciencia jurídica.<sup>67</sup> A su propuesta se le identifica como el “Método histórico natural de la ciencia del Derecho”.<sup>68</sup> Influido por la Escuela Libre, se decanta por una libre interpretación científica, no supeditada a la voluntad del legislador. Establece que el Derecho debe permanecer inmerso en una dinámica cambiante para que tenga sustento científico.<sup>69</sup> Y esa dinámica debe responder de manera razonable a la labor interpretativa cotidiana: a la labor de los jueces.<sup>70</sup>

Su propuesta no minimiza la presencia del legislador en la construcción científica del Derecho, ni le resta importancia a su voluntad. Reconoce que el legislador puede regular hipotéticamente los casos que en el futuro se presenten, pero también advierte que es muy difícil dejar de pensar que el intérprete no participe creativamente en la construcción del Derecho.<sup>71</sup>

Influido por las circunstancias de su tiempo, sobre todo por la evolución de las ciencias naturales, toma distancia de las categorías éticas de la filosofía idealista y en primera instancia se inclina por la metodología de las ciencias naturales, bajo el sustento de la lógica formal.<sup>72</sup>

Para Ihering, la tarea sistemática consiste en descomponer las instituciones jurídicas y las normas que subyacen en ellas; posteriormente, reconstruir con esas instituciones las normas jurídicas ya conocidas, e incluso, poder derivar otras nuevas. Como resultado de ello, la ciencia del Derecho obtie-

---

<sup>67</sup> Así, LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*, op. cit., p. 45.

<sup>68</sup> Vid. *Idem*.

<sup>69</sup> Vid. IHERING, Rudolf, von: *La lucha por el Derecho*, versión española de Adolfo Posada y Biseca, tercera edición facsimilar, (primera versión original), 1881, Porrúa, México, 1998, p. 19.

<sup>70</sup> Vid. CALVO GARCÍA, Manuel. *Los fundamentos de la... op., cit.*, p. 104.

<sup>71</sup> Vid. *Ibid.*, p. 111.

<sup>72</sup> Vid. LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*, op. cit., pp. 45 y 46.

ne, en lugar de una cantidad infinita de normas jurídicas de la más variada clase, un número claro de *cuerpos simples*, pudiendo recomponer con ellos, cuando sea preciso, las normas jurídicas particulares.

Llega a comparar la labor de los juristas con la técnica empleada por las ciencias químicas: Las normas jurídicas, constituyen la materia analizada; dicha materia se volatiliza en conceptos y así se logra una construcción sistemática; de un estado inferior a uno superior. Y de ese procedimiento se obtiene una transformación: la materia deja la forma práctica e imperativa inmediata y adopta la figura de un cuerpo jurídico.<sup>73</sup>

Posteriormente se inclinó por una construcción teórica más abierta, más pragmática, sustentada en aspectos sociológicos, flexibilizando la doctrina de los conceptos. De esta manera, ubicó al Derecho como la forma de protección emanada del poder de coactivo del Estado a las condiciones de la vida social.<sup>74</sup> Planteó que en el estudio del Derecho hay que tener en cuenta su finalidad: la protección de intereses; dado que el Derecho debe tratar de armonizar los intereses individuales con los de la colectividad. Ya en su clásica obra *La lucha por el Derecho* puntualizó:<sup>75</sup>

El derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí misma una síntesis, el fin y el medio. No basta investigar el fin, se debe además mostrar el camino que a él conduzca. (...) No hay un solo título, sea por ejemplo el de la propiedad, ya el de las obligaciones, en que la definición no sea necesariamente doble y nos diga el fin que se propone y los medios para llegar a él. Mas el medio, por muy variado que sea, se reduce siempre a la lucha contra la lingüística. La idea del derecho encierra una antítesis que nace de esta idea, de la que es completamente indispensable: la lucha y la paz; la paz es el término del derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo.

---

<sup>73</sup> Vid. *Ibid.*, pp. 46 y 47.

<sup>74</sup> Vid. LATORRE, Ángel: *Introducción al Derecho*, op., cit., pp. 138 y 139.

<sup>75</sup> IHERING, Rudolf von: *La lucha por el Derecho*, op. cit., p. 1.

### III.3.5. La teoría pura del Derecho

El núcleo duro del positivismo jurídico lo encontramos en la teoría pura del Derecho, cuyo principal exponente es Hans Kelsen (1881-1973).<sup>76</sup> Este autor –nacido en Praga y formado preponderantemente en Viena– pretendió establecer una teoría general sustentada en la concepción del Derecho de manera autónoma; despejado de todo contenido político, ético o moral. Bajo esta propuesta, las normas son entendidas como categorías lógicas independientes;<sup>77</sup> así como la pureza de la ciencia en las leyes matemáticas.<sup>78</sup>

Kelsen pretendió otorgar objetividad y precisión al Derecho, lo cual constituye el ideal de toda ciencia. Sostuvo que con ello se facilita el desenvolvimiento de la ciencia jurídica, a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de la ciencia. Así el Derecho dejaría de ser el “pariente pobre” de las otras disciplinas científicas.<sup>79</sup>

Kelsen aclaró que su teoría pura del Derecho, es una teoría del Derecho positivo en general y no de una en particular. Para formular su propuesta al rango de teoría, sostuvo la necesidad de limitarla al conocimiento único y exclusivo de su objeto. Dicha limitación comprende la determinación de lo que es el Derecho y cómo se forma, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. En todo caso, a estas últimas interrogantes correspondería responderlas la política jurídica y no la ciencia del Derecho. En suma, el principio fundamental de su método consiste en eliminar de la

---

<sup>76</sup> Adolf Reinach hizo un primer intento de crear una teoría pura del Derecho con bases distintas a las que después utilizó Kelsen. Sobre esta referencia, véase el estudio preliminar de José Fernández Santillán en: BOBBIO, NORBERTO: *el filósofo y la política (antología)*, segunda edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2002, p. 16.

<sup>77</sup> Vid. LATORRE, Ángel: *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 119.

<sup>78</sup> Vid. SCHMILL, Ulises y VERENGO, Roberto J.: *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del Derecho*, UNAM, 1983, p. 15.

<sup>79</sup> Vid. KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*, traducción de la edición francesa (1953): Moisés Nilve, décimo segunda edición, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974, pp. 10 y 11.

ciencia del Derecho todos los elementos que le son extraños.<sup>80</sup> A partir de ese presupuesto, configura una serie de principios o postulados que sostienen su teoría. A continuación haremos una breve referencia de ellos:

a) *Monopolio de la fuerza*

Kelsen hizo énfasis en que el Derecho vincula a determinadas conductas mediante un acto de coacción y eso es lo que lo distingue de otras órdenes normativas. Ahora, el acto de coacción implica el uso de la fuerza. Por ende, la función esencial del Derecho es reglamentar el uso de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El Derecho es entonces una organización de la fuerza.<sup>81</sup>

b) *Principio de imputación*

Para describir el objeto de estudio del Derecho –es decir, de la norma jurídica– Kelsen sostiene que primeramente hay que determinar un principio de *imputación*, el cual consiste fundamentalmente en lo siguiente: Así como en la ley natural se establece una vinculación de dos hechos, a partir de una relación causa-efecto, lo mismo sucede en las reglas de Derecho, sólo que con otro tipo de relaciones. Por ejemplo, si un individuo ha cometido un delito debe ser castigado; si no paga su deuda contraída debe sufrir una ejecución forzada de sus bienes, etc. Es decir, un acto ilícito es seguido de una sanción, porque una norma creada por un acto jurídico así lo prescribe o autoriza. En otras palabras: la sanción *debe* seguir al acto ilícito; es imputada a él.<sup>82</sup>

La imputación se traduce, a su vez, en la configuración de dos tipos de normas: las normas primarias y las normas secundarias. Las primarias estable-

---

<sup>80</sup> Vid. *Ibid.*, p. 15. Establece que con una falta total de sentido crítico la ciencia del Derecho se había ocupado de la psicología, la biología, la moral y la teología. "Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas". (*Ibid.* p. 16).

<sup>81</sup> Vid. *Ibid.*, pp. 74-76.

<sup>82</sup> Vid. *Ibid.*, pp. 17-20.

cen la relación entre el hecho ilícito y la sanción. Por su parte, las normas secundarias, prescriben la conducta que permite evitar la sanción. Otorga mayor preponderancia a las normas primarias (a las que llama normas jurídicas completas) pues las secundarias presuponen la existencia de aquéllas.<sup>83</sup>

### c) Estructura jerárquica del orden jurídico

Para Kelsen el único Derecho válido es el Derecho positivo proveniente de un orden creador. El contenido de la norma está determinado en un acto de voluntad: O deriva del procedimiento legislativo –si se trata de normas generales– o de una decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de Derecho privado –si se trata de normas individuales.–<sup>84</sup> Bajo esta configuración, las normas son válidas sólo si han sido creadas con base en una norma fundamental: la norma constitucional. Por ejemplo, una norma es válida si ha sido creada conforme al código penal. Asimismo, la validez del código penal se deriva de la Constitución, en la cual se establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.<sup>85</sup> De esta manera, la teoría pura del Derecho atribuye a la norma fundamental el rango de una hipótesis básica. Si partimos del supuesto de que esta norma es válida, entonces resulta válido el orden jurídico derivado que le está subordinado. Es pues, en el último análisis de la norma fundamental, donde encontramos la fuente de significación normativa de todos los hechos que

---

<sup>83</sup> *Vid. Ibid.*, pp. 76-78.

<sup>84</sup> *Vid. Ibid.*, p. 137.

<sup>85</sup> *Vid. Ibid.*, p. 138. Especifica que si a su vez quisiéramos determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, tendríamos que remontarnos hasta una constitución más antigua, aunque así llegaríamos a la constitución más antigua. Así, llegaríamos a una primera constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. Entonces, la voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. (*Idem*). Cfr. BALBUENA CISNEROS, Arminda: "El origen antidemocrático de la justicia constitucional", en: *Revista del Departamento de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato*, n.º 75, 2004 (próxima publicación).

integran el orden jurídico. Únicamente la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que examina el jurista y asumirlos como un sistema de normas.<sup>86</sup>

En este orden de ideas, el grado superior del Derecho positivo es la Constitución, entendida en sentido material, en cuanto a que su función esencial es designar a los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina legislación. Por otra parte, la Constitución puede determinar, también, el contenido de las leyes futuras al prescribir o prohibir determinados supuestos.<sup>87</sup>

#### d) *Métodos de interpretación*

Para Kelsen la teoría pura del Derecho no suministra ningún criterio y no indica ningún método de interpretación. Precisa que a pesar de todos los esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su creador. Además, establece que todos los métodos de interpretación sólo conducen a una solución posible, pero no a una solución que sea la única correcta.<sup>88</sup> Por ello, se decanta por una configuración del sistema jurídico en su aspecto eminentemente formal.

#### III.3.5.1. *Críticas*

La teoría pura del Derecho constituye una de las aportaciones más importantes a la metodología jurídica y representa un hito en el sustento científico del Derecho,<sup>89</sup> aunque también ha recibido un buen número de críti-

---

<sup>86</sup> Vid. KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho, op., cit.*, p. 139.

<sup>87</sup> Vid. *Ibid.*, p. 118.

<sup>88</sup> Vid. *Ibid.*, pp. 167-169.

<sup>89</sup> LARENZ, Karl, *op. cit.*, p. 91, sobre la trascendencia de la obra de Kelsen establece: "su 'Teoría pura del Derecho' representa el más grandioso intento de fundamentación de la Ciencia del Derecho como ciencia –ciertamente que aún todavía en el terreno y dentro

cas. Principalmente, se le cuestiona el haber pretendido asilar el análisis de la norma de todo contenido ético o valorativo. No obstante, en algunos casos las críticas han sido desmesuradas. Como bien lo puntualiza Calvo García:<sup>90</sup>

Su rechazo del *iusnaturalismo* y de toda metafísica axiológica en la descripción científica del derecho y del estado, no permite afirmar, como hacen algunos autores un tanto irresponsablemente, que Kelsen fue un hombre carente de valores o que la teoría pura del derecho el antecedente de los desmanes jurídicos del nacionalsocialismo. Si acaso, podrá decirse que su teoría no describe fielmente el funcionamiento de los fenómenos jurídicos o que está en desacuerdo con el postulado de la misma que coloca al derecho y al estado fuera del campo del poder; pero no descalificar *a priori*.

A mayor abundamiento de ese comentario, es importante resaltar que por su ascendencia judía y su ideología socialdemócrata, padeció constantes represiones por el régimen del nacionalsocialismo. Tuvo que abandonar Viena y radicar en Colonia, Ginebra, Praga, y concluir su destierro en Estados Unidos de Norteamérica (Berkeley). En la última edición de su obra aclaró: "Debo señalar, sin embargo, que uno de los fines principales de la Teoría pura del Derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La segunda guerra mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política".<sup>91</sup> En cuanto a su ideología socialdemócrata precisó: "Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una justicia relativa y puedo afirmar qué es la justicia para mí. Dado que la Ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante en mi vida, la Justicia para mí se da en aquel orden social

---

de los límites del concepto positivista de ciencia— que ha visto nuestro siglo (...) la 'Teoría pura del Derecho' es en alta medida seductora como teoría, pero su rendimiento en orden a la praxis es escaso".

<sup>90</sup> CALVO GARCÍA, Manuel: *Los fundamentos..*, op. cit., p. 117.

<sup>91</sup> KELSEN, Hans: *La Teoría pura del Derecho*, op. cit., p. 8. La primera edición de su obra se publicó en 1934, después de la Primera Guerra Mundial.

cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. *Mí Justicia*, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, de la tolerancia".<sup>92</sup>

### III.3.6. Algunas notas sobre las tendencias contemporáneas

Las contribuciones de Kelsen propiciaron una intensa discusión, lo cual repercutió positivamente en el desarrollo científico del Derecho. La crítica a los aspectos torales de su propuesta influyeron en importantes contribuciones al positivismo jurídico. De la crítica a su excesivo formalismo, dejando de lado consideraciones axiológicas y a su enfoque preponderante del ser, distanciado del deber ser se derivaron planteamientos de relieve.<sup>93</sup>

Aunque no es nuestra pretensión hacer un estudio detallado de la evolución científica del Derecho,<sup>94</sup> nos referiremos a tres tendencias que estimamos representativas en este desarrollo y que nos servirán para llegar a concretar la conformación metodológica de la ciencia del Derecho a través de la dogmática jurídica:

#### a) *Tesis de la discrecionalidad jurídica*

Hart (1907-1992), influenciado por la ideología socialdemócrata, constituye uno de los máximos exponentes de la teoría del Derecho en la postguerra. Plantea que el Derecho es por esencia indeterminado e incompleto. Siempre habrá una zona de penumbra de casos discutibles. Coincide con Kelsen en cuanto a la indiscutible finalidad en un Estado socialdemócrata de garantizar la seguridad jurídica, pero a ésta hay que atribuirle capacidades

---

<sup>92</sup> KELSEN, Hans: *¿Qué es la Justicia?*, trad.: A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1991, p. 63. Tomado de: CALVO GARCÍA, Manuel: *Los fundamentos del método...*, *op. cit.*, p. 117, nota 3.

<sup>93</sup> En ese sentido, *vid.* LARENZ, Karl, *op. cit.*, p. 95.

<sup>94</sup> Sobre un análisis sintético de las diversas orientaciones, *vid.* RAZ, Joseph: *La autoridad del Derecho. (Ensayos sobre Derecho y moral)*, trad.: Rolando Tamayo, UNAM, México, 1985.

reales. Por ello, el Derecho positivo es una *textura abierta al lenguaje*; a través de cánones de interpretación lógicos y razonables, se derivan posibilidades de resolver las *zonas borrascosas*.

Bajo esta perspectiva propone la identificación de *reglas de reconocimiento*. Dichas reglas son algo más que la norma fundamental hipotética de Kelsen. Esas reglas permiten reconocer las fuentes de producción normativa y cuál es el alcance de las reglas del sistema jurídico. De ellas se desprende la existencia de la norma formal. No son predicciones sobre cómo habrá de solucionarse un caso, sino criterios o pautas a seguir para la solución del caso y la decisión interpretativa sea válida.

Por otro lado, distingue entre reglas primarias (de obligación), en las cuales se regula el supuesto de hecho y las consecuencias, y las reglas secundarias que facilitan la aplicación de las primarias. De esta manera, se deriva una función de los tribunales, normada, regulada y prudente, sometida a reglas.<sup>95</sup>

#### b) *Teoría de los derechos*

En contraposición con la postura de Hart, Dworkin establece que se deben aceptar las normas primarias como son. No puede haber normas jurídicas *de pedigrí*, y el grado de discrecionalidad afecta el contenido democrático, porque se vulnera la separación de poderes y el principio de retroactividad. Plantea que lo que el juez hace es desprender, interpretar el Derecho, pero él no crea el Derecho; las normas existen antes de su interpretación. De ahí su reconocido *desideratum*: "hacer valer los derechos en serio".<sup>96</sup>

Además, en contraposición también con Hart, establece que las discusiones en el ámbito del Derecho no deben centrarse en cuestiones de orden

---

<sup>95</sup> Vid. CALVO GARCÍA, Manuel: *Los fundamentos del método jurídico*, op .cit., pp. 146-155.

<sup>96</sup> Vid. DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, trad.: Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.

lingüístico, sino en aspectos mayor profundidad. Llegó a plantear que en algunos casos, las decisiones jurídicas deben tomar en cuenta una visión particular de la moralidad política.<sup>97</sup> No obstante, al respecto nos parece atinada la crítica de Calvo García: “En un mundo plagado de ‘fundamentalismos’ e intolerancia la subordinación del Derecho a la moral, aunque sea una moral liberal o se produzca en el marco de una democracia, puede resultar una apuesta peligrosa”.<sup>98</sup>

### III.3.7. Teoría funcional del Derecho de Norberto Bobbio

Desde nuestro punto de vista, Norberto Bobbio logró construir una propuesta integral del positivismo jurídico, vinculando diversas perspectivas teóricas. Parte de un presupuesto básico: aunque el positivismo jurídico emanó como una alternativa científica, en el fondo contenía una exigencia política. Hace la distinción de dos aspectos: De qué se compone el Derecho, prescindiendo de todo elemento teleológico y el análisis del Derecho, donde lo esencial es determinar para qué sirve el Derecho.<sup>99</sup> De ahí deriva que Estado y Derecho son dos caras de una misma moneda.

Para Bobbio no es conveniente crear un “bloque monolítico” del positivismo, pues se deben distinguir en él tres perspectivas diferentes: como un método para el estudio del Derecho, como una teoría del Derecho y como una ideología del Derecho:<sup>100</sup>

El tratamiento del positivismo *como método de estudio*, parte de una premisa metodológica básica: al margen de las diversas posturas que se puedan plantear sobre la construcción del método, es unánimemente acepta-

---

<sup>97</sup> Vid. CALVO GARCÍA: *Los fundamentos, op., cit.*, p. 159.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 164

<sup>99</sup> Vid. BOBBIO, Norberto: “Hacia una teoría funcional del Derecho”, en: *Derecho, filosofía y lenguaje*, Buenos Aires, 1976, p. 9.

<sup>100</sup> Vid. BOBBIO, Norberto: *El positivismo jurídico*, trad.: Rafael de Asis y Andrea Greppi, Debate, Madrid, 1993, p. 237 y 238.

da la necesaria presencia de un orden normativo para otorgarle cientificidad al Derecho. La elaboración de los conceptos jurídicos se extraen fundamentalmente del propio ordenamiento jurídico, por medio de la deducción lógica de las normas, y<sup>101</sup> mediante la transformación del lenguaje del legislador en un discurso riguroso y sistematizado, se convierte en ciencia.<sup>102</sup>

En la concepción del positivismo como una teoría, también existen diversas corrientes teóricas, pero todas ellas se ubican dentro del mismo ámbito genérico: el positivismo. Así, las divergencias las vamos a encontrar, sobre todo, en las propuestas de interpretación e integración del estudio del Derecho. De ahí se pueden derivar alternativas como la teoría coactiva del Derecho, teoría legislativa del Derecho, teoría imperativa del Derecho, teoría de la coherencia del ordenamiento jurídico, teoría de la plenitud del ordenamiento jurídico, teoría de la interpretación lógica o mecanicista del Derecho, entre otras.

Bajo la perspectiva del positivismo como una ideología, nos vamos a encontrar con una diversidad de posturas, muchas de ellas extremas. Por ejemplo, la ideología derivada de la Ilustración, frente al autoritarismo. Un caso límite lo encontramos en el régimen del nacionalsocialismo: el juez debía decidir con arreglo al interés político del Estado. Distanciados del principio *nullum-crimen, nulla poena sine lege*, eran considerados delitos todos los actos contrarios al "sano sentimiento popular", aunque no estuvieran previstos por la ley.<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> Vid. *Ibid.*, p. 19

<sup>102</sup> Sobre los alcances de esta transformación, vid. SOTO GUERRERO, Salvador: "Norberto Bobbio y la ciencia del derecho como análisis del lenguaje", en: *Revista del Departamento de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Guanajuato*, vol. IX, n.º 67, julio-diciembre de 1999, pp. 223-250. Hace un valioso análisis del planteamiento de Bobbio en esta temática y elabora una traducción del artículo de Bobbio titulado: "El rigor en la ciencia jurídica".

<sup>103</sup> Vid. BOBBIO, Norberto: *El positivismo jurídico*, op. cit., pp. 238-240.

La propuesta de Bobbio consiste en orientar esos tres ámbitos en la construcción científica del Derecho, sin dejar de reconocer que, como característica fundamental de la ciencia, exista una diversidad de posturas. Ahora, por los que respecta a la última concepción (el positivismo como una ideología), asume que el Derecho posee siempre un valor y a partir de ese valor distingue entre dos formas de concebir al positivismo: En una versión positivista extrema, se trata de un valor final; y en su versión positivista moderada, se trata de un valor instrumental. Bobbio se inclina por esta última:<sup>104</sup> el Derecho tiene un carácter eminentemente funcional, no es un fin en sí mismo.

#### III.4. Recapitulación

De la evolución referida estamos en posibilidades de puntualizar algunos aspectos que nos van a servir para concretar la propuesta metodología a la que pretendemos llegar.

Del iusnaturalismo encontramos referentes filosóficos que dan soporte ideológico al Derecho, pero no fundamentan su cientificidad. En la Ilustración, encontramos un puente que nos conduce de una ideología filosófica-política a una construcción que otorga certeza al reconocimiento de los Derechos Fundamentales: el ordenamiento jurídico; es decir, el derecho establecido por el poder soberano. Ahora, el ordenamiento jurídico como postulado político y garante de los intereses de la persona, requiere de una delimitación conceptual a partir de la precisión de un objeto de estudio: la norma positiva.

La norma formalmente creada, elevada al rango de objeto de estudio del jurista proporciona una proyección trascendente en el desarrollo científico del Derecho. Por otro lado, el ordenamiento jurídico puede interpretarse desde diferentes perspectivas; desde las que limitan al intérprete a desen-

---

<sup>104</sup> *Vid. Ibid.*, p. 241.

trañar sólo la voluntad del legislador, hasta las que le conceden un margen de libertad en su análisis más allá de la intención del creador de la norma.

Indudablemente la norma jurídica no puede analizarse de manera aislada. Requiere su integración dentro de un sistema, y así se van creando instituciones jurídicas, cuyo análisis amerita un proceso intelectual de mayor rigor que la mera labor exegética. A su vez, a partir de la integración y sistematización de las instituciones jurídicas se pueden construir normas de mayor solidez y textura científica.

Esta construcción requiere de la existencia de la norma formalmente constituida, conformada con características diversas a otras normas no jurídicas. Sin embargo, en ese análisis, difícilmente el jurista puede desprenderse de las consideraciones axiológicas; del fondo ideológico de todo ordenamiento jurídico; de la separación entre el ámbito del ser y del deber ser. Por el contrario, precisamente, en la vinculación entre técnica y realidad; entre teoría, metodología e ideología, encontramos el sustento científico de nuestra disciplina. Todo ello se proyecta en la dogmática jurídica, a la cual nos referimos a continuación.

### III.5. Construcción de la dogmática jurídica

La evolución referida en este capítulo se proyecta en un método particular de estudio del Derecho que la doctrina ha venido construyendo: La dogmática jurídica. A través de ella, se puede lograr una fructífera vinculación entre el Derecho positivo y la ubicación de la norma dentro de un sistema más amplio que permita la construcción de instituciones jurídicas y la integración del Derecho. Asimismo, abre la posibilidad de introducir elementos ideológicos sin que con ello se vulnere su rigor científico.

La dogmática jurídica la podríamos definir como el análisis sistemático, ordenado, completo e integral de los textos legales. Dicho análisis permite desentrañar las instituciones jurídicas a fin de garantizar una aplicación uni-

---

ficada de la ley y en esa medida proporcionar seguridad jurídica a los destinatarios del Derecho positivo.<sup>105</sup>

### III.5.1. Su estructura

Nótese como la primera delimitación metodológica de la dogmática jurídica es la supeditación a la ley. Esta exigencia se debe a que toda idea jurídica necesita una formulación legal, la cual a su vez será más perfecta y eficaz en la medida que logre proyectar su análisis científico. A partir de esa exigencia, la dogmática jurídica se ha estructurado en tres etapas.<sup>106</sup>

#### a) *Etapa interpretativa*

Comprende la implementación de los recursos hermenéuticos que permitan desentrañar el sentido de la norma. Implica acudir a las diferentes opciones interpretativas que la teoría del Derecho nos ha legado: la interpretación gramatical, histórica, teleológica, auténtica, exegética, etc.

Interpretar un texto significa atribuir sentido o significado a un determinado fragmento del lenguaje. El vocablo interpretación denota a *grosso modo*, o bien la actividad de averiguar u otorgar el significado de algún documento o texto jurídico, o bien el resultado de esa actividad; es decir, el significado mismo.<sup>107</sup> En este sentido, podemos desprender dos tipos de interpretación. Una en *sentido estricto*: la atribución de significado a una formulación normativa, cuando estamos en presencia de dudas o contro-

---

<sup>105</sup> Vid. ROXIN, Claus: *Política criminal y estructura del delito*, (elementos del delito en base en la política criminal), trad.: Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, PPU, Barcelona, 1992. La define como la disciplina que se encarga de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas.

<sup>106</sup> Vid. ROMEO CASABONA, José María: *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, Centro de Estudios Criminológicos de la Universidad de Laguna, 1997, p. 11.

<sup>107</sup> Vid. GUASTINI, Riccardo: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad.: Marina Gascón y Miguel Carbonell, tercera edición, Porrúa, UNAM, México, 2002, pp. 2 y 3.

versias en torno a su campo de aplicación. Implica asumir una decisión sobre un texto oscuro en una situación dudosa. De otro lado, *la interpretación en sentido amplio*, referida a la atribución de significado a una formulación normativa, independientemente de que existan dudas o controversias.<sup>108</sup>

#### b) *Etapa sistemática*

Consiste en armonizar cada disposición con una estructura más amplia; con un sistema que comprende el fondo subyacente de la esencia regulada por la norma. Esta estructura la encontramos en el contenido de los postulados de la base constitucional de un sistema jurídico y en las instituciones jurídicas de ahí derivadas.

#### c) *Etapa crítica*

A partir de la interpretación y sistematización, al jurista también le corresponde asumir su propia postura; formular sus propias teorías. En suma, puede confirmar o sostener la sistemática analizada, o bien, proponer otras alternativas.<sup>109</sup>

### III.5.2. Valoración de sus alcances

Es necesario hacer algunas precisiones en torno al contenido, estructura y alcances de la dogmática para no caer en concepciones equívocas que pueden, a su vez, traducirse en distorsiones desafortunadas al momento de su aplicación.

---

<sup>108</sup> *Vid. Ibid.*, pp. 4 y 5.

<sup>109</sup> *Vid. GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: "La teoría del delito en el Código Penal para el Estado de Guanajuato. Un análisis dogmático"*, Tesis de grado de Maestro en Ciencias Jurídico-Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Guanajuato, 1998, pp. 7 y ss.

a) *Aplicación en torno a la validez del propio método*

El método dogmático resulta adecuado para la ciencia jurídica donde no partimos de premisas susceptibles de validarse o refutarse, como sucede en las ciencias exactas. Tradicionalmente se pensaba que únicamente constituye objeto de estudio científico lo que puede definirse como verdadero o falso, a través de la verificación. Pero suponiendo que así lo fuera, no siempre la verificación debe ser experimental; en el ámbito de las ciencias sociales se puede llegar a verificar mediante la observación sin que ello le reste valor científico. Incluso, en otras ciencias diversas a las sociales, cuyo carácter científico es incuestionable, también así sucede.<sup>110</sup> Aunque en un tiempo se llegó a plantear que ello no era posible, aportaciones contemporáneas han puesto de relieve lo contrario. Por ejemplo, Popper cuestiona los dogmas del positivismo a ultranza, traducidos en que todos los enunciados de la ciencia empírica deben ser susceptibles de formular una decisión definitiva con respecto a su verdad; es decir que deben ser verificables. En contrapartida, sostiene que el criterio de demarcación no es la verificabilidad sino la falseabilidad de los planteamientos; es decir, que sea posible refutarlos. Pero de ahí se deriva, a su vez, otra delimitación: no es necesario que esa refutación sea directa, se pueden llegar a deducir.<sup>111</sup> Por su parte, Piaget,<sup>112</sup> establece que un problema se convierte en científico, cuando se consigue delimitarlo de manera lo suficientemente precisa como para que con sus métodos de es-

---

<sup>110</sup> Vid. NINO, Carlos Santiago: *Introducción al análisis del Derecho*, segunda edición, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 319. También, LAMARCA PÉREZ, Carmen: "Posibilidades y límites de la dogmática jurídico penal", en: *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 33, Madrid, 1987, p. 530.

<sup>111</sup> Vid. POPPER, Karl: *El desarrollo del conocimiento científico*, Paidós, Madrid, 1967, pp. 192 y ss. para mayor referencia, del mismo autor, vid. *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, 1973. También, "La lógica de las ciencias sociales", en: Adorno y otros. *La disputa del positivismo en la sociología alemana*, Grijalbo, Barcelona, 1973.

<sup>112</sup> Citado por SIERRA BRAVO, Restituto: *Ciencias sociales. Epistemología, lógica y metodología*, Paraninfo, Madrid, 1984, p. 46. En esta obra (pp. 94 y ss.) se encuentra un análisis detallado del tema abordado. (Problemas y validez del conocimiento científico en las ciencias sociales.)

tudio se pueda llegar a un acuerdo respecto a su solución; pero no por simples opciones o creencias, sino por investigaciones técnicas precisas.

*b) Aclaración en torno a los alcances del término “dogmática”*

Es importante hacer una precisión en torno al alcance conceptual de la dogmática para no caer en distorsiones terminológicas y evitar darle un sentido totalmente opuesto a su esencia. Hacemos énfasis en ello por porque el término nos puede dar, en principio, la idea de asumir algo como irrefutable; que no admite cuestionamiento alguno. Así puede entenderse si nos basamos en una terminología peyorativa o vulgar; si identificamos a la dogmática con la intransigencia, terquedad, cerrazón y un buen número de términos análogos. No obstante, en el ámbito de la ciencia jurídica, la calificación de dogmática desde luego no se refiere al modo de aceptar la verdad de enunciados, de manera cegada, sin posibilidad alguna de establecer valoraciones.<sup>113</sup> No es así. La calificación de dogmática se refiere a la necesidad de adoptar como objeto de estudio a la norma jurídica, la cual no puede cambiar el jurista; tiene que asumirla tal cual para su estudio, sin que ello necesariamente implique su aceptación técnica o valorativa. Si el jurista tuviera que aceptar el contenido de la norma, el Derecho vería limitada su proyección científica porque se impediría su desarrollo. Sin embargo, el jurista requiere de un punto de partida viable para elaborar su análisis y proyectar su pensamiento. Incluso, ese requerimiento es necesario –como lo referimos al momento de abordar las bondades del positivismo jurídico– también desde una perspectiva garantista, pues como bien plantea Recaséns Siches: “Sin una mínima certeza y seguridad jurídica no podrá reinar la justicia en la vida social. No puede haber justicia donde no haya un orden. No es posible llevar a la realización en términos generales los altos valores jurídicos de la dignidad personal y de la libertad del individuo en una sociedad en anarquía”.<sup>114</sup>

<sup>113</sup> Vid. NINO, Carlos Santiago: *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, 1974, pp. 18-19.

<sup>114</sup> Vid. RECASÉNS SICHES, Luis: *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, tercera edición, Porrúa, México, 1980, p. 307.

A partir de la norma vigente el dogmático interpreta, sistematiza y puede llegar a elaborar críticas a la norma estudiada. Es decir, el jurista no puede hacer caso omiso de la ley cuando la juzgue disvaliosa, pero tampoco puede renunciar a la importante función de construir un sistema de soluciones coherentes con postulados valorativos específicos. Incluso, la aceptación dogmática del orden positivo por parte de los juristas, no implica que todos los teóricos del Derecho tengan la misma ideología y que ella sea coincidente con la que se manifiesta en el Derecho vigente.<sup>115</sup>

Con la dogmática se trata de apreciar, primeramente, qué problemas presenta la aplicación de una disposición jurídica. Una vez que se conoce el problema, el siguiente paso consiste en establecer teorías para construir posibles soluciones. Las teorías se formulan de manera abstracta a fin de dar soluciones a casos semejantes. Ahora, toda teoría requiere de una fundamentación y de esa manera cobra importancia la argumentación. Así, quienes queden convencidos con el planteamiento de esa primera teoría, a ella se adhiere. Quien no esté convencido, reducirá el ámbito de aplicación de dicha teoría –por considerar que ha agrupado supuestos que no responden a las mismas características– o podrá ampliar su alcance, dando entrada a nuevos casos que piensa deberían recibir el mismo tratamiento que los primeramente agrupados. O bien, podrá establecer otra teoría, a partir de la cual se buscará dar una nueva solución a un grupo de casos dudosos.

Cuando se establecen varias teorías, se propicia que alguna de ellas pueda llegar a convertirse en corriente dominante. Con ello se posibilita la definición en torno al tratamiento que debe recibir un grupo de casos, lo cual influye positivamente en cuanto se garantiza la seguridad jurídica. Como bien lo ha precisado Gimbernat, en un momento dado es mejor una seguridad jurídica basada en una opinión errónea que la inseguridad jurídica, pues ahí ni siquiera sabemos a qué atenernos y, por ende, es más difícil argumentar dónde se encuentra un posible error y de esa manera poder refutar.<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> Vid. NINO, Carlos Santiago: *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, op. cit., p. 33.

<sup>116</sup> Vid. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: "¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?", en: *Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del derecho (homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa)*, Pannedille, Buenos Aires, 1970, pp. 519 y 520.

## Referencia a la dogmática jurídica penal

### I. PLANTEAMIENTO

En este apartado nos referiremos a la proyección de la ciencia jurídica en el ámbito jurídico-penal. Desde luego, no hay una separación con todo lo planteado en el capítulo anterior sino características específicas de esta disciplina. Resulta oportuno identificar una peculiaridad que nos servirá como presupuesto: Se trata de la rama del Derecho en la cual se tutelan los intereses más valiosos del ser humano y donde el Estado emplea sus recursos más rigurosos: Las penas y medidas de seguridad.

En aras del contenido sintético que pretendemos darle al presente trabajo, adoptaremos como punto de referencia al Derecho punitivo de la Edad Media. Con ello queremos hacer notar la tendencia de esa época de asumir un Derecho penal irracional y carente de sustento técnico. Estas características se traducen en una consecuencia de suma relevancia: el poder ilimitado del Estado para de terminar qué punir y con qué intensidad.

Es hasta el siglo XVIII cuando podríamos ubicar el inicio de un Derecho penal racional, pensante.<sup>1</sup> En primer término encontramos la influencia de la Revolución Industrial. El asenso de la clase social industrial conllevaba la necesidad de limitar el poder de la nobleza para controlarla y después desplazarla. Fue así como la configuración del contrato social influyó en el Derecho penal, al tener la potestad punitiva un depositario: el Estado. No obstante, el siguiente gran camino por recorrer fue –y ha sido– limitar el poder punitivo estatal. Es ahí donde haremos especial referencia.

## II. LEGADO DEL PERÍODO CLÁSICO: EL SUSTENTO HUMANITARIO DEL DERECHO PENAL

Una etapa importante en el desarrollo del pensamiento penal se encuentra en la Escuela Clásica. Esta corriente generalmente se ubica en el período que comprende de los penalistas de la Ilustración a la aparición del positivismo criminológico.<sup>2</sup> A continuación haremos una breve referencia de las principales manifestaciones que se ubican en este período.

### a) *Influencia alemana*

Dentro del pensamiento clásico alemán, Johann Paul Anselm Ritter von Feuerbach (1775-1883), constituye uno de los principales impulsores de las ideas liberales en el Derecho penal. Planteaba que cualquiera que sea la posición externa en que un ser humano se encuentre, sigue siendo libre, porque el hombre aun y cuando tenga calidad de esclavo no por eso pierde su condición de ser humano. Estableció las condiciones bajo las cuales el Estado puede intervenir en la esfera del ser humano y una limitación importante que precisó, fue separar al Derecho penal de todo contenido moral.

---

<sup>1</sup> Así, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro: *Derecho penal, parte general*, Porrúa, México, 2001, pp. 256 y ss.

<sup>2</sup> Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; y SERRANO PIEDECASAS, José Ramón: *Leciones de Derecho penal, parte general*, Praxis, Barcelona, 1996, p. 65.

Para Feuerbach, cuando el hombre ingresa a la sociedad civil ya no es simplemente hombre sino ciudadano, con sus derechos y obligaciones. Así, la sociedad se organiza como Estado, donde deben imperar las garantías que sustentan los fines del ciudadano. Y para que se pueda hablar de Estado y de Derecho, se requieren tres contratos. El *contrato de ciudadanía*, a través del cual, por medio de la razón se unen las fuerzas de todos para salvaguardar la libertad recíproca. El *contrato de sumisión*, mediante el cual la persona autónoma se somete a la voluntad general. Y por último, la *constitución*, mediante la cual la sociedad civil se convierte en Estado; en una sociedad civil organizada. A su vez, la sociedad civil organizada debe incorporar ciertos principios bajo los cuales se limitará la actuación del poder punitivo del Estado.

La influencia de Feuerbach no fue sólo en el ámbito ideológico, también tuvo injerencia en el análisis técnico de las instituciones jurídicas. Por ejemplo, en la construcción sistemática de la tentativa, establece que no puede haber tal si no se da una manifestación externa real de peligro al bien jurídico, porque en un Estado liberal, la intención jurídica por sí sola no confiere a ninguna acción el rango de antijurídica.<sup>3</sup>

#### b) *Influencia italiana*

Cesare Bonessana, Marqués de Beccaria (1728-1794), es el principal representante del Derecho penal liberal italiano. Su obra: *De los delitos y de las penas* (1764), contiene un discurso ideológico de gran trascendencia, influenciado por el pensamiento de Montesquieu y Voltaire, aunque no constituye propiamente un análisis jurídico. Su principal aportación fue enfatizar la necesidad de regular al delito y a las penas, en un marco de legalidad, mediante un esquema respetuoso de la libertad y dignidad del ser humano. Bajo esa directriz llegó a establecer posturas de relieve, como por ejem-

---

<sup>3</sup> Vid. REY SANFIZ, Luis Carlos: *La tentativa jurídico-penal. (Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo)*, Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa", Dykinson, Madrid, 2001, pp. 22 y 23.

plo, abolir la pena de muerte. Ante la barbarie imperante en su tiempo se preguntaba:<sup>4</sup>

¿Pero cuál es el origen de las penas, y sobre qué está fundado el derecho a castigar? ¿Cuáles pueden ser los castigos que convengan a los diferentes crímenes? ¿Es la pena de muerte, verdaderamente útil, necesaria e indispensable para la seguridad, y el buen orden de la sociedad? ¿Son justos los tormentos y las torturas? ¿Conducen al objeto que las leyes se proponen? ¿Cuáles son los mejores medios de impedir los delitos? ¿Son las mismas penas igualmente útiles en todos los tiempos? ¿Cuál es la influencia sobre las costumbres?

(...) el fin de las penas no es atormentar y afligir un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido. ¿Se podrá en un cuerpo político, que bien lejos de obrar con pasión, es el tranquilo moderador de las pasiones particulares; se podrá, repito, abrigar esta crueldad inútil, instrumento del furor y del fanatismo o de los flacos tiranos? ¿Los alaridos de un infeliz revocan acaso del tiempo, que no vuelve las acciones ya consumadas? El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer los demás de la comisión de otros iguales. Luego, deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres y la menos dolorosa al cuerpo del reo.

Aunque Beccaria no era jurista, su ideología influyó en el pensamiento penal de la época y propició reformas legales.

Romagnosi (1761-1835), representa también un divulgador trascendente del Derecho penal de corte liberal, sobre todo con su obra: *Génesis del Derecho penal*, en la cual establece las bases de su teoría de la defensa social.

Por otro lado, Francesco Carrara (1805-1888), representa la culminación de la Escuela Clásica en Italia. Sus aportaciones constituyen la continuación de la ideología de Carmigniani (1768-1847), en cuanto a la necesidad de construir un sistema penal derivado de la razón; como un puente entre los principios liberales y el sistema jurídico. Sin desprenderse del sustento filosó-

---

<sup>4</sup> BECCARIA (Cesar Bonesano): *Tratado de los delitos y de las penas*, sexta edición facsimilar, (Imprenta de Albán: Madrid, 1822), Porrúa, México, 1995, pp. 5 y 45.

fico, puso de relieve las limitaciones del iusnaturalismo. Así, planteó que el derecho a punir es legítimo en la sociedad porque la ley natural atribuyó derechos al hombre y quiso que se les respeten, y ello no podría conseguirse de otra manera que armando a la sociedad de la fuerza de la coacción y de la sanción que le faltan a la ley moral.<sup>5</sup> No obstante, también trató de limitar la rigidez del positivismo jurídico imperante en su tiempo. En este sentido, estableció que la ley positiva de un Estado no está en la corteza de las palabras con las cuales fue expresada, sino en el concepto y el espíritu que les dio vida.<sup>6</sup> Bajo esa línea de pensamiento se concretó a realizar estudios de carácter técnico-jurídico.

Es importante resaltar la influencia de la inexistencia de una legislación penal única en Italia, circunstancia que prevaleció hasta finales del siglo XIX. El debate se centraba en la discusión de las bases para la elaboración de un futuro código penal, y en ello fueron importantes las aportaciones de Carrara, con base en el método racionalista, abstracto y deductivo que prevalecía en esa época.<sup>7</sup> Fue un impulsor del desarrollo de la ciencia del Derecho que se caracterizó por su apertura a la discusión de las ideas. Estableció:<sup>8</sup>

La sabiduría humana ha nacido en pequeños destellos de las sucesivas elaboraciones de las mónadas que, en el largo período de la vida de la humanidad, consagraron sus inteligencias a la búsqueda de la verdad; pero nunca fue ni puede ser concedido a un hombre, llámese doctor, príncipe o emperador, el concentrar en su cerebro, como un solo haz, todos aquellos destellos. Arrogarse la autocracia de encadenar a la ciencia jurídica y de constituirse en el único enseñador de ella, es el más insensato entre todos los delirios de la soberbia humana.

---

<sup>5</sup> Vid. CARRARA, Francesco: *Derecho penal*, traducción y compilación: Enrique Figueroa Alfonso, Harla, México, 1993, p. 39.

<sup>6</sup> Vid. *Ibid.*, p. 27.

<sup>7</sup> Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, et. al.: *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., p. 65.

<sup>8</sup> CARRARA, Francesco: *Derecho penal*, op. cit., p. 29.

### c) *Influencia española*

A Manuel de Lardizábal y Uribe (1739-1820), se le identifica como el primer penalista de América Latina. Nació en México pero sus aportaciones las realizó en España, específicamente en la Universidad de Valladolid, por ello lo ubicamos en este rubro. En su obra *Discurso sobre las penas* (1820), refleja una ideología cercana a la de Beccaria, pero además hace consideraciones de carácter técnico. Por ejemplo, establece que para fundamentar la existencia de la pena debe haberse producido un daño o perjuicio y que éste se haya cometido de manera voluntaria, con malicia o por culpa. Tampoco puede imponerse a los actos puramente internos, ni a las acciones externas que son positivamente buenas, verdaderamente indiferentes o si se realizaron sin deliberación alguna.<sup>9</sup> Enfatizó que la pena para ser útil debe ser necesaria. De lo contrario, los derechos sagrados de la justicia se convertirían en una detestable y cruel tiranía. Sostuvo también que las penas deben ser lo menos rigurosas posible; se deben imponer atendiendo a las circunstancias bajo las cuales se cometió el hecho criminal, y en cuanto excedan de esa parte dejarán de ser necesarias.<sup>10</sup>

### III. PROYECCIÓN DEL POSITIVISMO EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO-PENAL

Como lo señalamos en el apartado anterior, en la segunda mitad del siglo XIX se ve en la ciencia el remedio de todos los males del ser humano y se discute si el Derecho posee las características de una disciplina científica. Una de las principales razones por las que sostenían la renuencia al reconocimiento de tal carácter era la falta de objeto estable de estudio, al tenor

---

<sup>9</sup> Vid. LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel: *Discurso sobre las penas*, primera edición facsimilar (primera edición: Madrid, 1782), prólogo de Javier Piña y Palacios, Porrúa, México, 1982, p. 21.

<sup>10</sup> Vid. *Ibid.*, p. 60.

de la representativa crítica de von Kirchmann: “Tres palabras rectificadoras del legislador echan abajo bibliotecas enteras”.<sup>11</sup>

Desde luego esta situación no es exclusiva del ámbito jurídico-penal; como ya lo precisamos atañe a toda la ciencia jurídica. No obstante, trataremos de centrar su injerencia en el contexto jurídico-penal. En ese ámbito, el positivismo influyó en dos líneas del pensamiento; a ellas nos referiremos a continuación.

### III.1. Positivismos criminológico

La influencia del pensamiento liberal tuvo un declive a mediados del siglo XIX. El desarrollo industrial propició beneficios para las personas pero también incrementó el cúmulo de necesidades. El consumo y la diversidad de manifestaciones culturales provocó una redimensión valorativa en las sociedades, lo cual se tradujo en mayores situaciones de tensión y de conflicto. Entre otras circunstancias, estos factores produjeron un aumento de la criminalidad y con ello una intensa reacción de la sociedad. En consecuencia, la lucha contra el delincuente comenzó a proliferar por encima de los postulados liberales.

En este contexto emanó el positivismo criminológico italiano representado, principalmente, por Lombroso (1835-1909), Ferri (1859-1929) y Garófalo (1851-1934). La característica común de esta corriente era la utilización del método experimental, con la pretensión de así alcanzar el rigor del método científico. La implementación de este método implicaba una variación en el objeto de estudio: ahora, lo importante era la búsqueda de la determinación de las causas naturales o sociales que originó el delito y con esa base hacer una valoración de la personalidad del delincuente.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> KIRCHMANN, Julius Hermann von: *La jurisprudencia no es ciencia*, trad.: Antonio Truyol Sierra, Centro de Estudios Constitucionales, segunda edición, Madrid, 1961, p. 2.

<sup>12</sup> Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, et. al.: *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., p. 69.

Con la implementación de esta metodología se llegaron a derivar conclusiones alejadas del legado de la Escuela Clásica. Por ejemplo, Lombroso negó el libre albedrío de la persona y en contrapartida admitió la existencia de un delincuente nato. Para Ferri, el delincuente es responsable de sus actos porque vive en sociedad y el Estado debe actuar con la suficiente fuerza que amerite la lucha contra la criminalidad. Además, se orientó el sistema estatal en la personalidad del autor del hecho delictivo y no sobre la base de su acto. De esta manera se llegaron a proponer medidas extremas, como la inocuación a través de la pena capital o las largas privaciones de libertad a *delinquentes incorregibles*. Garófalo, con su *darwinismo criminológico*, estableció que el delito es la afectación a los sentimientos de piedad y probidad de un pueblo. Con base en ello planteó la necesidad de excluir de su seno a quienes representen un peligro a la afectación de dichos sentimientos.

Una postura menos radical la encontramos en la *Tersa Scuola*, representada principalmente por Sabatini y Alimena. Esta corriente sustentaba su estudio en la antropología criminal, otorgándole ciertos derechos al delincuente. Sin embargo, al final de cuentas preponderaba el énfasis hacia el estudio del hombre delincuente.

Recapitulando, podríamos obtener como aportación importante del positivismo criminológico, la necesidad de implementar medidas estatales para abordar la problemática de la criminalidad. Sin embargo, ante su afán de delimitar su objeto de estudio hacia la personalidad del delincuente, lo que supuestamente se ganó en *status* científico y en la aparente disminución de la criminalidad, se perdió en el respeto a los derechos fundamentales. Como bien precisa Berdugo: “Políticamente la vía que abre el positivismo criminológico es peligrosa en cuanto que su idea organicista de la sociedad valorando al hombre sólo en cuanto miembro de ella, coincide con la base de los posteriores planteamientos totalitarios”.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Vid. *Ibid.*, p. 70.

### III.2. Positivismismo jurídico

El positivismo jurídico-penal tiene su origen en la doctrina alemana. En ello influyó la promulgación del primer Código Penal Alemán en 1871, aplicable a todos los Estados alemanes. También se efectuó una modificación en el método, pero en este caso, se determinó que el objeto de estudio sería el Derecho positivo. Con ello se puso de relieve el principio de legalidad, como postulado básico del Estado liberal y también se logró el rango de científicidad que debe prevalecer en el Derecho penal, al analizar el texto de la ley no sólo a partir de la interpretación exegética, sino a la luz de las aportaciones de autores como Savigny y Ihering. Así se dio la proyección de la dogmática jurídica en el ámbito del Derecho penal.

## IV. EL MODELO METODOLÓGICO INTEGRAL DEL DERECHO PENAL

La dogmática jurídica aplicada al Derecho penal tiene como objeto de estudio el delito y sus consecuencias jurídicas, y encuentra su mayor proyección en lo que identificamos como teoría del delito. Ahora, la complejidad del fenómeno delictivo no sólo debe limitarse a su estudio técnico-jurídico, desde su estricta configuración normativa, también es necesario darle un rumbo a ese tratamiento jurídico. De ahí la importancia de la política criminal. Por otro lado, el delito, como fenómeno individual o social, requiere del análisis criminológico.

Desde esta perspectiva multidisciplinar, el Derecho penal, la criminología y la política criminal permanecen en una constante evolución, abordando el problema delictivo desde su enfoque a través de su particular método de estudio. En este apartado haremos un breve análisis de la esencia y proyección de cada una de esas disciplinas y destacaremos su punto de encuentro. Desde luego, en esa integración no perdemos de vista nuestro principal enfoque: el Derecho penal y particularmente, la teoría del delito.

---

#### IV.1. La teoría del delito como objeto de estudio de la dogmática jurídica penal

La materia, objeto y sustancia del Derecho penal es el delito. Las leyes penales giran en torno a él. Aunque el Derecho penal se pueda singularizar por la peculiaridad de sus consecuencias jurídicas (penas y medidas de seguridad), éstas son aplicables a un suceso concreto: el delito, por lo que su análisis amerita especial atención. En este apartado nos enfocaremos en su estudio desde una perspectiva jurídico-penal; es decir, nos referiremos al estudio dogmático del delito. En el estudio jurídico del delito se dio una evolución: de la formulación de conceptos unitarios a estratificados:

- e) La construcción del *concepto unitario del delito*, implica asumirlo desde una perspectiva totalizadora, como una *infracción punible*. No puede ser objeto de fragmentación alguna, sino asumirlo como algo “digno de represión” o “merecedor de pena”. Su conceptualización se agota en lo formal. Esta postura emana de una corriente identificada como *Escuela de Kiel*. Los seguidores de esta corriente pretendieron negar la dogmática misma, sustituyéndola por un criterio político que estableciera consideraciones según el caso concreto que se fuera presentando.<sup>14</sup>
- f) El *concepto estratificado del delito*, se edifica a partir de varios estratos, niveles o planos de análisis. Conviene aclarar que lo estratificado no es el delito como fenómeno ontológico, sino el concepto que de él se obtiene por medio de su análisis.<sup>15</sup> Este estudio se ela-

<sup>14</sup> Vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Manual de Derecho penal, parte general*, Cárdenas editor, México, 1994, p. 336.

<sup>15</sup> Cfr. *Ibid.*, pp. 36 y 37. Pone un ejemplo para clarificar este concepto: cuando referimos que la cebra es un caballo con rayas, se está dando un concepto estratificado. Pero lo estratificado es el concepto de cebra, más no la cebra misma. Es decir, que la cebra no se compone de un animal, un caballo y unas franjas; esos no son elementos de la cebra, sino de su concepto elaborado analíticamente. La cebra es toda una unidad. Los planos no se encuentran en la cebra, sino en su análisis del cual obtenemos su concepto. Así, aclara que lo mismo pasa con el delito, bajo un concepto analítico se van anunciando sus

bora a partir del método dogmático, mediante el cual se establece un marco conceptual y así se construye la *teoría del delito*.<sup>16</sup>

De esta forma, la teoría del delito reúne en un sistema los elementos que a partir del Derecho positivo son aplicables a todos o a ciertos grupos de delitos. Tiene un objetivo teórico: la búsqueda de los principios fundamentales del Derecho penal positivo y su articulación o congruencia con un sistema. Pero ello no implica que la doctrina esté imposibilitada para elaborar una teoría del delito con cierto margen de libertad. Por el contrario, precisamente a través de la dogmática jurídica se facilita el análisis crítico y la evolución teórica.

Es tarea de la teoría general del delito, ordenar los conceptos legales y abstractos, para ponerlos en conexión. No debe limitarse a exponer sus principios uno junto el otro, sino integrar un conjunto de conocimientos en un todo ordenado, con una conexión interna y en concordancia con un sistema.<sup>17</sup> Ahora, podríamos preguntarnos, ¿por qué la teoría del delito debe tener una congruencia con un sistema? Esto es importante precisar porque le dará sustento a la finalidad del presente capítulo: Cuando se elabora un análisis dogmático, se hace atendiendo a un orden jurídico global, porque las normas penales no se encuentran aisladas de un contexto jurídico general, sino en completa armonía. Se tiene como primer sustento, un orden constitucional bajo el cual la teoría del delito debe construirse a través de ciertos criterios y bases a seguir. A la forma de integrar esos criterios o bases se le identifica como sistemática. De esta manera, podríamos definir a la teoría del delito como la construcción dogmática elaborada de manera

---

caracteres, formando planos diversos, niveles o estratos conceptuales, pero el delito sigue siendo una unidad y no una suma de sus componentes.

<sup>16</sup> Vid. ROXIN, Claus: *Política criminal y estructura del delito*, (elementos del delito en base en la política criminal), trad.: Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormozábal Malarée, PPU, Barcelona, 1992. Por ello, aclara que la dogmática penal tiene injerencia en un ámbito fundamental: la teoría del hecho punible (teoría del delito).

<sup>17</sup> Vid. *Ibid.*, p. 36.

ordenada y sistemática a partir de determinados elementos para explicar qué es el delito en general, delimitando sus características o elementos.

Recapitulando, la teoría del delito es un método de análisis de distintos niveles. Se estructura a partir de un sistema de conceptos. Además, proporciona una función garantista en relación con el modelo estatal. Esto es, los Estados –en sus Constituciones, esencialmente– establecen un punto de partida para determinar la función y límites de la pena, y éstos a su vez deben servir como base para la formulación de la teoría del delito. De esa manera, Estado, pena y delito, permanecen en una relación de concordancia y dependencia.

La teoría del delito constituye la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser objeto de una pena y responde a la pregunta de cuáles son los elementos que deben concurrir como mínimos y con carácter general para que un hecho sea punible. En esa relación (delito, pena y Estado), también es importante establecer que cada disposición contenida en la teoría del delito no sólo tiene un contenido formal-legislativo, sino también lleva intrínseco un contenido valorativo y político. Al dogmático le corresponde interpretar todo ese contenido y verificar si se mantiene una congruencia con el modelo constitucional. Concretamente, la teoría del delito, como método científico de análisis sistemático, tiene en esencia las siguientes repercusiones: En la esfera práctica, para la resolución de los casos<sup>18</sup> y en el terreno garantista, en la medida que ofrece al destinatario de la norma los alcances y limitaciones al *ius puniendi* frente a su acto.

---

<sup>18</sup> Vid. SAINZ CANTERO, José A.: *Lecciones de derecho penal, parte general*, segunda edición, Bosch, Barcelona, 1989, p. 65. Establece que la separación palpable entre el dogmático y el práctico, es reprochable a ambos. Al científico, por haber olvidado que hay una práctica; que debe haber un contacto directo con la realidad. Y el práctico, porque ha adoptado una postura de desprecio o indiferencia por los estudios dogmáticos. Pero que también le es achacable responsabilidad al legislador, cuando elabora la ley sin realismo y utilidad. NOVOA MONREAL, Eduardo: *La evolución del Derecho penal en el presente siglo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1977, p. 45. En relación con los dogmáticos que se abstraen de la realidad, afirma: "son verdaderos gimnastas intelectuales que ejercen en el vacío, los cuales se caracterizan por sumergirse en una progresista complicación de sus elaboraciones abstractas, en la agudización de discusiones tan

## IV.2. La política criminal como orientación y sustento de la dogmática jurídica penal

Toda construcción dogmática debe tener consistencia sistemática, una vinculación con la práctica, un apego con el modelo estatal y un acercamiento con la realidad. La dogmática jurídica penal debe tener un rumbo y así se vincula con el terreno de lo político, de tal suerte que la teoría del delito se convierte en la instrumentación técnica de una política.<sup>19</sup>

Esto es así porque en términos generales Derecho y Política, Política y Derecho, son dos ámbitos en eterna asociación.<sup>20</sup> El Derecho es decisión política objetivada;<sup>21</sup> en la política encuentra sustento y viabilidad. Y en el Derecho la política encuentra rumbo y ritmo. Si la política es la ciencia del poder y el Derecho la ciencia del orden, no es concebible su separación, porque el poder sin el orden cae en la destrucción y el orden sin el poder puede resultar ineficaz.<sup>22</sup>

Bajo esta perspectiva, si en el Derecho se encuentra intrínseca una política, otra cuestión será averiguar si ésta atiende a un esquema determinado: al

---

inútiles como extravagantes y en una ciega y gradual desconexión con la realidad, con deplorables consecuencias por los que se refiere a alcanzar el verdadero y único fin del derecho penal”.

Vid. BALDÓ LAVILLA, Francisco: “Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito”, en: *Política criminal y nuevo Derecho penal* (libro Homenaje a Claus Roxin), Bosch, Barcelona, 1997, p. 358. Al abordar el tema del sentido práctico de la teoría del delito, se basa en Larenz, al definir que el derecho es desarrollado por el legislador, por los tribunales y por la ciencia del derecho.

<sup>19</sup> Vid. ARROYO ZAPATERO, Luis: “Fundamentos y función del sistema penal: el programa penal de la constitución”, en: *Revista Jurídica de Castilla la Mancha*, n° 1, 1989, p. 101. Establece que el sentido del sistema penal no puede derivarse solamente de la función que cumple, sino también de la función que debe cumplir conforme a las indicadas decisiones políticas fundamentales.

<sup>20</sup> En similares términos lo plantea GONZÁLEZ DE LA VEGA, René: *Política criminológica mexicana*, Porrúa, México, 1993, p. 75.

<sup>21</sup> Vid. LÓPEZ GARRIDO, Diego: *Terrorismo, política y derecho*, Alianza Editorial, Madrid, 1987, p. 1. Plantea que “no hay nada tan político como el Derecho, aunque nace con la vana pretensión de despolitizar la materia que toca”.

<sup>22</sup> Vid. GONZÁLEZ DE LA VEGA, René: *Política criminológica mexicana*, op. cit., p. 75.

social y democrático, por referirnos al que nos interesa. En este sentido, aprobar o descalificar una norma o institución jurídica, implica asumir una posición política. De esta manera, las disposiciones del Derecho penal, y por ende, de la teoría del delito, adquieren una relevancia de primer orden pues al dogmático le corresponde justificar los contenidos de aquéllas en un contexto político, o bien, establecer la crítica respectiva.

#### IV.2.1. Su ubicación en el contexto de la política general estatal

La política criminal debe ubicarse, en primer término, dentro del contexto general de la política. Bajo este presupuesto, primeramente encontramos la idea de alcanzar un fin, independientemente de cuál sea éste. Y es en el poder, donde se involucra una interacción entre quien conduce, a través de ciertos medios, para alcanzar un fin o fines determinados y los destinatarios de esos medios.<sup>23</sup> Ahora, ubicándonos en el poder del Estado, éste cuenta con un sistema de sanciones organizadas más desarrollado que ninguna otra comunidad. Además, su mecanismo de aplicación también está más perfeccionado y por ende, la fuerza material es mayor.<sup>24</sup> En este orden de ideas, plantea Heller que aun y cuando el fin de la política sea la búsqueda del orden, se debe propiciar también la máxima exclusión de la coacción física, pues los hombres no pueden vivir en una guerra duradera de todos contra todos, sino que requieren para su autoconservación de un orden fáctico que proporcione seguridad jurídica.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Plantea Duverger [referido por CRUZ REVUELTAS, Juan Cristóbal: *Qué es la política* (antología de los mejores textos modernos), Cruz O, México, 1994, p. 10], apoyándose en Duguit, que en la base del fenómeno del poder, se encuentran por un lado los que dan órdenes, los que mandan, los que dirigen; y por el otro, los que obedecen, los que siguen, los que sufren.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>25</sup> Vid. HELLER, Herman: *El sentido de la política y otros ensayos*, Pre-Textos, Valencia, 1996, pp. 57 y 58. En esta dialéctica de poder, sanción y orden, desgraciadamente no podemos desvincular la violencia. Dice Foucault [citado por Gilberto JIMÉNEZ: *Poder, estado y discurso (perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico)*, UNAM, 1989, p. 34]: "El sentido común suele contraponer el poder y la violencia al derecho. La

#### IV.2.2. Delimitación conceptual

Para poder alcanzar sus propósitos, la política criminal debe asumir criterios o principios dentro de determinados límites y permanecer acorde con el contexto de la política general estatal. Toda Constitución consagra un modelo de Estado y lleva intrínseca una ideología determinada. Dentro de esa ideología se construyen las bases para la orientación política general y consecuentemente, para el establecimiento del rumbo político criminal.<sup>26</sup>

Los antecedentes de la política criminal se encuentran en la preocupación por encontrar medios para luchar contra la criminalidad. Adquirió importancia en las postrimerías del siglo XVIII y a inicios del siglo XIX, bajo la influencia de Franz von Liszt, quien pretendió dotarla de independencia del Derecho penal. Tomó auge en la primera mitad del siglo XX y a partir de entonces ha adquirido un interés preponderante. En cuanto al término *política criminal*, se le atribuye a Feuerbach (1801).<sup>27</sup> La definió como el conjunto de métodos represivos con los que el estado reacciona contra el crimen.<sup>28</sup> La esencia de esta definición ha permanecido aún en los autores contemporáneos. A grandes rasgos se le suele identificar como el conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenó-

---

tarea propia del derecho sería desplazar la violencia sustituyéndola por el reinado de la equidad y de la Ley. Y en caso de no poderse excluir la violencia, el derecho tendría por misión dulcificar y humanizar su ejercicio (...) Esta visión del derecho es completamente ideológica (...) lejos de constituir una alternativa diferente al poder, el derecho se define esencialmente como un modo de codificación del poder y, por tanto, como uno de los dispositivos o instrumentos (...) por lo que toca a la violencia, el derecho, lejos de excluirla, la presupone por lo menos como *última ratio*.”

<sup>26</sup> Vid. SAINZ CANTERO, José A.: *Lecciones de derecho penal*, op. cit., pp. 91 y 92.

<sup>27</sup> Vid. *Ibid.*, p. 91. Precisa que después de Feuerbach, la expresaron en el siglo XIX, Henke, Richter, Mittermaier y Holtzendorf. Sobre el origen de la terminología, se discutió ampliamente en el Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en París en 1900.

<sup>28</sup> Citado por: TOCORA L., Fernando: *Política criminal en América Latina, seguridad nacional y narcotráfico*, Cárdenas editor, México, 1995, p. 177.

meno criminal;<sup>29</sup> como la manera en la que debe configurarse el sistema penal para lograr mejor sus objetivos,<sup>30</sup> o bien, como la exteriorización de la cuestión criminal dentro de un sistema,<sup>31</sup> entre otras definiciones.<sup>32</sup>

#### IV.2.3. Ámbitos de injerencia

No existe una política única. Cada Estado la diseña en los diversos temas: en materia social, de salud, educación, economía, etc. También lo hace por lo que respecta a la criminalidad, en el campo legislativo, ejecutivo y judicial. Además, se manifiesta en las instancias concretas de actuación de los operadores sociales, como los órganos policiales, el sistema penitenciario, etcétera.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> DELMAS-MARTY, Mireille: *Modelos actuales de política criminal*, Colección de Temas Penales, serie A, n° 4, C, Ministerio de Justicia (Español), Madrid, 1996, p. 19.

<sup>30</sup> MARTÍN CARNIVELL, Joaquín: "Criminología y política criminal", en: *Cuaderno de Política Criminal Madrid*, n°. 19, 1983, p. 27.

<sup>31</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "Política criminal y Estado", en (VV. AA): *Memorias del 1er. Congreso de Estudiantes de Derecho Penal*, Facultad de Derecho, Universidad de Guanajuato, México, 1998, p. 14. Para fortalecer su postura, Bustos señala que cuando planteamos lo criminal desde la perspectiva de la política, estamos estableciendo una vinculación con el poder. Es decir, con la capacidad de definición dentro de la estructura social. En consecuencia, con la capacidad de dirigir y organizar. Por eso, ambas son consustanciales. Se refiere a la política criminal, como el poder de definir los procesos criminales dentro de la sociedad, y en consecuencia, de dirigir y garantizar el sistema social en relación con la cuestión criminal.

<sup>32</sup> Vid. ROXIN, Claus: *Política criminal y estructura del delito*, op. cit., p. 9. Para dicho autor, la cuestión de cómo debe procederse con las personas que han infringido las reglas básicas de la convivencia social dañando o poniendo en peligro a la sociedad, constituye el objeto principal de la política criminal. Se ubica en un punto medio que oscila entre la ciencia y la estructura social. Se proyecta como ciencia, en los conocimientos objetivos del delito; en sus formas de manifestación empíricas y jurídicas. Y por otra parte, como una determinada forma de política, establece determinadas ideas o intereses para desarrollar una estrategia definitiva de lucha contra el delito.

<sup>33</sup> Vid. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "Política criminal y Dogmática", en (VV.AA.): *El poder penal del Estado*, (homenaje a Hilde Kaufmann), Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 2. También: BARATTA, Alessandro: "La política criminal y el derecho penal en la constitución: Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales", documento in-

Sin perder de vista el amplio campo de acción de la política criminal, para los fines de nuestro objeto de estudio conviene delimitarlo a un particular enfoque: su vinculación con la dogmática jurídica. Esta proyección se da en varios ámbitos. Primeramente, en el proceso de creación de las leyes penales, al propiciar que la decisión política del legislador sea adecuada y la ley que se derive corresponda con una determinada ideología. Creada la legislación, la vinculación se da al interpretar su contenido y explicarla, proporcionando criterios para su aplicación. De esta manera, en la labor dogmática se determina qué ideología se encierra en la norma y si es o no congruente con el modelo estatal derivado de la esencia constitucional,

---

édito entregado por el autor a propósito de los VI Cursos de Postgrado en derecho, política y criminología, de la Universidad de Salamanca, trad.: Marisela Pérez Lugo y Patricia Chiantera, enero de 1999, p. 1. Establece que la política criminal es un concepto complejo. Que la univocidad de su finalidad merece aclarar lo que hasta hace poco tiempo venía siendo entendida como aquella que sirve para controlar la criminalidad, es decir, reducir el número de infracciones a la ley penal. Pero que el avance de la investigación en el terreno de la victimología ha ampliado el campo de acción por lo que respecta a la prevención de la delincuencia. También hay que añadir al menos potencialmente, el objetivo de controlar sus consecuencias. Que la complejidad del concepto política criminal se traduce en un concepto problemático; es una totalidad más vasta y compleja de la especie *política penal*.

Bajo este esquema, es importante hacer énfasis en la distinción existente entre dos aspectos: la seguridad y la política social. Hay una yuxtaposición a partir de un carácter ideológico. En el contexto de la política criminal, el sustantivo *seguridad* lo encontramos frecuentemente acompañado de un adjetivo: seguridad nacional, pública o urbana; ésta se traduce en un discurso encaminado no precisamente a la seguridad de los derechos de las personas, independientemente del grupo social al que pertenezcan, sino de la *seguridad de la nación*, de la comunidad estatal o de la ciudad. De esta manera, la doctrina de la seguridad nacional, cobra importancia en América Latina en los años setenta y ochenta, a partir del uso del narcotráfico, de los análisis de Carl Schmidt sobre la lucha existencial entre *amigos* y *enemigos* degenerándose en sistemas pensados fuera de la legalidad constitucional, creándose un verdadero terrorismo de Estado. La *seguridad estatal*, se representa en el continuo compromiso entre la tradición liberal y la tradición autoritaria; entre un Estado de Derecho y un Estado policía o de la prevención; entre política del Derecho penal y política de orden público. En cuanto a la *seguridad urbana*, es el reflejo de dimensión local de la política criminal, favoreciéndose la sinergia de disciplinas y organizaciones distintas, destinadas a propiciar el disfrute y protección de derechos, con respecto a cualquier agresión o incumplimiento por parte de otras personas físicas que ejercen poderes de hecho o de Derecho en un espacio territorial. (Vid. *idem*. pp. 2 y 3).

detectando en su caso, las contradicciones o incongruencias. La postura dogmática puede llegar incluso a ser diversa al propio texto constitucional y proponer otros contenidos, criterios y orientaciones de la ley. O en contrapartida, a partir de orientaciones político criminales se puede ir modificando el rumbo de la dogmática jurídica.

Iniciada la vigencia de la ley penal, el Estado debe implementar medidas y estrategias político-criminales para su aplicación, en el ámbito jurisdiccional. De ahí la necesidad de diseñar una política criminal integral, porque cuando se descuida una parte se puede generar un desequilibrio.

#### IV.2.4. La criminología como disciplina informadora del Derecho penal

Otro aspecto importante a considerar en el contexto de un sistema penal integral es el enfoque criminológico. En unión con la dogmática jurídica y la política criminal, nos proporciona una visión completa en el tratamiento del delito. En este apartado haremos algunas anotaciones sobre esta disciplina.

##### *IV.2.4.1. Definición, objeto de estudio y alcances*

Siguiendo sustancialmente a García Pablos-de Molina, tradicionalmente se define a la criminología como una ciencia empírica e interdisciplinaria, que se ocupa del estudio de la criminalidad, de la persona, del infractor, la víctima y el control social del comportamiento delictivo. Trata de suministrar una información válida sobre la génesis, dinámica y variables principales del crimen, desde un contexto individual y social. Asimismo, proporciona las bases para la elaboración de los programas de prevención del delito y para las técnicas de intervención positiva del hombre delincuente.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Criminología*, tercera edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 19.

La criminología se concentra en el análisis de los procesos de criminalización y en el origen de la conducta delictiva. Examina cómo y por qué ciertas personas llegan a ser consideradas como “delincuentes” o “desviados”.<sup>35</sup> La información la obtiene a través del método empírico, basándose en el análisis y observación de la realidad.<sup>36</sup> Aporta un núcleo de conocimientos seguro y contrastado que permite comprender científicamente el problema criminal a fin de prevenirlo e intervenir con eficacia y de modo positivo en el delincuente.<sup>37</sup>

La evolución de la criminología ha tenido como marco de referencia importante su objeto de estudio. En la criminología clínica, se plantean aspectos relativos a la manifestación criminal y a la terapia de sus orígenes. La criminología positivista, se basa en el concepto natural del crimen; se apartan del presupuesto jurídico, antepone el análisis de las manifestaciones antisociales y hasta después el de la delincuencia.<sup>38</sup>

En los años cuarenta –primero en Estados Unidos, después en Gran Bretaña y luego en el Continente Europeo– comenzaron a aparecer los elementos de una nueva perspectiva teórica: el *labelling approach*. Esta corriente, en la década de los sesenta, encontró su proyección en el análisis de los mecanismos y procesos institucionales o informales de etiquetamiento. Bajo esta perspectiva, el sistema de justicia penal –a diferencia de su aislamiento en la criminología tradicional– constituyó parte importante del objeto de estudio de la criminología. Se extendió al estudio de la dogmática jurídica penal considerada, en este caso, en su rol de instrumento constitu-

---

<sup>35</sup> Vid. SANDOVAL HUERTAS, Eduardo: *Sistema penal y criminología crítica*, Temis, Bogotá, 1985, p. 1.

<sup>36</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Criminología*, op. cit., p. 20.

<sup>37</sup> Vid. *Ibid.*, p. 80.

<sup>38</sup> Vid. BARATTA, Alessandro: “La política criminal...”, op. cit., p.5. Aclara que, en los primeros decenios del siglo XX, la criminología positivista se afirmó como una teoría etiológica y como teoría tecnológica de la política criminal. Ha contribuido –junto con la doctrina penal– a la constitución de un primer modelo integrado de la ciencia penal.

tivo del sistema penal.<sup>39</sup> Fue así, como surgió la criminología crítica. Asume como punto de partida la reacción social, y a partir de ahí al delito y al delincuente. Se involucra en el ámbito legislativo, judicial y ejecutivo. Más aún, Pretende llegar a la comprensión de la sociedad y de sus métodos.<sup>40</sup> En otras palabras: la criminología crítica no sólo describe, también cuestiona.<sup>41</sup>

Sobre la evolución referida, señala Bergalli<sup>42</sup> que antes, la criminología se desempeñaba en el campo de la evolución técnica y la discusión académica, pero después de la segunda guerra mundial, el pensamiento criminológico pasó a una indagación más orientada hacia la realidad. El estudio de la persona del delincuente, constituyó el principal objeto de las investigaciones criminológicas durante la etapa positivista, pero en la moderna criminología ha pasado a un segundo plano. Ahora se plantean enfoques individualistas en atención a objetivos político-criminales. El centro de interés de las investigaciones –aunque sin perder de vista la persona del infractor– se orienta prioritariamente hacia la conducta delictiva misma, la víctima y el control social. El delincuente se examina en el contexto de sus interdependencias, como unidad biopsicosocial y ya no desde una perspectiva biopsicopatológica como lo venía haciendo la criminología tradicional.<sup>43</sup>

Desde otra óptica, Pinatel propone analizar el fenómeno criminal a partir de tres planos: *El plano del crimen*, en el cual se debe aislar el estudio del acto criminoso en la vida del hombre, considerándolo como un episodio con comienzo, desarrollo y fin. *El plano del criminal*, en el se realiza un es-

---

<sup>39</sup> Vid. *Idem*. También: LARRAURI PIJOAN, Elena: *La herencia de la criminología crítica*, Siglo XXI editores, Madrid, 1991, pp. 25 y 55.

<sup>40</sup> Vid. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: "Panorama de la justicia penal", en: *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, UNAM, México, 1998, pp. 715 y 716.

<sup>41</sup> Vid. *Idem*. También vid. BARATTA, Alessandro: *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, Siglo XXI editores, México-España-Argentina-Colombia, 1986, p. 169. Crítica al Derecho penal en el sentido de que no defiende a todos y sólo los bienes esenciales en los cuales están interesados por igual todos los ciudadanos. Y que cuando castiga las ofensas o los bienes esenciales, lo hace con intensidad desigual y de modo parcial.

<sup>42</sup> Vid. BERGALLI, Roberto: *Crítica a la criminología*, Temis, Bogotá, 1982, p. 11.

<sup>43</sup> Vid. GARCÍA PABLOS-DE MOLINA, Antonio: *Criminología*, op. cit., p. 34.

tudio individual de las características de los actos criminales y de los factores que han influenciado la formación y la evolución de su personalidad. Por último, *el plano de la criminalidad*, que se traduce en el conjunto de actos criminales realizados en un tiempo y lugar determinados.<sup>44</sup>

## V. RECAPITULACIÓN: LA NECESARIA VINCULACIÓN DEL DERECHO PENAL CON LA CRIMINOLOGÍA Y LA POLÍTICA CRIMINAL

La criminología es una ciencia del *ser* empírica y el Derecho es una ciencia del *deber ser* normativa. La primera utiliza el método inductivo, empírico, basado en el análisis y la observación de la realidad. Por su parte, el Derecho utiliza un razonamiento lógico abstracto-deductivo. La criminología aspira a llegar al conocimiento de la realidad para explicarla. En cambio, el Derecho valora, ordena y orienta la realidad a partir de criterios axiológicos.<sup>45</sup> Ahora bien, el Derecho penal es un supuesto indispensable de la criminología. Ésta surge en razón de que, a través de un mecanismo institucional como es la norma penal, una organización determinada fija objetos de protección y con esa base determina qué es delito, quién es delincuente; y al mismo tiempo, una forma especial de reacción social.<sup>46</sup>

Tanto el Derecho penal como la criminología, tienen como parte de su objeto el concepto de delito. Pero el Derecho penal lo aborda desde una perspectiva dogmática. En cambio, a la criminología, más que los contornos formales del delito le interesan las razones de su génesis, su fenomenología, la justificación o no de su presencia y sus fines de control social.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> Vid. PINATEL, Jean: *La sociedad criminógena*, Colección Aurióan Aguilar, trad.: Luis Rodríguez Ramos, Madrid, 1979, (edición original: Calmann-Lévy), 1971, Paris. p. 7.

<sup>45</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Criminología*, *op. cit.*, pp. 20-23.

<sup>46</sup> Vid. BUSTOS RAMÍREZ, Juan; BERGALLI, Roberto; y MIRALLES, Teresa: *El pensamiento criminológico, I*, Península, Barcelona, 1983, p. 24.

<sup>47</sup> Vid. HERRERO HERRERO, César: *Los delitos económicos, perspectiva jurídica y criminológica*, Ministerio de Interior (Español), Madrid, 1992, p. 41.

No debe existir disyuntiva sobre qué es más importante, si la dogmática jurídica-penal o la criminología. No es posible que la criminología sustituya a la dogmática en virtud de que ésta se ocupa de problemas que la criminología no está en posibilidades de resolver.<sup>48</sup> Pero por otra parte, el estudio dogmático no puede prescindir de la criminología, porque ésta le suministra conocimientos indispensables para determinar el contenido de las normas penales y le muestra la realidad que regulan.<sup>49</sup>

Por otra parte, tanto la criminología como la política criminal, estudian la legislación desde una perspectiva política atendiendo a los fines del Estado. Además, hacen la crítica para proporcionar la reforma del Derecho penal en general. Así, la política criminal aborda las estrategias a adoptar dentro del Estado, respecto de la criminalidad y el control. Por su parte, la criminología aporta material a la política criminal, para configurar sus estrategias.<sup>50</sup>

Así pues, reafirmamos nuestra postura en el sentido de orientar el análisis jurídico-penal con base en una estructura integral que nos permita obtener rigor científico a través de la dogmática jurídica, información fiable por medio de la criminología y alternativas acordes a un modelo constitucional, con base en las aportaciones de la política criminal.<sup>51</sup> A partir de esta vinculación es como se pueden llegar a establecer planteamientos integrales que garanticen una aplicación transparente e igualitaria del Derecho penal y así proporcionar un esquema de seguridad jurídica en la esfera del go-

---

<sup>48</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 103. Ejemplifica al respecto, en el sentido de que por muy lejos que lleguen los conocimientos criminológicos, nunca se podrá determinar con base en ellos, dónde comienza la tentativa y termina la preparación del delito; cuándo es punible la comisión imprudente de un delito y cuándo no; cuándo existe concurso de leyes y cuándo concurso de delitos, etc.

<sup>49</sup> Vid. *Idem*.

<sup>50</sup> Vid. *Ibid.*, p. 25.

<sup>51</sup> En el mismo sentido, vid. VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel: "Criminología, política criminal y sistema de justicia penal", en: *Revista del Departamento de Investigaciones Jurídicas*, Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato, n° 72, vol. XIV, enero-junio 2002, pp. 171 y ss. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés: *Política criminal y reforma penal*, CEPOL-CRIM, 1999, México, pp. 433 y ss.

bernado. La dogmática debe estar apegada a la realidad, y en ello radica la importancia del enfoque criminológico. En términos de Jescheck:<sup>52</sup> "Derecho penal sin criminología está ciego y ésta sin aquél carece de límites". A su vez, la realidad derivada de la criminología, debe ser expresada en una dogmática justa y congruente, estableciéndose una armonía con la política criminal en una relación equidistante.<sup>53</sup>

De las referencias elaboradas en esta apartado estamos en posibilidad de establecer algunas conclusiones: Primeramente, hay que puntualizar que el control de la criminalidad, la prevención del delito y el estudio de sus consecuencias, son ámbitos coincidentes del Derecho penal, la política criminal y de la criminología.

El Derecho penal debe tener una proyección sustentada en un rumbo político criminal y basada en las aportaciones fenomenológicas derivadas de la criminología.

Por su parte, la política criminal no debe ser un instrumento de legitimación de una realidad social, sino un derrotero ideológico del actuar estatal, en el ámbito de la criminalidad. Ubicada en el escenario de la política general estatal, debe asumir como límite el carácter garantista a partir del reconocimiento pleno de la libertad, igualdad y dignidad de la persona, manteniendo al margen cualquier proyecto que con el pretexto de acudir a la política social afecte el contexto democrático. En suma, el sistema penal se debe construir a partir de un modelo político que tenga como sustento el esquema ideológico de los Derechos Fundamentales y en su discurso, una congruencia con el contexto constitucional. Sobre ello abundaremos en el último capítulo. En el siguiente, nos enfocaremos a la evolución de la sistemática del delito.

---

<sup>52</sup> JESCHECK, Hans-Henrich y WEINGEND, Thomas: *Tratado de Derecho penal, parte general*, trad.: Miguel Olmedo Cardenote, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2002, p. 6.

<sup>53</sup> Vid. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: "Panorama...", *op.cit.*, p. 725. Plantea un esquema basado en un triple acto de regulación penal donde la criminología informa los códigos; la dogmática, los organiza y aplica; y la política criminal, primero recoge las normas y los métodos y luego, en ellos y por ellos, fija el horizonte de las normas.



# Proyección de la dogmática jurídica en la sistemática de la teoría del delito (bases generales)

## I. PLANTEAMIENTO

En el capítulo anterior se precisó la proyección de la dogmática jurídica penal en el ámbito de la teoría del delito y la manera en que se vinculan con ella la política criminal y la criminología. Con esa referencia estamos en posibilidades de elaborar un bosquejo sobre el sustento metodológico de las sistemáticas más representativas de la teoría del delito. Nos interesa resaltar las bases o premisas bajo las cuales se han estructurado los elementos del delito. Este sustento resulta fundamental al momento de determinar el contenido de cada elemento y las diferentes alternativas que se pueden ofrecer para la solución de los casos.

Consideramos fundamental la construcción referida, dada la trascendencia de la teoría del delito en nuestra cultura jurídica penal y por ende la necesidad de profundizar al respecto. El intérprete en general y el juzgador en lo particular, al acudir a la sistemática del delito deben hacerlo con la mejor intención de solucionar los casos que se le presentan, pero también deben evitar caer en la tentación de ofrecer soluciones desapegadas o descon-

textualizadas del contenido teórico que subyace en cada toma de postura sistemática.

Nuestro marco de referencia será a partir del inicio de la moderna dogmática jurídica penal representada por el causalismo, hasta llegar a las orientaciones contemporáneas. Es importante reiterarlo, nuestro análisis se enfoca a las bases de la sistemática del delito en general, no al contenido de cada elemento; ese estudio más bien correspondería hacerse en un manual sobre teoría del delito, lo cual obviamente no es el caso.

## II. INFLUENCIA DEL NATURALISMO (EL CAUSALISMO CLÁSICO)

### II.1. Marco ideológico

El inicio de la moderna dogmática jurídica penal tiene su influencia, sobre todo, en las aportaciones del autor alemán Franz von Liszt. Fue él quien sistematizó por primera ocasión los elementos del delito a partir del análisis de una legislación específica: del Código Penal Alemán. Antes de entrar al estudio de su propuesta sistemática, resulta conveniente referirnos al marco ideológico en el que se sustentó.

Hay una obra básica de Liszt en la evolución del pensamiento jurídico-penal moderno: *La idea del fin en el Derecho penal*, conocido como el *Programa de la Universidad de Marburgo*.<sup>1</sup> En ese documento, Liszt le otorga un rango eminentemente garantista al código penal. Lo considera *la carta magna del delincuente*, porque su misión es proteger no a la colectividad, sino al individuo que se rebela contra ella, pues es el autor del delito al que se le afecta el bien jurídico con la imposición de la pena. El código penal garantiza que sólo podrá ser sancionado si se dan los presupuestos legales y únicamente dentro de ciertos límites. Ante la insistencia, en ese tiempo,

---

<sup>1</sup> Se trata del trabajo académico mediante el cual Liszt, en 1882, logró su ingreso como catedrático al Claustro de Hamburgo.

de priorizar medidas político criminales para combatir el fenómeno delictivo, Liszt imponía una aduana impenetrable: "El Derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal".<sup>2</sup>

Advierte que el problema central del Derecho penal es el de los fines de la pena, y ésta no es una creación de la inteligencia humana, sino del instinto animal.<sup>3</sup> Así, ante el mal necesario que representa, es fundamental otorgarle el contenido de mayor utilidad. Bajo esa posición cuestiona las tesis absolutas o retribucionistas de la pena. Su crítica se basa, sobre todo, porque no toman en consideración los presupuestos bajo los cuales el Estado puede aplicar una pena. En contrapartida, destaca las bondades de las tesis relativas de la pena en la medida que persiguen un fin útil para la sociedad: la prevención. En este sentido, propone vincular el sustento de la culpabilidad con la finalidad preventiva de la pena para que ésta pueda resultar al propio tiempo justa y útil, despejada de todo contenido moral.<sup>4</sup>

## II.2. Contribución sistemática

Franz von Liszt, en su *Tratado de Derecho penal*, publicado en 1881, elaboró su estudio a partir del contenido del Código Penal Alemán, cuya vigencia inició en 1871. Con ello reflejaba la influencia del positivismo imperante de su tiempo.

Del texto del Código Penal Alemán sustrajo un concepto de delito: El acto punible al cual el orden jurídico asocia la pena como legítima consecuen-

---

<sup>2</sup> Vid. LISZT, Franz von: *La idea del fin del Derecho penal (Programa de la Universidad de Marburgo, 1882)*, introducción y nota biográfica de José Miguel Zugaldía Espinar, trad.: Carlos Pérez de Valla, Granada, 1995, p. 36.

<sup>3</sup> Vid. *Ibid.*, p. 50.

<sup>4</sup> Vid. LISZT, Franz von, *La idea del fin...op. cit.*, p. 83. Establece que la pena no se dirige contra el delito sino contra el delincuente. En esa medida, propone una clasificación en la aplicación de la pena: Corrección del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección; intimidación del delincuente que no requiere corrección, e inocuidad del delincuente que carece de capacidad de corrección.

cia.<sup>5</sup> De ese concepto hizo una clasificación del delito en varios elementos. Primeramente, en un plano objetivo, antepuso como piedra angular la presencia de un acto humano (acción), dado que nunca llegarán a constituir un delito los acontecimientos fortuitos, independientes de la voluntad humana. En ese mismo plano objetivo, el delito es además un acto contrario a derecho (antijuridicidad). Es decir, un acto que contraviniendo formalmente un mandato o prohibición del orden jurídico, implica, además, la lesión o peligro de un bien jurídico.

En un plano subjetivo, ubicó al delito como un acto culpable (culpabilidad), en la medida que es doloso o culposo.<sup>6</sup> Liszt otorgaba estos caracteres esenciales a todo delito, entendido éste como un acto consumado por un solo sujeto, aunque también precisaba la posibilidad de otras formas de aparición del hecho delictivo. Esas formas especiales son la tentativa, la concurrencia de varios sujetos con diferente contribución (autoría y participación) y unidad y pluralidad de delitos (concurso).<sup>7</sup>

A continuación, haremos una breve referencia del contenido que le daba a cada uno de esos elementos.

#### a) *Acción*

Liszt puso a la acción en el primer lugar de su análisis del delito. Todos los demás elementos se encuentran condicionados por el comportamiento humano. Este requisito, a su vez, lo condicionó a un contenido neutral influenciado por el naturalismo imperante en su tiempo. Pretendió otorgarle a la acción un contenido neutral, al margen de toda valoración normativa o de otro tenor que estimaba innecesarias.<sup>8</sup> Establecía que sólo de esa ma-

---

<sup>5</sup> Vid. LISZT, Franz von: *Tratado de derecho penal*, t. I y III Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, traducción de la 18va. edición alemana y adicionado con la historia del Derecho penal en España por Quintiliano Saldaña, Reus, Madrid, 1926, p. 252.

<sup>6</sup> Vid. *Idem*.

<sup>7</sup> Vid. *Ibid.*, p. 254.

<sup>8</sup> Vid. MEZGER, Edmund: *Derecho penal, parte general*, trad. (de la 6.<sup>a</sup> edición alemana): Conrado A. Finzi, Editorial bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, p. 79.

nera podría servir de base para todas las demás categorías del delito, porque si desde este nivel se establecieran valoraciones normativas, se recargaría demasiado el concepto y se propiciaría un desorden en el análisis sistemático del delito.

Bajo esta perspectiva, lo preponderante en la acción era su contenido naturalístico: el movimiento corporal voluntario que produce un cambio en el mundo exterior. El contenido de la voluntad era mínimo, sólo como factor desencadenante del proceso causal, sin que represente interés alguno la finalidad manifestada en esa voluntad. En todo caso, ese contenido tendría incidencia en la culpabilidad.

La propuesta de Liszt se completó con la aportación de Gustav Radbruch en 1904.<sup>9</sup> Este autor, asumiendo las mismas directrices metodológicas naturalistas, le otorgó una doble orientación al comportamiento humano, desde la perspectiva de la teoría del delito: como una manifestación activa (la acción en estricto sentido) y la omisión. Destacó esta segunda manifestación al puntualizar la presencia de supuestos en los que el no realizar un determinado comportamiento también produce efectos causales con injerencia para el Derecho penal.<sup>10</sup>

### b) Tipicidad

En 1906, Ernest Beling le otorgó un contenido sistemático al principio garantista *Nullum crimen sine lege*, con la creación del tipo penal y con ello se le agregaba un nuevo elemento a la propuesta sistemática de Liszt. Este elemento lo justificó atendiendo a la esencia de cada figura delictiva; es

---

<sup>9</sup> Este planteamiento lo sustentó en su trabajo de habilitación para acceder a la plaza de profesor en Heidelberg presentado en 1903, intitulado: *El concepto de acción y su significado para el sistema de Derecho penal. Así como una teoría de la sistemática científica jurídica*. En 1903 volvió a retomar el tema en la obra: *Hacia la sistemática de la teoría del delito*. Al respecto, vid. MARTÍNEZ BRETONES, Virginia: *Gustav Radbruch, vida y obra*, UNAM, 1989, pp. 34 y 35.

<sup>10</sup> Para mayores referencias sobre el tema, vid. GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: "Algunas consideraciones sobre la omisión", en (VV. AA.): *Libro Homenaje al maestro Antonio Torres Gómez*, Universidad de Guanajuato, 2003, (publicación pendiente).

decir, a la descripción de los comportamientos delictivos elaborados por el legislador en la parte especial de los códigos penales. En ellos se encuentran una pluralidad de elementos, explícitos unos e implícitos otros, los cuales se pueden derivar de la interpretación.<sup>11</sup>

A esos elementos que se contienen en las figuras delictivas, Beling les otorgaba un rango común: se encontraban en la faz externa de la acción. Siguiendo el esquema de Liszt, todo contenido interno se ubicaba en la culpabilidad. De esta manera, los actos que en principio tenían relevancia para el Derecho penal, no eran los que estaban sancionados con una pena, sino los que eran típicos.

La aportación de Beling fue de gran trascendencia para el desarrollo de la dogmática jurídica penal. Implicó otorgarle a una inspiración de la legalidad un enfoque técnico; limitó el *ius puniendi* estatal en el marco de la cientificidad del Derecho penal.

### c) Antijuridicidad

Siguiendo el mismo plano objetivo, la antijuridicidad se conceptuó como un presupuesto imprescindible de todo hecho punible. Se proyectó como el juicio impersonal objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico.

Como el Derecho determina ciertas situaciones de convivencia humana que se encuentran en concordancia con el orden jurídico y otras que no lo están, se desprenden ciertos mandatos relacionados con lo que el individuo debe hacer y también prohibiciones acerca de lo que no debe hacer.<sup>12</sup> De este esquema se derivan, a su vez, dos perspectivas de la antijuridicidad: La formal, cuando un acto transgredió una norma que contiene el mandato o prohibición y la material, cuando ese acto resulta contrario a la ordenación social en general.

---

<sup>11</sup> Vid. BELING, Ernest: *Esquema de Derecho penal (la doctrina del delito-tipo)*, trad.: Sebastián Soler, Depalma, Buenos Aires, 1944, p. 42.

<sup>12</sup> Vid. MEZGER, Edmund: *Derecho penal...*, op. cit., pp. 131-134.

#### d) *Culpabilidad*

Como ya habíamos referido, para Liszt la culpabilidad representaba el nexo psicológico entre el autor y su hecho. Es aquí donde tenía preponderancia el aspecto subjetivo del acto, el contenido de la voluntad manifestado en dos formas o especies: dolo o culpa. Para que fuera factible determinar tal nexo era indispensable un presupuesto: La imputabilidad, concebida como la facultad normal en la psique del autor para poder asumir una valoración social de su comportamiento.<sup>13</sup>

### III. INFLUENCIA DEL NEOKANTISMO (CAUSALISMO NEOCLÁSICO)

#### III.1. Marco ideológico

El *núcleo duro* del positivismo reflejado en el naturalismo y específicamente en la sistemática de Liszt, se vio matizado por la influencia de la filosofía de los valores del neokantismo sudoccidental alemán y así se marcó una nueva etapa en el pensamiento jurídico-penal. Bajo esta línea de pensamiento, se criticó la inflexibilidad del positivismo y se propuso la construcción de un nuevo camino para la teoría del conocimiento. Tomó auge la fenomenología de la conciencia de Husserl, en el sentido de ubicar el conocimiento en el mundo ideal de las esencias y no en el mundo de las ideas platónicas.<sup>14</sup>

También influyeron las aportaciones de Max Scheler, al considerar la existencia de principios universales que no pueden aprehenderse por medio de la inteligencia, pero tienen una función decisiva para la conducta humana, puesto que son sus bases universales y necesarias. Estos principios son los valores que rigen, algunos de manera universal y otros de manera concreta.

---

<sup>13</sup> Vid. LISZT, Franz von: *Tratado de derecho penal, op., cit.*, pp. 384 y 385.

<sup>14</sup> Vid. XIRAU, Ramón: *Introducción a la historia de la filosofía*, UNAM, undécima edición, 1990.

Bajo este enfoque hay que distinguir entre individuo y persona; entre actos vitales o del cuerpo, entre actos psíquicos o del yo y actos espirituales.<sup>15</sup>

Al vincularse esta ideología en el ámbito de la dogmática jurídica penal imperante de la época, aun y cuando se siguió asumiendo como punto de referencia fundamental a la ley penal para el análisis sistemático del delito, se abrieron espacios a las consideraciones axiológicas. Las aportaciones de autores como Radbruch,<sup>16</sup> Mayer, Sauer, Lask, Binder, entre otros, fueron fundamentales para el desarrollo de esta construcción sistemática.<sup>17</sup> En esencia, implicaba incorporar al naturalismo elementos de valoración. El comportamiento humano se siguió asumiendo como piedra angular de la sistemática del delito pero con matices axiológicas. Haremos una breve referencia de las repercusiones que tuvo esta influencia ideológica en el contenido de los elementos del delito, sin detenernos en la acción la cual mantuvo la misma configuración elaborada por Liszt y complementada por Radbruch.

### III.2. Contribución sistemática

#### a) Tipicidad

El tipo penal tuvo una transformación importante. Al aspecto eminentemente descriptivo de la conducta elaborada en la ley penal, se le fueron incorporando otros elementos de contenido subjetivo y valorativo. De las aportaciones de autores como Fischer (1911), Hegler (1914), Mayer (1915), Weber, Graf zu dhona, Edmund Mezger (en los años veinte), se derivaron sustancialmente tres aspectos representativos de esta sistemática.

---

<sup>15</sup> Vid. *Ibid.*, pp. 377 y 378.

<sup>16</sup> Aunque las primeras aportaciones de Radbruch fueron bajo la sistemática de Liszt en la construcción del concepto de la omisión, posteriormente, fue orientando su postura hacia el Neokantismo.

<sup>17</sup> Vid. WELZEL, Hans: *Introducción a la filosofía del derecho (derecho natural y justicia material)*, trad.: Felipe González Vicen, Biblioteca Jurídica Aguilar, segunda edición, Madrid, 1979, pp. 196 y ss.

Primeramente, la presencia, en algunos tipos penales, de ciertos ánimos, deseos o intenciones que el legislador incorpora de manera expresa o tácita y que son fundamentales para determinar su configuración. Un ejemplo palpable de ello es el tipo de robo, donde su existencia no sólo depende del apoderamiento de una cosa mueble, sino de un cierto ánimo: *el ánimo de apropiación*. Incluso, se llegó a determinar que en algunos tipos penales lo decisivo no es el acontecer externo, sino la orientación que el autor le otorgue a su comportamiento. En este sentido, Graf zu Dhona llegó a plantear que el legislador tenía dos opciones: Referirse solamente al acontecer externo y prohibir conductas eminentemente causales. O bien, basarse en la voluntad del autor en torno a la dirección que le otorgue a la producción del resultado. Así llegó a concluir que en la parte especial de los códigos penales pueden existir tipos causales o tipos finales.<sup>18</sup>

Por otro lado, se le atribuyeron a ciertos tipos un contenido no palpable desde el plano objetivo ni tampoco perceptible en el ámbito interno del autor, sino apreciables únicamente a partir de un análisis valorativo por parte del intérprete. Y es que se detectaron figuras en las que en alguno de los elementos, el legislador le otorga un rango axiológico determinante para su desvaloración. Por ejemplo, la calidad de funcionario público en el sujeto activo; la honestidad en el pasivo, o la categoría de cosa mueble. En esos casos, la configuración del tipo respectivo amerita una determinación desde un plano valorativo bajo el sustento de parámetros jurídicos, sociales o culturales.<sup>19</sup>

Otra repercusión de esta influencia ideológica se centró en la relación entre el tipo y la antijuridicidad. Se flexibilizó su separación que imperaba bajo la sistemática del naturalismo. Ahora se aproximaban en una valoración más integral. De esta manera, el tipo pasaba a ser *la ratio esendi* de la antijuridicidad.

---

<sup>18</sup> Vid. MEZGER, Edmund: *Derecho penal...*, op. cit., pp. 157 y ss.

<sup>19</sup> Vid. *Ibid.*, pp. 147 y 148.

### b) Antijuridicidad

A este elemento también se le atribuyó un contenido distinto al planteado por Liszt. Su construcción no se limitó a la existencia de un componente meramente objetivo, también se le atribuyó un significado subjetivo. Sobre todo, al momento de determinar la presencia de una causa de justificación. Por ejemplo, en la legítima defensa no basta la repulsa proporcional a una agresión injusta, sino que dicha respuesta debe emitirse *en defensa* de la salvaguarda de un bien jurídico propio o ajeno.<sup>20</sup>

### c) Culpabilidad

El contenido de la culpabilidad construida por Liszt comenzó a replantearse, sobre todo, a partir de la obra de Reinhard Frank (1907) denominada *Estructura del concepto de culpabilidad*. Frank destacó la insuficiencia del concepto construido por el causalismo naturalista. Apreció limitada la sola determinación del nexo psicológico entre el autor y su hecho para determinar el grado de intensidad que le debía corresponder a la acción previamente calificada como típica y antijurídica. En contrapartida, planteó la necesidad de incorporar al nexo psicológico un contenido valorativo.<sup>21</sup>

Para aclarar esta insuficiencia puso el siguiente ejemplo: Un cajero de una empresa y un repartidor de valores; cada uno por su cuenta comete fraude. El primero de ellos posee una buena situación económica, no tiene familia pero tiene "amantes dispendiosas." El segundo apenas se gana la vida; tiene una mujer enferma y un buen número de hijos pequeños. Pues bien, al apoderarse ambos ilícitamente de dinero ajeno, no existe diferencia alguna entre ambos casos en el nivel de determinación del dolo. Es decir, en

---

<sup>20</sup> Vid. GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: "La teoría del delito en el Código Penal para el Estado de Guanajuato. Un análisis dogmático". Tesis de grado de Maestro en Ciencias Jurídico-Penales, Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato, México, 1998., p. 34.

<sup>21</sup> Vid. FRANK, Reinhard: *Estructura del concepto de culpabilidad*, versión castellana de Sebastián Soler, publicaciones del Seminario de Derecho penal, Universidad de Chile, 1966, p. 10.

los dos supuestos se configura el nexo psicológico entre el autor y su hecho a título doloso. No obstante, desde una perspectiva valorativa, cualquiera diría que a ambos no les puede corresponder la misma culpabilidad. La del repartidor de valores es menor por las características desfavorables en que se encuentra. Al primero, por el contrario, su culpabilidad se agrava debido a su buena situación económica e inclinaciones lujosas.<sup>22</sup>

De esta manera, Frank aprecia que acudiendo al lenguaje cotidiano para medir la culpabilidad se derivan factores que están fuera del dolo. Y algo similar sucede con el delito culposo: la falta de prudencia, de prevención u observancia de un determinado deber de cuidado, debe valorarse de manera más severa o benigna según las circunstancias concomitantes. Para sustentar esta postura también ejemplifica: el guardavías que después de un largo descanso, al comenzar su trabajo hace mal el desvío, parece más culpable que el sujeto que incurre en el mismo descuido, después de once horas de servicio.<sup>23</sup>

Por otra parte, Frank encontró inconvenientes a la ubicación de la imputabilidad, en la sistemática de Liszt, como un presupuesto de la culpabilidad. Planteó que no puede ser un presupuesto del dolo, porque también el enfermo mental puede querer la acción y representarse los caracteres que la hacen delictuosa y hasta llegar a saber que su comportamiento es delictuoso. Ahora, aunque exista una relación entre imputabilidad y pena, no es distinta de la que se da entre culpabilidad y pena, dado que sólo el culpable es merecedor de pena. En consecuencia, la imputabilidad debe pertenecer a la culpabilidad.<sup>24</sup>

Además, bajo la perspectiva de Liszt, la vinculación de la culpabilidad con respecto del dolo y de la culpa implicaba una relación de género a especie, pero para Frank la relación debe ser distinta. Como dolo y culpa no son los

---

<sup>22</sup> *Vid. Ibid.*, p. 13.

<sup>23</sup> *Vid. Ibid.*, p. 14.

<sup>24</sup> *Vid. Ibid.*, pp. 21 y 22.

únicos componentes de la culpabilidad, ya no son sus formas de manifestación, sino elementos de ella.

De este planteamiento emanó una conformación de la culpabilidad más elaborada que la eminentemente psicológica de Liszt. Pasó a integrarse, primeramente, con la imputabilidad, consistente en una aptitud espiritual normal del autor. Además con la relación psíquica del autor y su hecho expresada en el dolo y la culpa. Finalmente, se integra con la determinación de normalidad de las circunstancias con las que el sujeto obra. De todo ello Frank puntualizó la necesidad buscar una expresión breve que comprenda todos esos elementos y así estableció que culpabilidad es *reprochabilidad*. Aclaró: “la expresión no es bella, pero no conozco otra mejor”.<sup>25</sup>

En la propia línea de pensamiento neokantiana, la propuesta de Frank tuvo un seguimiento importante con otros autores. Sobre todo con Goldschmidt (1913), al sostener que al lado de cada norma jurídica que exija una conducta exterior, debe suponerse la existencia tácita de una *norma del deber*, con base en la cual el autor debe dirigir su conducta interna y la culpabilidad consiste precisamente en la violación de esa norma.<sup>26</sup> Por su parte, Freudenthal plantea que la determinación de la normalidad de las circunstancias con las que el sujeto obra –propuesta por Frank– y la violación a la norma del deber –propuesta por Goldschmidt– se traducen en la *exigibilidad de otra conducta*, como elemento integrante de la culpabilidad al lado del dolo y la culpa. Esta configuración, posteriormente, fue resumida, sistematizada y difundida sobre todo por Edmund Mezger. Este autor llegó a conceptualizar la culpabilidad como el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Vid. *Ibid.*, p. 29.

<sup>26</sup> Vid. BUSCH, Richard: *Modernas transformaciones de la teoría del delito*, Temis, Bogotá, 1964, p. 6.

<sup>27</sup> Vid. MEZGER, Edmund: *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 189 y ss.

#### IV. INFLUENCIA DEL FINALISMO

A mediados de los años veinte se comenzó a desarrollar una corriente identificada como finalismo la cual representó un avance importante en el desarrollo científico de la sistemática del delito.<sup>28</sup> Esta teoría también sostuvo su sistemática a partir de una particular estructura y sustento del comportamiento humano, bajo un marco ideológico determinado, difundido por su principal exponente, Hans Welzel. Trataremos de hacer una síntesis de sus principales planteamientos.

##### IV.1. Marco ideológico

Welzel sostenía que el Derecho penal y la ciencia del Derecho penal se encontraban determinadas por la tarea de hacer un balance de los problemas legados por los regímenes totalitarios.<sup>29</sup> Se ubicó en la crítica del Derecho penal del nacionalsocialismo, caracterizado por ser extremadamente utilitario y naturalista. Lo justo era lo útil para el pueblo y la pena se asumía como un medio de limpieza biológica de la Nación. En contrapartida, para Welzel, la misión primordial del Derecho penal no debe ser de carácter preventivo, sino de contenido ético-social. Su finalidad es asegurar en los ciudadanos la permanente fidelidad frente al Estado y el respeto a la persona. En suma, la misión del Derecho penal es la protección de los valores ético-sociales más allá de la tutela de los bienes jurídicos. En ese contexto debía crearse la dogmática, con el objeto de incluir de manera racional, en el Derecho penal, las exigencias del Estado.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Para mayores detalles del sustento de esta teoría, *vid.*, ESTRADA ÁLVAREZ, Jorge: *Teoría del delito y la actualidad del Derecho penal mexicano*, Yussim, México, 2003.

<sup>29</sup> *Vid.* WELZEL, Hans: *Teoría de la acción finalista*, comp.: Carlos Fontan Balestra, trad.: Eduardo Friker, Depalma, Buenos Aires, 1951.

<sup>30</sup> *Vid. Ibid.*, pp. 10-15.

Al sustraer de la pena la finalidad preventiva, le otorgó fines eminentemente retributivos, sustentados en la intensidad de la culpabilidad. Para Wezel, en la retribución hay límites claros, determinados; en cambio en la prevención, hay contornos borrosos e imprecisos.<sup>31</sup>

## IV.2. Contribución sistemática

### a) *La acción*

En el finalismo encontramos como característica común con el causalismo, el hecho de adoptar el concepto de acción como piedra angular de la teoría del delito, pero con un contenido distinto y con bases ideológicas diversas. Es por ello que Wezel resaltó la importancia de asumir de manera imprescindible sus fundamentos para entender a cabalidad su teoría de la acción finalista. Si no se comprenden estos fundamentos, difícilmente se tendrá claridad en su construcción sistemática.<sup>32</sup>

Bajo la perspectiva de Wezel, si el Derecho penal tiene una función eminente ético-social, deben encontrarse en primer plano las manifestaciones ético-sociales intolerables de comportamiento. En este sentido, no basta para la construcción del concepto del injusto la situación creada por el resultado, sino que pasa a ser centro de interés penal el contenido interno de la acción intolerable, porque toda la vida comunitaria se estructura para bien o para mal, sobre la actividad final humana.<sup>33</sup> Puntualizó que las prohibiciones o mandatos del hombre no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, carentes de sentido, sino sólo a acciones que tienen capacidad de configurar finalmente el futuro.<sup>34</sup> Retomó el concepto de acción de Aristóteles –difundido en la Edad Media por Santo Tomás de Aquino y posterior-

---

<sup>31</sup> *Vid. Ibid.*, p. 15.

<sup>32</sup> *Vid. Ibid.*, p. 17.

<sup>33</sup> *Vid. Ibid.*, p. 16.

<sup>34</sup> *Vid. WELZEL, Hans: Derecho penal alemán, parte general*, 11.ª edición, trad.: Juan Bustos y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1970, pp. 40 y 41.

mente por Pufendorf— y estableció que el hombre puede dirigir sus efectos causales, perseguir objetivos; dirigir su actividad según un plan fijado para ese efecto; en suma, la voluntad consciente es la espina dorsal de la acción.

A partir de ese marco teórico concluyó que la acción es el ejercicio de la actividad final humana. A su vez dividió el contenido de la acción en tres planos: el objetivo que se quiere alcanzar, los medios que emplea para ello y las consecuencias secundarias necesariamente vinculadas al empleo de los dichos medios.<sup>35</sup>

Es importante hacer notar la ubicación de la acción final, dado que tal característica sirve de fundamento a la construcción sistemática del finalismo. Esta ubicación es la siguiente: La estructura final de la acción tiene una presencia previa a la configuración del injusto. Constituye un concepto ontológico; es una categoría del ser, no un concepto jurídico. Su presencia es previa al tipo, porque aunque en este nivel se regulan acciones posibles, en él no se presupone la estructura ontológica del comportamiento humano. Al concepto de acción se unen los demás elementos del delito: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.<sup>36</sup>

#### *b) Relación entre antijuridicidad e injusto*

En la sistemática de Welzel hay tres categorías que se mantienen en estrecha vinculación, pero cada una tiene un contenido técnico y valorativo distinto. Resulta primordial aclarar esa distinción. Primeramente, el *tipo* es la descripción concreta de la conducta punible. De otro lado, la *antijuridicidad* es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibida en el ordenamiento jurídico en su conjunto. Es objetiva en el sentido de que implica un juicio de valor general—aunque su objeto, la acción, es una unidad de elementos objetivos y subjetivos—. Finalmente, el *injusto* es una categoría consustancial a la conducta antijurídica misma; representa su

---

<sup>35</sup> Vid. WELZEL, Hans: *Teoría de la acción finalista*, op. cit., p. 21.

<sup>36</sup> Vid. WELZEL, Hans: *Derecho penal alemán*, op. cit., pp. 50 y 51

esencia. En términos del propio Welzel: La antijuridicidad es un predicado y el contenido del injusto es el sustantivo.<sup>37</sup>

### c) *El injusto personal*

Aclarada la diferenciación abordada en el apartado anterior, ahora haremos una precisión en torno al contenido del injusto desde la perspectiva de Welzel. Se trata también de un sello característico de esta corriente: Lo injusto no se agota en la causación del resultado; no culmina en la lesión del bien jurídico, desligado de la persona del autor. Por el contrario, la desvaloración del injusto se sustenta en la presencia de una acción antijurídica, en tanto se presenta como obra de un autor determinado. Los factores que determinan de modo decisivo lo injusto del hecho, junto a la eventual lesión del bien jurídico, es el fin que el autor asignó al hecho; la ilicitud en que lo convirtió no obstante los deberes que lo obligan. A esa desvaloración de la acción final de la autor se le identificó como *injusto personal*.<sup>38</sup> Implica entonces que la lesión del bien jurídico (desvalor del resultado), tiene relevancia en el Derecho penal sólo dentro de una acción personalmente antijurídica. En suma, el desvalor del resultado puede faltar sin que por ello desaparezca el desvalor de la acción. Esta delimitación sistemática le sirvió de sustento al finalismo para fundamentar otras categorías de la teoría del delito. Por ejemplo, la tentativa inidónea.<sup>39</sup>

### d) *Tipicidad*

El contenido del tipo penal tuvo una transformación importante. Se construyó en una parte objetiva y otra subjetiva. La parte objetiva, integrada con todo aquello que es perceptible en el mundo exterior. La parte subjetiva, se encuentra influenciada por el contenido de la acción final, y ello repercute en su integración: el dolo y la culpa dejan de pertenecer a la culpabilidad y pasan a formar parte del tipo, en virtud de que es ahí donde se incorporan las acciones revestidas de un contenido final que afectan los valores ético sociales.

<sup>37</sup> Vid. *Ibid.*, pp. 61 y ss.

<sup>38</sup> Vid. *Ibid.*, pp. 61-74.

<sup>39</sup> Vid. *Ibid.*, p. 75.

Como la acción final es la representación consciente de la realidad, el dolo de un delito exige, por consiguiente, el conocimiento de las circunstancias que pertenecen al tipo y ahí está su ubicación.<sup>40</sup> Es importante hacer referencia al nivel de conocimiento exigido para el autor: No se requiere un conocimiento técnico de los elementos de la parte objetiva del tipo, sino profano, el que corresponde a la esfera del lego. Además, dicho conocimiento no comprende el carácter antijurídico del actuar; por eso se le identifica como dolo natural, a diferencia del dolo malo representado por los causalistas –integrado con el conocimiento antijurídico del hecho–.<sup>41</sup>

Ahora, para el finalismo, el Derecho penal no sólo prohíbe al hombre desplegar conductas dolosas, también espera de él un mínimo de cuidado en la dirección de sus acciones finalistas, para no afectar bienes jurídicos. Es así como las acciones que en sus consecuencias causales producen afectaciones al no observar los cuidados correspondientes, comprenden la esfera de los delitos imprudentes.<sup>42</sup> Entonces, el tipo subjetivo queda integrado con el dolo, en su caso también con los elementos subjetivos específicos y la culpa, según el contenido del tipo correspondiente.

---

<sup>40</sup> *Vid. Ibid.*, pp. 76 y 77.

<sup>41</sup> Este cambio tiene repercusiones importantes. Aunque escapa de los fines del presente estudio profundizar al respecto, estimamos oportuno hacer por lo menos advertir su injerencia en la construcción sistemática del error. Así, cuando exista un error con respecto de la parte objetiva del tipo, debido a un erróneo conocimiento de los elementos del mismo, en la esfera del profano, se eliminará el dolo y en consecuencia el tipo. En cambio, cuando el error verse sobre el conocimiento de la antijuridicidad del hecho, sus repercusiones se reflejarán en la culpabilidad, en virtud del error de prohibición.

<sup>42</sup> *Vid. WELZEL, Hans: Teoría de la acción finalista, op. cit.*, pp. 27 y 28. Plantea Welzel (*Teoría de la acción finalista...*, *op. cit.*, p. 39): “Los delitos culposos deben su existencia al hecho del que el hombre no es capaz, en un sentido absoluto de proveer y disponer lo futuro. Dios, debido a su omniscencia y omnipotencia, puede acudir solamente en forma finalista; el hombre sólo puede hacerlo en la escala muy limitada de su previsión (...) el derecho exige ahora de cada uno de los que quieren participar en la vida social, un mínimo de dirección finalista a sus acciones, es decir, como derivación de la diligencia necesaria de intercambio, es decir, de la diligencia que es capaz y de la que está obligado un individuo inteligente y prudente”.

### e) Antijuridicidad

Con el finalismo se le otorgó a la antijuridicidad un alcance mas allá de su concepción formal. Se le identificó como la contradicción de una realización típica con el ordenamiento jurídico en su conjunto. De esta manera, no existen tipos antijurídicos, sino sólo realizaciones antijurídicas del tipo.

Ante la pregunta ¿Por qué no todas las conductas siendo típicas son antijurídicas?, además de la respuesta sustentada en que en esos supuestos media una causa de justificación, Welzel responde: porque hay una adecuación social. Esta adecuación se refiere a un principio general de interpretación cuyo significado no se limita al Derecho penal, sino que comprende el ordenamiento jurídico en general. Este tratamiento lo derivó de la propia naturaleza del injusto personal: lo injusto no se agota en la causación del resultado (lesión del bien jurídico) desligada de su contenido de la persona del autor, sino que es acción antijurídica sólo como obra de un autor determinado.<sup>43</sup>

### f) Culpabilidad

En el finalismo la culpabilidad se sustentó en el reproche personal contra el autor. Se le reprocha no haber evitado la acción antijurídica cuando estaba en posibilidades de hacerlo. Su esencia radica en el *poder en lugar de ello*, o como comúnmente se le identifica: *exigibilidad de otra conducta*.<sup>44</sup>

Para poder fundamentar el reproche al autor se requieren en él dos presupuestos: Que en virtud de las fuerzas psíquicas, en abstracto, sea capaz de motivarse de acuerdo a la norma. Es decir, que sea imputable. El otro presupuesto es que el autor se encuentre en posibilidades de comprender el carácter antijurídico de su actuar concreto (conocimiento de antijuridicidad).<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> Vid. WELZEL, Hans: *Derecho penal alemán, op. cit.*, pp. 86-92.

<sup>44</sup> Vid. *Ibid.*, p. 166.

<sup>45</sup> Vid. *Ibid.*, pp. 166-170.

El juicio de reproche que comprende la culpabilidad en virtud de la capacidad del autor de actuar de otro modo, tiene a su vez, un sustento de mayor fondo: El libre albedrío del ser humano. Planteó Welzel que entre todos los seres humanos, únicamente el hombre tiene la capacidad de otorgarle dirección a sus actos. El ser humano, siguiendo a Welzel, no actúa sólo por instintos sino por determinados intereses, porque tiene la capacidad para autodeterminarse.<sup>46</sup>

### IV.3. Críticas

En buena medida el finalismo otorgó a la dogmática jurídico penal mayor consistencia sistemática. Sin embargo, fueron cuestionadas sus premisas ideológicas, lo cual no debemos pasar por alto.

Una de las principales aportaciones que proporcionó el finalismo a la sistemática del delito jurídico-penal fue la incorporación del dolo y la culpa en el tipo, desprendiéndolos de la culpabilidad. Pero esa incorporación es casi unánime en la actualidad, con algunas variaciones,<sup>47</sup> sin que ello implique una afiliación a esa corriente, por el contrario, se desprenden sustancialmente de su soporte ideológico.

Ahora una de las críticas más insistentes al finalismo se encuentra precisamente en la piedra angular de su sistemática: la acción final. Y es que de la misma manera que el causalismo, asumió un concepto prejurídico del comportamiento humano; partió de una base ontológica, desde una perspectiva del ser, para formular una propuesta jurídica con incidencia en la sistemática de la teoría del delito. En este sentido, se ha hecho énfasis en el sentido de que ninguna teoría de la acción y ningún otro concepto fundamentado ontológicamente de manera similar puede ser la base de un sis-

---

<sup>46</sup> Vid. *Ibid.*, pp. 170-177.

<sup>47</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd: "Sobre la sistemática de la teoría del delito", en: *Nuevo Pensamiento Penal*, año, 4, n.º 5 a 8, 1975, pp. 40 y ss.

tema del que se puedan derivar resultados prácticos. Por ello, todo intento es inútil porque no es posible solucionar ningún problema jurídico con conceptos previos a los contenidos jurídicos.<sup>48</sup> Bajo una perspectiva distinta, se han venido ofreciendo conceptos de acción con otras bases, sobre todo de carácter normativo.<sup>49</sup> Hay quienes también asumen un determinado concepto ontológico de acción, pero dándole su significado en el ámbito del Derecho penal<sup>50</sup> o con trascendencia social.<sup>51</sup>

## V. TENDENCIAS MODERNAS (EL "FUNCIONALISMO")

En contraposición a las premisas metodológicas del causalismo y finalismo, la ciencia jurídica penal comenzó a tomar otros derroteros. Se fueron sustituyendo las bases naturalistas u ontológicas por requerimientos de índole político criminal o de base sociológica. En seguida nos referiremos a las orientaciones más representativas de esta tendencia.

---

<sup>48</sup> Vid. ROXIN, Claus: "Contribución a la crítica de la teoría final de la acción", en (VV. AA.): *Problemas básicos del Derecho penal*, trad.: Diego Manuel Luzón Peña, Biblioteca Jurídica de Autores españoles y extranjeros, Reus, Madrid, 1976, p. 98.

<sup>49</sup> Al respecto, vid. BORJA JÍMENEZ, Emiliano: "Funcionalismo y acción. Tres ejemplos en las contribuciones de Jakobs, Roxin y Gimbernat", en: *Estudios Penales y Ccriminológicos*, XVII, Universidad de Santiago de Compostela, 1994, pp. 9-69.

<sup>50</sup> Vid. MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal, parte general*, sexta edición, Reppertor, Barcelona, 2002, pp. 184-189.

<sup>51</sup> Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGNED, Thomas: *Tratado de Derecho penal, parte general*, quinta edición, trad.: Miguel Olmedo Cardenote, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2002, pp. 238 y 239.

## V.1. La sistemática teleológica (el "funcionalismo moderado")

En el contexto del Derecho penal contemporáneo ubicamos una corriente que le otorga a la sistemática del delito una vinculación imprescindible con la política criminal. El primer exponente de esta construcción es Claus Roxin. Sus aportaciones en la década de los sesenta, comenzaron a marcar una nueva perspectiva y una visión diferente de la ciencia del Derecho penal. Significó un respiro de aire fresco a las discusiones empantanadas entre causalistas y finalistas, que aún prevalecían en esa época.

### V.1.1. Bases generales: la vinculación con la política criminal

Roxin hace hincapié en el riesgo que corre la dogmática jurídica si no se abre a pautas valorativas. Por ello puntualiza que el estudio analítico del delito debe tener también una orientación político-criminal,<sup>52</sup> en contraposición a lo que en su momento Liszt delimitó como la "barrera infranqueable."<sup>53</sup> Esta propuesta ha venido ganando adeptos tanto en Europa como en América Latina.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: "Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites", en (VV. AA): *Política criminal y nuevo Derecho penal* (libro Homenaje a Claus Roxin), Bosch, Barcelona, 1997, p. 18. Plantea que actualmente, pocos son los que parecen estar dispuestos a rechazar la conveniencia de integrar consideraciones político-criminales en la construcción del sistema del delito y en la atribución del contenido a sus diversas categorías.

<sup>53</sup> Vid. ROXIN, Claus: *Política criminal y estructura del delito*, (elementos del delito en base en la política criminal), trad.: Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, PPU, Barcelona, 1992, p. 46. En contrapartida a esa barrera infranqueable creada por Liszt, plantea que la política criminal es la fuente de la construcción penal, conceptual y sistemática.

<sup>54</sup> Entre otros: MIR PUIG, Santiago: "El sistema de Derecho penal en la Europa actual," en: *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, (Libro Homenaje a Claus Roxin), J. M. Silva Sánchez (edic. española), coord.: B. Schunemann y Jorge de Figueiredo Dias, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 25-35.

Atribuye al pensamiento sistemático de la dogmática jurídica penal varios riesgos, entre ellos:<sup>55</sup> el olvido de la justicia en el caso concreto; la reducción de las posibilidades de resolver los problemas; se puede llegar a deducciones sistemáticas no legitimables político-criminalmente; y la elaboración de conceptos demasiado abstractos. Para contrarrestar esos riesgos, plantea que en un Derecho penal moderno la dogmática jurídica tiene que estructurarse teleológicamente atendiendo a finalidades valorativas. Y así, las finalidades rectoras que constituyen el sistema de Derecho penal sólo pueden ser de tipo político-criminal.

Pero, ¿cómo se analiza cada elemento del delito con un sustento político-criminal? La respuesta la encontramos en los fines del Derecho penal y en los medios que utiliza para alcanzarlos, en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho. De esta manera, cada elemento del delito debe permanecer en concordancia con los principios, criterios y límites que dicho modelo estatal impone en el marco de la política-criminal que le es propia.<sup>56</sup>

Ahora bien, bajo esta orientación es importante evitar el riesgo de absolutizar y ontologizar la política criminal, pero también se debe evitar diluirla en arbitrariedad.<sup>57</sup> El primer riesgo se da cuando se asumen ciertos principios político-criminales sin someterlos a una ulterior fundamentación. O cuando se considera suficiente apelar a la política criminal, como si se tratase de algo en sí mismo evidente.

---

<sup>55</sup> Vid. ROXIN, Claus: *Derecho penal, parte general*, t. I, Fundamentos. *La estructura de la teoría del delito*, trad.: de la 2.ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; y, Javier de Vicente Remesal, Cívitas, 1997, pp. 206-215. Antes puntualiza sus ventajas: facilita el examen del caso; se establece el orden del sistema como presupuesto de una ampliación; simplifica y proporciona una mejor manejabilidad del Derecho; y es una guía para la elaboración y desarrollo del Derecho.

<sup>56</sup> Vid. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo: *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*, Colex, Madrid, 1997, p. 27. Plantea que la función del Derecho penal no es más que un apartado de la teoría del Estado.

<sup>57</sup> En el mismo sentido, vid. MIR PUIG, Santiago: "El sistema de Derecho penal...", *op. cit.*, 28.

El riesgo de caer en la arbitrariedad sucede cuando se confunden las exigencias político-criminales con el particular y subjetivo punto de vista valorativo del intérprete.<sup>58</sup> Por ello, la construcción del sistema penal debe permanecer en función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho. Este planteamiento supone entonces una cadena de funciones: Función del Estado, función del Derecho penal y función de la teoría del delito. A este esquema Mir Puig lo denomina *metodología teleológica*.<sup>59</sup>

Esta orientación se aleja de la sistemática conceptual penal dependiente de las tendencias eminentemente filosóficas. Como bien lo precisa Roxin, hasta bien entrado el siglo XIX dominó en los manuales de Derecho penal la filosofía de Hegel. Para 1870, fue sustituida por un naturalismo científico espiritual orientado en la exactitud que proporcionaban las ciencias naturales. Esta tendencia siguió hasta el siglo XX con la influencia del neokantismo. Y por último, surgió el predominio del finalismo sustentado en las estructuras ontológicas.<sup>60</sup> En cambio, a partir de orientaciones político criminales, sin negarse la importante función de la realidad del ser –a la que no pueden oponerse las construcciones dogmáticas– se construyen los conceptos valorativos.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> Por ello, debemos precisar que una construcción teórica orientada político-criminalmente, de ninguna manera implica un distanciamiento con el pensamiento sistemático. Por el contrario, le proporciona un mejor sentido. En similares términos, es ilustrativo el planteamiento de Bernardo Feijóo Sánchez (*El injusto penal y su prevención ante el nuevo...*, op. cit., p. 13): "(...) la renuncia al pensamiento sistemático supone un retorno al pensamiento tópico, al casuismo y a la solución ocasional; en definitiva, un retorno a la arbitrariedad, irracionalidad, improvisación e inseguridad jurídica, posibilitando con ello que hechos y situaciones valorativamente iguales sufran un trato desigual o viceversa".

<sup>59</sup> Vid. MIR PUIG, Santiago: "El sistema del Derecho penal en la Europa actual", op. cit., p. 28. Con esta denominación, pretende hacer la distinción con el funcionalismo de Parsons, Lhumann, y –en el ámbito del Derecho penal– de Jakobs.

<sup>60</sup> Vid. ROXIN, Claus: *Política criminal y estructura del delito*, op. cit., p. 42.

<sup>61</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: "Sobre las posibilidades y límites de una dogmática supranacional del Derecho penal", en: *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, (Libro homenaje a Claus Roxin), J. M. Silva Sánchez (edic. española), coord.: B, Schüneman y Jorge de Figueiredo Días, Bosch, Barcelona, 1995, p. 12.

Es así como la sistemática del delito adquiere otra dimensión. Ahora, al abordarse la teoría del delito con una orientación político-criminal, se hace con un sentido crítico, a partir del pensamiento sistemático y bajo el reconocimiento de las limitaciones que puede tener la norma. La técnica jurídica, como cualquier otro tipo de técnica, plantea Muñoz Conde, tiene sus limitaciones y no puede convertir lo blanco en negro ni evitar que así sea.<sup>62</sup> Por ende, no hay que esperar a la última fase de la dogmática jurídica para establecer la crítica del Derecho penal (ya interpretado). La crítica debe estar presente también en la interpretación y sistematización, procurando que los resultados de éstos sean idóneos para una convivencia pacífica y democrática. Y sólo cuando esto no sea posible, habrá que conseguirlo por la vía de la crítica al Derecho penal vigente de *lege ferenda*, procurando su reforma.<sup>63</sup>

Recapitulando, cada elemento del delito contiene un criterio político-criminal y toda la sistemática en su conjunto debe permanecer articulada con una proyección ideológica. De esta manera, no es posible analizar una sistemática sin tener presente el modelo estatal respectivo y una política criminal definida. Sólo así se le puede otorgar un sustento. De lo contrario, es como caminar en el desierto sin rumbo fijo. Bajo esta panorámica, el juez no sólo debe limitarse a una obediencia de la ley, sino a una teoría explícita o por lo menos explicitable de la pena estatal. Para ello debe tomar partido por una determinada concepción político criminal. Pero por otro lado, la orientación de justicia criminal, si quiere superar el nivel de *justicia del juez*, tampoco puede renunciar a un control mediante un sistema desarrollado por la ciencia jurídica.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 184

<sup>63</sup> Vid. *Idem*.

<sup>64</sup> Vid. SCHÜNEMANN, Bernard: "La política criminal y el sistema de derecho penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (tomo XLIV, III), septiembre-diciembre de 1991, pp. 694-696. Por su parte, LAMARCA PÉREZ, Carmen ("Posibilidades y límites de la dogmática jurídico penal", en: *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 33, Madrid, 1987, p. 51), sostiene: "Cuando las soluciones dogmáticas requieren de la política criminal, cuan-

### V.1.2. Punto de partida metodológico

Si la dogmática jurídica penal y específicamente la teoría del delito deben tener una finalidad político-criminal, la discusión se centra al determinar los criterios valorativos que le darán contenido a esas orientaciones. Dicho contenido se ubica, primeramente, en atención a los fines de la pena, tanto generales como especiales. Y en términos más amplios atendiendo a las funciones del modelo estatal social y democrático de Derecho.<sup>65</sup>

Esto implica incluir las funciones de la pena en el contexto integral de las funciones del Derecho penal, en atención a los fines que persigue. En efecto, siguiendo a Mir Puig, la teoría de delito no se encuentra desvinculada del fundamento y de la función de la pena. Por el contrario, constituye la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser objeto de una pena, y da respuesta a la pregunta de cuáles son los elementos que deben concurrir como mínimo y con carácter general para que algo sea punible.<sup>66</sup>

---

do la interpretación de los preceptos penales deben contrastarse con los valores o principios de la política, el jurista tiene que hacer explícito su punto de vista y, desde luego, no buscar esos valores en su personal espíritu crítico sino en el propio ordenamiento, específicamente en la constitución que establece el sentido último que ha de tener todo acto de protección jurídica”.

<sup>65</sup> En el mismo sentido, *vid.* MOCCIA, Sergio: “Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente”, en: *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal* (Libro Homenaje a Claus Roxin), J.M. Silva Sánchez (ed. Española), coord.: B. Schünemann y Jorge de Figueiredo Días, Bosch, 1995, pp. 73-109, especialmente p. 76. Por su parte, Silva Sánchez ( “Sobre las posibilidades y límites...”, *op. cit.*, p. 12). Precisa que las finalidades político-criminales no se reducen a meras consideraciones utilitaristas de eficiencia, sino que comprenden esencialmente consideraciones valorativas derivadas del principio de dignidad humana y de las garantías individuales fundamentales. *Cfr.* AMELUNG, Knut: “Contribuciones a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin”, en: *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, comp.: Bernd Schünemann, Tecnos, Madrid, 1991, p. 95. Se manifiesta partidario a la metodología empleada por Roxin, la cual considera de gran utilidad, pero establece algunas consideraciones críticas al objeto y contenido de las decisiones políticas que asume al analizar los niveles de la estructura tripartita del delito.

<sup>66</sup> *Vid.* MIR PUIG, Santiago: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2a. edición, Bosch, Barcelona, 1982, p. 80.

Para Roxin, además de la protección de bienes jurídicos, el punto de partida de la dogmática penal orientada político-criminalmente es la configuración de sus principios superiores en la teoría penal. Siguiendo su planteamiento, el fin de la pena es exclusivamente la prevención, tanto general como especial. La prevención general entendida no como prevención intimidatoria negativa, sino como *prevención integradora positiva*. Es decir, la pena no debe retraer a través de su dureza a los autores potenciales de la perpetración de delitos, sino que ella debe restaurar la paz jurídica, en cuanto da al pueblo la confianza de que su seguridad será salvaguardada y que las reglas reconocidas de la convivencia humana pueden reafirmarse contra perturbaciones graves. Bajo esta panorámica, el Derecho penal es un factor integrador social en cuyos efectos también se incluye al autor porque con el castigo se trata de solucionar el conflicto social producido a través del hecho, de modo que el autor puede ser reintegrado socialmente.<sup>67</sup> Esto es, en un modelo de Estado social y democrático de Derecho, se debe proporcionar al delincuente una alternativa socializadora al aplicársele la sanción privativa de libertad.

### V.1.3. Proyección en los elementos de la teoría del delito

Roxin logra proyectar la vinculación entre dogmática jurídica penal y la política criminal en los elementos de la teoría del delito de la siguiente manera:<sup>68</sup>

- a) En el *tipo penal*, el hecho se valora desde el punto de vista de la necesidad abstracta de la pena. A su vez representa la determinación técnica de la ley penal bajo la exigencia garantista derivada del *nullum crimen sine lege*. Es así como cada elemento del tipo penal debe cumplir el objetivo de respetar dicho principio. Por ejemplo: el

---

<sup>67</sup> Vid. Roxin, Claus: *Política criminal y estructura del delito*, op.cit., pp. 46 y 47.

<sup>68</sup> Vid. *Ibid.*, p. 61. Sobre un análisis representativo de la sistemática de Roxin, vid. BORJA JIMÉNEZ, Emiliano: "Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España": en: *Cuadernos de Política Criminal*, 1997.

dolo y la culpa están en el tipo no por consideraciones ontológicas derivada de la acción final o del injusto personal –como se fundamentaba en el finalismo– sino por cumplimiento al mandato de determinación que debe prevalecer en el tipo para respetar la legalidad. Es decir, el legislador determina el supuesto de hecho a título doloso o culposo y no puede fraccionar dicho mandato remitiendo estos elementos a la culpabilidad.

- b) En la *antijuridicidad*, se manifiesta la necesidad concreta de pena de acuerdo a la inclusión de todas las circunstancias de una situación determinada. Es el ámbito donde se proporcionan soluciones a los conflictos en un marco de racionalidad, a partir de la ponderación de intereses inherentes al Estado social y democrático del Derecho.
- c) En la *culpabilidad*, se expresa la necesidad concreta de pena para el autor. Sirve como límite al poder penal del Estado, debido a que sólo puede aplicar la sanción cuando ésta cumpla sus fines preventivos. En este sentido, la culpabilidad debe excluirse, por ejemplo, cuando el sujeto padezca una enfermedad mental, cuando actúe bajo coacción; o bien, si comete el hecho típico y antijurídico debido a un error invencible sobre el carácter ilícito de su actuación. En estos casos no operan los fines preventivos de la penal (ni el general positivo, ni el especial) y por ello debe excluirse la culpabilidad.<sup>69</sup>

Ubicados en este tratamiento, en la culpabilidad no se trata de formular declaraciones ontológicas; más bien comprende un postulado político-criminal dirigido a los jueces con el siguiente mensaje: Debes tratar al ciudadano, por su libertad, como persona capaz de decisión autónoma y de responsabilidad, siempre que su capacidad de motivación normal no se encuentre afectada.

---

<sup>69</sup> Vid. ROXIN, Claus: "Causas de exclusión, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena", en: *Cuadernos de Política Criminal*, Instituto Universitario de Criminalidad de la Universidad Complutense de Madrid, n.º 46, año 1992, pp. 174 y 175.

Basado en esta orientación sistemática, Roxin plantea que la culpabilidad es una condición necesaria, pero no suficiente para la imposición de la pena. Llega a esta conclusión argumentando que el principio de culpabilidad consiste en evitar que por razones de prevención general o especial se abuse de la pena, pero el legislador, desde un punto de vista jurídico-penal, hace responsable al autor de su actuación. Por ello lo procedente no es hablar de culpabilidad sino de responsabilidad. Así, en el tipo y la anti-juridicidad, se determina si una conducta se ajusta o no a las reglas. En cambio, en la responsabilidad, se determina la necesidad de sancionar a un autor específico, ubicado en circunstancias concretas.<sup>70</sup>

## V.2. El funcionalismo sistémico "radical"

### V.2.1. Marco ideológico

La otra perspectiva del funcionalismo representa una postura más radical porque rompe con varios principios garantistas y presupuestos metodológicos que parecían inamovibles en la construcción del discurso jurídico-penal. Esta corriente se encuentra representada principalmente por Günther Jakobs.<sup>71</sup> El principal presupuesto del cual parte esta corriente es el distanciamiento con el contenido ético valorativo y en su lugar propone centrarse en la vida social. Es decir, el Estado sólo puede castigar aquellas acciones que representen cierta lesividad social.

Jakobs se basa fundamentalmente en la teoría de los sistemas de Luhmann. Desde esta corriente sociológica adopta la construcción de un Derecho

---

<sup>70</sup> Vid. ROXIN, Claus: *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Reus, España, 1981, sobre todo, pp. 42 y ss.

<sup>71</sup> Para una referencia general del planteamiento de este autor, vid.: GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: *La delincuencia organizada, (Algunos aspectos penales, criminológicos y político-criminales)*, Universidad de Guanajuato, 2001, p. 273, nota 318. También OJEDA RODRÍGUEZ, Cuauhtémoc y GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: *La imputación objetiva*, Universidad de Guanajuato, 2002, pp. 83 y ss.

penal legitimado a partir de la necesidad de garantizar la vigencia de las expectativas sociales frente a aquellos que expresen comportamientos incompatibles con la norma. De esta manera, la norma representa el modelo general de comportamiento en las relaciones sociales.<sup>72</sup> A su vez, la norma penal forma parte de un sistema de comunicación más amplio conformado por varias prestaciones. La norma penal, si se asume de manera aislada puede apreciarse como un mal. Pero si se aprecia la secuencia externa entre hecho y pena, a partir de la dialéctica hegeliana, se produce la racional ausencia de males.

En este sentido, el delito es una afirmación que representa una contradicción a la norma. En oposición a ello, la función del Derecho penal es contradecir la contradicción a las normas que proyectan la identidad social.<sup>73</sup> Siguiendo esta línea de pensamiento, la pena estatal tiene la función de garantizar las expectativas sociales fundamentales con base en la prevención general positiva, a través del reconocimiento de la norma. Esto es, la pena tiene una función exclusiva de prevención general; sirve para confirmar la vigencia de la norma cuando ésta ha sido vulnerada. Al imponerse, se deriva una conexión entre la conducta infractora de la norma y la obligación de soportar sus consecuencias.

Ahora, la norma no sólo se dirige para influir sobre los potenciales autores de futuras infracciones; también asume como destinatarios a todos los miembros de la sociedad, concebidos como potenciales víctimas de los infractores de la norma, a fin de reafirmar en ellos la confianza en la norma infringida. Es por ello que la función preventiva general de la pena es en sentido positivo: porque pretende difundir en la sociedad no sólo una vi-

---

<sup>72</sup> Vid. JAKOBS, Günther: *Estudios de Derecho penal*, Trad.: al castellano y estudio preliminar de: Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Cívitas, Madrid, 1997. Particularmente el estudio preliminar de la obra elaborado por Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá.

<sup>73</sup> Vid. JAKOBS, Günther: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad.: Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 17-21.

sión negativa de la consecuencia del delito, sino también imponer una determinada visión de la realidad.<sup>74</sup>

Para reafirmar su posición en torno al carácter preventivo general positivo de la pena, Jakobs, asume una postura crítica en torno al enfoque preventivo especial de aquélla. Establece:

El hecho punible se presenta, por cierto, concluido; cuando se le castiga, es pasado. Naturalmente, si lo pasado no fuera más que pasado, no habría nada que superar; más bien sería indiferente, olvidado en poco tiempo. El hecho punible concluido no es objeto del Derecho penal por sí mismo, sino que lo es sólo en la medida en que es origen de un conflicto todavía presente al momento de la punición, y es este conflicto lo que debe ser superado. De lo que se trata, entonces, es de la superación del presente por el pasado.<sup>75</sup>

Por ello, sostiene, en la prevención general positiva, la pena –a diferencia de lo que sucede en la prevención general negativa– no se dirige a la generalidad como un arsenal de futuros delincuentes potenciales que tienen que ser intimidados; más bien se dirige al ciudadano fiel al Derecho. Y es que toda persona, si quiere orientarse en la vida social, debe asegurar sus expectativas. Pero como la seguridad cognitiva plena sólo es imaginable en un mundo encerrado en un museo, en la vida social, las expectativas deben asegurarse normativamente. Es decir, confirmando a quien le otorga su confianza a las normas que en caso de que se frustren o vulneren, su confianza es correcta, el defecto está en la persona que las ha quebrantado: en el delincuente, y con respecto a él, establece Jakobs, la norma representa un aprendizaje de adaptación a las consecuencias.<sup>76</sup>

Recapitulando, en el funcionalismo sistémico la misión de la pena no es la evitación de lesiones a bienes jurídicos. Como se señalaba, bajo esta perspectiva, está destinada a confirmar la vigencia de la norma reguladora de

---

<sup>74</sup> Vid. BORJA JIMÉNEZ, Emiliano: "Algunos planteamientos dogmáticos...", *op. cit.*, p. 609.

<sup>75</sup> JAKOBS, Günther: "Superación del pasado mediante el Derecho penal", en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 47, fasc. II, 1994, pp. 137 y 138.

<sup>76</sup> Vid. JAKOBS, Günther: "Sobre el tratamiento de la alteración volitiva y cognitiva", en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 45, fasc. I, 1992, p. 213.

relaciones interpersonales en un determinado contexto social. Es decir, garantiza la confianza en la estructura estatal que regula la vida del ser humano en sociedad. Con base en este discurso, identifica su planteamiento como un funcionalismo jurídico-penal, que engloba una teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad.<sup>77</sup>

## V.2.2. Repercusiones sistemáticas

Jakobs, discípulo de Welzel, asume su propuesta sistemática sustentado en el segundo plano del finalismo: en el terreno de las relaciones sociales del ser humano. De otro lado, se desprende de todo contenido naturalístico u ontológico. Bajo este tenor, plantea una normativización de los conceptos jurídico-penales, orientados a la función que le corresponde al Derecho penal, referida líneas arriba. Establece que el universo de los conceptos jurídico-penales tiene que someterse a la función social del Derecho penal y no a fenómenos naturales o de otro contenido, ajenos a lo social.<sup>78</sup> En este sentido, basado en el marco conceptual de los sistemas sociales de Luhmann, le otorga contenido a las categorías del delito, a partir de la contribución que éstas prestan en orden al mantenimiento de la estructura social correspondiente. A continuación haremos una breve referencia de ese enfoque sistemático.

### V.2.2.1. Teoría general de la imputación

Jakobs orienta su sistemática en dos niveles de imputación: en uno objetivo (injusto) y otro subjetivo (culpabilidad). Esta doble proyección tiene el

---

<sup>77</sup> Vid. JAKOBS, Günther: *Sociedad, norma y persona...*, op. cit., p. 15.

<sup>78</sup> PEÑARANDA RAMOS, Enrique: Estudio preliminar a la obra de Jakobs: *Estudios de Derecho penal*, trad. a castellano y estudio preliminar de: Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1997, p. 17.

sustento siguiente: El Derecho penal interviene ante el quebrantamiento de la norma o defraudación de las expectativas de relevancia social. Pero no a todos los individuos le son exigidas las mismas conductas. Las expectativas derivadas de un contexto social son variadas. Cada persona está obligada a cumplir sólo las que caen dentro de su ámbito de organización; las que le han sido asignadas para desempeñar su función social. De esta manera, cada individuo posee determinados roles cuyo contenido está representado por expectativas de comportamiento social. Y cuando esas expectativas no se cumplen, emana una defraudación, es decir, una imperfecta ejecución de un rol. Precisa Jakobs, que en el mundo social no todo corresponde a todos; cada persona está obligada a comportarse en razón de lo que la sociedad le exige. Desde esta perspectiva, en una sociedad, todos somos garantes respecto a determinadas actividades y a cada miembro se le imputa una sanción derivada de la norma, según su rol.<sup>79</sup>

La consideración genérica que permite precisar cuándo una conducta lesiona leyes de convivencia social, se hace a partir de una imputación objetiva, al crearse riesgos jurídicamente relevantes.<sup>80</sup> Por otro lado, para determinar la responsabilidad individual, es necesario analizar el comportamiento del autor. Pero ya no como un genérico portador de roles sino en la culpabilidad, a través de la imputación subjetiva.

#### a) Acción

Desprendido de los presupuestos del causalismo y el finalismo, le otorga un contenido *sui generis* a la acción. La identifica como la expresión de un sentido consistente en la causación individual evitable (dolosa o culposa) de determinadas consecuencias.<sup>81</sup>

<sup>79</sup> Vid. REYES ALVARADO, Yesid: *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1994, p. 63.

<sup>80</sup> Vid. JAKOBS, Günther: *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad.: Manuel Cancio Meliá, Cívitas, Madrid, 1996.

<sup>81</sup> Vid. BORJA JÍMENEZ, Emiliano: "Algunos planteamientos...", *op. cit.*, p. 607.

### *b) Injusto*

Para Jakobs no tiene sentido la discusión entre el desvalor del acto y el desvalor del resultado. Plantea que en un plano naturalístico siempre habrá modificaciones en el mundo exterior y en el ámbito jurídico siempre habrá resultados, entendidos como quebrantamiento a una norma o defraudación de expectativas socialmente relevantes. Esto último es lo fundamental. Es decir, el injusto se actualiza con la frustración de un rol determinado por parte de un sujeto en una comunidad específica.<sup>82</sup>

El dolo y la culpa forman parte del injusto para determinar la correcta defraudación del rol, pero también de la culpabilidad para asumir consideraciones de índole individual. Así, el aspecto volitivo del dolo atañe a la imputación objetiva y el cognoscitivo a la imputación subjetiva. De esta manera, no existe, en el injusto, diferencia en el tratamiento de los delitos dolosos y culposos. Tal distinción sólo adquiere sentido en el ámbito de la imputación subjetiva.

Tampoco hay distinción entre los delitos de acción y los de omisión. Lo que al Derecho penal le interesa como conducta, es aquella actuación con la cual una persona se aparta de las expectativas de comportamiento social; cuando incumple el rol que le incumbe, tanto en la acción ontológicamente positiva, como negativa, con independencia de si lo hace de manera activa u omisiva.<sup>83</sup>

### *c) Culpabilidad (imputación subjetiva)*

Para Jakobs, la culpabilidad significa un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal. Es el resultado de una imputación reprobatoria debido a la defraudación producida, motivada por la voluntad defectuosa del sujeto activo. Esta idea se basa en que todo ordenamiento puede tener

---

<sup>82</sup> Vid. *Ibid.*, p. 608.

<sup>83</sup> Vid. JAKOBS, Günther: "La omisión: estado de la cuestión", en: *Sobre el estado de la teoría del delito*, coord.: Jesús María Silva Sánchez, trad.: Javier Sánchez Vera Gómez-Trellas, Cívitas, Madrid, 2000, pp. 132-133

la pretensión de que los seres humanos, capaces de motivarse en torno al mantenimiento del orden social proyectado en la norma, así lo hagan.<sup>84</sup>

Culpabilidad material es la falta de fidelidad a las normas legítimas. Y esa legitimidad se deriva de la atribución del rol que le corresponde a la persona, libre en la conducción de su comportamiento. Así, cuando hay un *déficit* de motivación jurídica, ha de castigarse al autor para mantener la confianza general de la norma. De esta manera, el concepto de culpabilidad no ha de orientarse al futuro sino al presente, porque estabiliza el ordenamiento vulnerado.<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> Vid. JAKOBS, Günther: *Estudios de Derecho penal*, op. cit., pp. 364, 438 y 393.

<sup>85</sup> Vid. JAKOBS, Günther: *Derecho penal, parte general*, trad.: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995, pp. 579 y ss. Como crítica a esta postura, cfr. SCHÜNEMANN, Bernd: "La culpabilidad: estado de la cuestión", en (VV. AA.): *Sobre el estado de la teoría del delito* (seminario en la Universitat Pompeu Fabra), trad.: David Felipe I Saborit y Ramón Ráques I Vallés, Cívitas, Madrid, 2000, pp. 91-125.

---

# La esencia garantista del derecho penal y su situación actual ante las nuevas manifestaciones de la criminalidad

## INTRODUCCIÓN

Aunque hemos hecho hincapié en el sustento ideológico que subyace en el Derecho y particularmente en el Derecho penal, nuestro estudio ha tenido un enfoque preponderantemente sistemático. Hemos dejado para el final –sin que por ello sea menos importante– la incorporación de una breve referencia a los principios garantistas derivados del Estado social y democrático de Derecho que deben prevalecer en la construcción del discurso jurídico-penal. En un Estado de esta índole, toda construcción legislativa o sistemática tendente a regular el fenómeno de la criminalidad, debe tener como fundamento básico de su actuación la imposición de los principios referidos. Esta perspectiva ideológica-política, se ha reflejado en el desarrollo de las ciencias penales de corte europeo –sobre todo, las de influencia italiana o alemana– y así se ha implementado, también, en los países latinoamericanos. De esta manera, particularmente, las construcciones sistemáticas de la teoría del delito se encuentran influenciadas por esa exigencia.

Hacer esta referencia no implica mayor novedad. En estricto sentido, estamos haciendo alusión al legado de la *Ilustración* proyectado al ámbito científico del Derecho penal. Pero hay que hacer notar una circunstancia: la delincuencia ha evolucionado. Las manifestaciones de la criminalidad, el perfil del delincuente y de la víctima no poseen, en todos los casos, rasgos análogos a los del siglo XVIII. Debido a ello, actualmente existe un amplio debate en torno a la vigencia de los principios garantistas clásicos del Derecho penal. Hay tendencias que proponen replanteamientos sistemáticos que entrañan modificaciones o rupturas con dichos principios.

Ubicados en este escenario detectamos dos extremos: En un sector, quienes se mantienen renuentes a la posibilidad de ceder en cualquier aspecto técnico o garantista que implique transgredir los postulados que sustentan un Estado democrático. Por otro lado, quienes plantean la necesidad de modificar, sustituir o prescindir de esos principios en aras de posibilitar el tratamiento a las nuevas manifestaciones de la criminalidad. A su vez, entre ambos extremos existen posturas intermedias.

Con la pretensión de ofrecer una referencia general sobre este fenómeno, en el presente capítulo, primeramente, abordaremos las bases sustanciales del tratamiento garantista derivado del Estado social y democrático de Derecho.<sup>1</sup> Posteriormente, destacaremos las tendencias que repercuten en la afectación de ese modelo

---

<sup>1</sup> Para el desarrollo de este apartado aprovecharemos algunas notas de nuestra autoría elaboradas con motivo de otra publicación. Vid. GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: "Algunas referencias para la construcción de un Derecho penal garantista", en: *Dos mil tres mil*, Corporación Universitaria de Ibagué, Colombia, n° 6, año 2002, pp. 11-29.

Primera parte  
LA ESENCIA GARANTISTA DEL DERECHO PENAL

I. PLANTEAMIENTO

El Derecho penal está teniendo un papel protagónico en los Estados contemporáneos. Cada vez es más intensa la tendencia de acudir a él para la resolución de conflictos sociales. Esta situación se refleja en un notorio incremento de las conductas tipificadas como delitos y de las penas, aunado a la flexibilidad de las disposiciones dogmáticas bajo la justificación de *erradicar la impunidad*. Mientras eso sucede, la fachada del *Estado de Derecho* se pregona como un elemento latente en los discursos de los operadores políticos del sistema penal. Además, se habla mucho de la consolidación de los *Estados democráticos*, y no tan fácilmente se pone en tela de juicio la preponderancia de los Derechos Fundamentales.

No obstante, si hiciéramos una evaluación de los ordenamientos jurídico penales en los Estados que se ostentan como democráticos, desde una perspectiva estrictamente académica, difícilmente se derivarían resultados favorables. En este ámbito, la democracia no se mide por el principio de mayorías sino por su racionalidad; su consistencia y concordancia con principios elementales que le dan sustento y legitimidad. Decir Estado de Derecho, más que un recurso retórico, es una expresión de un elevado contenido y definición conceptual, que en la primera mitad del siglo XIX Robert von Mohl comenzó a utilizar para referirse a los requerimientos y exigencias correspondientes al Estado liberal democrático.<sup>2</sup> Aunado a ello, en la construcción del discurso jurídico penal hay que añadir las repercusiones

---

<sup>2</sup> Vid. DÍAZ, Elías: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 1a edición, Taurus, Madrid, 1988, pp. 17 y 18. Enfatiza que no todo Estado es Estado de Derecho, no obstante que se tenga un orden jurídico y un sistema de legalidad, sino que las ideas de control jurídico, la regulación desde el Derecho de la actividad estatal, de limitación del poder del Estado como sometimiento a la ley, deben aparecer como aspectos centrales en el concepto del Estado de Derecho, en relación con el respeto al hombre y a los derechos fundamentales.

derivadas de la transformación de Estado democrático a social y democrático de Derecho.

Ante este estado de cosas, en las líneas siguientes trataremos de dar un breve bosquejo de los lineamientos bajo los cuales debe sustentarse el Derecho penal en un Estado de conformación democrática y proyección social. Reiteramos, no hay planteamientos novedosos, a lo sumo, un esfuerzo sintético por compendiar algunas de las ideas representativas sobre este tema.

## II. PUNTO DE PARTIDA: LA PROYECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Ubicados en un Estado social y democrático de Derecho, toda estructura jurídico-política debe tener como sustento y finalidad el aseguramiento de los derechos fundamentales. Resulta intolerable cualquier concepción que se aparte del principio de que el ser humano, su autonomía y su dignidad, están por encima de todo programa social.<sup>3</sup>

La seguridad jurídica, a partir del equilibrio y distribución del poder entre órganos que funcionen de manera compensada y autónoma tiene su sustento en el pensamiento de Montesquieu y de Rousseau. El origen de la sociedad se encuentra en un contrato social basado en la idea de que la soberanía es distribuida de manera alícuota, por partes iguales entre todos los ciudadanos y la expresión de las decisiones asumidas por esa colectividad, se manifiestan a través de la ley que expresa la idea de voluntad general.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Vid. POLITOF, Sergio: "Sistema jurídico-penal y legitimación política en el Estado democrático de derecho", en: *Nuevo Foro Penal*, Temis, n.º 45, Bogotá, 1989, p. 322.

<sup>4</sup> Vid. MORALES AVILÉS, Gregorio: "Derecho internacional y derechos humanos hacia la internacionalización del derecho del individuo frente al Estado", en (VV. AA.): *VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, 1997, pp. 570 y 571.

De esta manera, la idea de que la ley es la expresión de la voluntad general de los ciudadanos, otorga al órgano legislativo el *status* de poder soberano capaz de modificar, en todo momento, cualesquier normas, incluso las fundamentales. Esta concepción se manifestó en el desarrollo histórico del parlamentarismo europeo y la fundamentación de los Derechos del Hombre, a tenor de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789. En ella, se puntualiza que una sociedad en donde no estén reconocidos los derechos del hombre y establecida la división de poderes, carece de Constitución.

En ese sentido, el Estado democrático debe asumir como criterio político-criminal básico, la garantización de dichos derechos a partir del marco ideológico propugnador de un modelo social personalista.<sup>5</sup> Ahora bien, en la medida en que los tratados internacionales pasen a formar parte de la estructura jurídica interna de los Estados en igual rango que las constituciones, se propicia el desarrollo del Derecho internacional del individuo frente al Estado. Consecuentemente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, pasa a constituir la norma fundamental suprema de la comunidad de los Estados y del Derecho positivo actual de éstos.<sup>6</sup>

## II.1. El derecho penal constitucional

Las garantías estipuladas en la Constitución deben sistematizarse a la luz de los principios contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos e instrumentos análogos de manera armónica e integral. Coincidimos con Martín Retortillo y De Otto, en que la Constitución no clasifica los derechos, los regula e impone. Después, a los juristas les corresponde hacer la labor doctrinal; buscar soluciones; encontrar sentidos, por ende,

---

<sup>5</sup> Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: "Derechos humanos y Derecho penal", en: *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º XI, 1988.

<sup>6</sup> Vid. MORALES AVILÉS, Gregorio: "Derecho internacional y...", *op. cit.*, p. 572.

resolver dificultades, pero sin lamentarse de la mejor o peor técnica utilizada pues es sólo el punto de partida.<sup>7</sup>

Ahora bien, la vinculación del legislador con los derechos fundamentales, se hace mediante dos vías: una negativa, en cuanto supone la prohibición de que el legislador autorice cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté constitucionalmente fundamentada. La otra vía es en sentido positivo, como *mandato* para lograr que esos derechos desplieguen plenamente su eficacia.<sup>8</sup>

Por otra parte, el Estado, al diseñar los mandatos y prohibiciones, así como la conminación de sanciones penales, está condicionado por un presupuesto político derivado de la constitución respectiva; ella impone una vinculación normativa bajo la cual debe partir el legislador ordinario.<sup>9</sup> Dicha vinculación también se manifiesta de dos maneras: En sentido positivo, en cuanto a la exigencia de que sean promulgadas las leyes que la propia Constitución requiere para su desarrollo.<sup>10</sup> En sentido negativo, en virtud de la posibilidad de que el Poder Judicial declare nula toda ley que contravenga la Constitución.

El poder del Estado se materializa mediante las normas y decisiones jurídicas y tanto el legislador que las crea, como el juzgador que las aplica, deben estar vinculados por los principios y sustentos constitucionales. De esa

---

<sup>7</sup> Vid. MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO y Pardo, Ignacio: *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 66.

<sup>8</sup> Vid. MEDINA GUERRERO, Manuel: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 4.

<sup>9</sup> Vid. PÉREZ ROYO, Javier: "El derecho constitucional en la formación del jurista", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 46, 1996, pp. 54 y ss., en el sentido de que para el Derecho constitucional, el individuo es simplemente ciudadano, el titular de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad. Es el Derecho constitucional, el único Derecho en el que el principio de igualdad tiene vigencia de forma pura, sin ninguna matización. En cambio, en todos los demás derechos, los individuos son iguales en cuanto ciudadanos, pero diferentes en todo lo demás.

<sup>10</sup> Vid. ESCRIVÁ GREGORI, José María: "Algunas consideraciones sobre Derecho penal y constitución" en: *Papers*, n.º 13, 1980, p. 146.

manera, el jurista también está relacionado con la norma fundamental, en la medida que interviene como operador entre el ámbito legislativo y judicial. Debe desempeñar una función de mediación entre constitución y ley penal; y entre ambas y su aplicación al caso. En esa medida, los principios rectores del sistema penal, no deben orientarse sólo como límites del *ius puniendi*, sino también como principios constituyentes del derecho a castigar. En ese sentido, el Derecho penal debe ser considerado como *Derecho penal constitucional*.<sup>11</sup>

Esta categorización nos conduce a la necesidad de conceptualizar el *programa penal de la Constitución*. A éste, lo podemos definir como el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para

interpretar las leyes que le corresponda aplicar.<sup>12</sup> En este sentido, debe existir congruencia entre el ordenamiento jurídico-penal y las reglas cons-

---

<sup>11</sup> Vid. ARROYO ZAPATERO, Luis: "Fundamentos y función del sistema penal: el programa penal de la constitución", en: *Revista Jurídica de Castilla la Mancha*, n.º 1, 1989, pp. 100 y 101, en el sentido de que a partir de la constitución, se deben elaborar las conexiones técnicas y valorativas con el sistema penal; el deber ser y el concepto del método del Derecho penal, el concepto de delito, el sentido de la dogmática, etc.

<sup>12</sup> ESCRIVÁ GREGORI ("Algunas consideraciones...", *op. cit.*, pp. 147-149) cataloga en tres grupos las funciones que pueden extraerse de la constitución en el ámbito penal:

- a) Las que tienen una incidencia directa en la práctica, en los supuestos concretos que se presentan en los tribunales;
- b) La función de orientación político-penal. Es decir, la política que realiza el Estado a través de las penas, que no es lo mismo que la *política criminal*, ésta tiene un sentido más amplio. En todo caso, constituiría una parcela de ésta; y
- c) De las dos anteriores, se deriva una función doctrinal, que a su vez tiene repercusiones en la praxis, en la medida en que, a partir de la constitución se puede elaborar posturas doctrinales en relación con la interpretación de la ley, la teoría del delito, la teoría de la pena, etc.

Por su parte, Francesco Palazzo ("Estado constitucional de derecho y derecho constitucional", en: *Revista Penal*, n.º 2, Praxis, Barcelona, 1988, p. 49) plantea que la tendencia de las transformaciones verificadas durante este siglo, en la historia constitucional de los principales Estados Europeos y extraeuropeos, en el paso del *Estado de derecho* al *Estado constitucional de derecho*, se expresa una selección de valores fundamentales que

titucionales que se vinculan con el delito y las penas y medidas de seguridad.<sup>13</sup>

### III. LA RAZÓN DE SER DEL DERECHO PENAL

Para establecer un marco de referencia acorde al modelo constitucional que hemos referido, debemos comenzar por precisar la misión que le corresponde al Derecho penal en ese contexto; averiguar para qué sirve y qué podemos esperar de él. Esta referencia nos ayudará a orientar su contenido y no desvirtuar su papel.

En esencia, podemos decir que el Derecho penal es un medio de control social;<sup>14</sup> entendido éste como el conjunto de instrumentos, instituciones, estrategias y sanciones sociales tendientes a promover y garantizar el sometimiento del individuo a los modelos y normas comunitarias.<sup>15</sup> En este

---

se imponen al legislador estatal y en lo general, al poder público como criterios *materiales* de legitimidad de su acción.

Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón: *Lecciones de Derecho penal parte general*, Praxis, Barcelona, 1996, p. 34. Vid. ARROYO ZAPATERO, Luis: "Fundamentos...", *op. cit.*, pp. 101 y 102. Enfatizan que el *programa*, comprende un conjunto de postulados político criminales genéricos y no soluciones concretas para todos y cada uno de los problemas que son propios del sistema punitivo.

<sup>13</sup> Vid. TIEDEMANN, Claus: "Constitución y Derecho penal", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, n.º 33, septiembre-diciembre de 1991, p. 169. Precisa que aunque no exista una teoría jurídico-constitucional del delito como consecuencia de las diferencias valorativas y finalísticas entre la constitución y el Derecho penal. Hay motivos para asumir que particularmente la teoría del tipo penal sigue una orientación a la valoración e influencia jurídico-constitucional.

<sup>14</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 46. Al referirse a la meta preventiva del Derecho penal, en relación con la motivación integradora del consenso a través de la configuración y aseguramiento de las normas básicas que rigen la convivencia social.

<sup>15</sup> Vid. ANIYAR DE CASTRO, Lola: *Conocimiento y orden social: criminología como legitimación y criminología de liberación*, Universidad de Zulia, Maracaibo, 1981, pp. 27 y 28. También: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Criminología*, tercera edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 67.

sentido, el Derecho penal constituye uno de esos instrumentos empleados por el Estado para mantener el orden.<sup>16</sup> A su vez, el mantenimiento del orden en razón de la intervención estatal varía en cada contexto social, dependiendo de las interacciones de poder entre sus miembros. Así, en los Estados totalitarios prevalece la imposición de los intereses de un grupo determinado. En cambio, en los Estados democráticos el ordenamiento jurídico debe cubrir expectativas de todos los componentes sociales.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Cfr. BERGALLI, Roberto: *Control social punitivo*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 2-5. Elabora una crítica a la determinación de los penalistas que ubican a un sector del ordenamiento como uno de los medios de control social existente en las sociedades actuales. Plantea que lo hacen desde un punto de vista interno que dirige al Derecho penal por medio de la dogmática, sin explicar sus orígenes o justificaciones de utilización que tengan un sustento en las ciencias sociales y la política. Y así, aborda esos dos ámbitos aludiendo al papel que el Derecho ha desempeñado en la configuración de una teoría del control social en el ámbito cultural concebido desde Edward A. Ross en 1902, a partir de un sentido de darwinismo social, pasando por el análisis y de lo que él hiciera diferentes tendencias de la llamada Escuela de Chicago, donde el control social fue un concepto distinto de la idea que se ha expresado por el Derecho estatal y si vinculado al valor que Mead y Dewey le adjudicaron a la comunicación social y a la opinión pública como elementos para la construcción democrática de la sociedad, hasta la llegada del *New Deal*. De esa manera, se impuso el *legal realism* por razón de la necesidad de tener que adecuar las leyes y jurisprudencia a las nuevas situaciones. Después, en el período de *Welfare* se impuso el estructural-funcionalismo que otorga al Derecho un lugar destacado entre los mecanismos de control social de la desviación, enmarcándose un nuevo campo disciplinario conocido como *sociología de la desviación* y hoy sustituido por una *sociología de la censura social*. Es así como Bergalli llega a determinar que en la cultura jurídica continental, jamás se había hablado del control social, sino por el contrario, la referencia sobre el Derecho como instrumento de organización social ha estado ligada a la tradición politológica y a ese ámbito se apega la idea del Derecho estatal de la modernidad y de la producción de normas jurídicas. Y es esa tradición de ciencia política como una teoría del control social la que ha preponderado en la cultura jurídica occidental. De esta manera, frente al control social de la propia sociedad orientada al análisis de la organización social y el desarrollo de la sociedad industrial que supuso procesos para producir conformidad por medio de la socialización y la represión, se eleva la idea de un control social centralizado en y por el Estado. Es importante la precisión que hace Bergalli, como marco de referencia histórica y conceptual, pero a nuestro parecer no obsta con la orientación político-criminal que los penalistas plantean.

<sup>17</sup> Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: "El contenido del tipo de injusto", en: *Ensayos penales*, Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1994, pp. 11 y 12.

En las sociedades actuales el Derecho penal constituye un medio de control social más de los que dispone el Estado, como también lo son la familia, la escuela, la profesión, etc., con la diferencia de que éstos se distinguen por su carácter informal. En cambio, el Derecho penal es un medio de control jurídico altamente formalizado,<sup>18</sup> pero no es el único. Su misión es evitar aquellos comportamientos que constituyen una grave perturbación para el mantenimiento y evolución del orden social.<sup>19</sup> Pero también tiene una finalidad garantista: la estricta racionalidad y limitación de su propio actuar, adoptando como punto de referencia principal al individuo.

En un Estado democrático de Derecho, estos aspectos deben estar presentes para propiciar el equilibrio deseable entre eficacia y garantía.<sup>20</sup> Bajo esta orientación, para mantener el orden social evitando los comportamientos que a ella afectan, el Derecho penal tiene una función trascendental irrenunciable: la tutela de bienes jurídicos.<sup>21</sup>

#### IV. LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO

Una característica fundamental del Derecho penal es que para cumplir sus fines emplea penas y medidas de seguridad. Tiene a su disposición esos

---

<sup>18</sup> Vid. MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal, parte general*, quinta edición. Reppertor, Barcelona, 1998, p. 5.

<sup>19</sup> Vid. CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho penal español, parte general (t. I)*, 3.ª edición, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 15 y 16. En ese sentido, también: KAUFMANN, Armin: "La misión del Derecho penal", en: *La reforma del Derecho penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, trad.: Santiago Mir Puig, 1980, p. 10. Enfatiza que desde hace unos cien años ya no se discute seriamente en la ciencia penal el principio según el cual la misión del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos.

<sup>20</sup> Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, et. al.: *Lecciones de Derecho penal...*, op. cit., p. 5.

<sup>21</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco: "Función de la norma penal y reforma del Derecho penal", en: *Nuevo Pensamiento Penal*, año 2, n.º 4, 1973, p. 398. Aclara que fin y función no tienen el mismo significado, aunque ambos conceptos tienen una aproximación importante. Que esto es así, porque cuando se pregunta por la *función de la norma penal*, se plantea al mismo tiempo la cuestión de *¿para qué sirve el Derecho penal?*

medios para evitar comportamientos que considera especialmente peligrosos. En cambio, los otros medios de control social emplean instrumentos menos drásticos. Por esa razón, el Derecho penal es susceptible de entenderse en dos sentidos: objetivo y subjetivo. El sentido objetivo, comprende el conjunto de normas penales regulan al delito como presupuesto y a las penas y medidas de seguridad como consecuencias jurídicas. El sentido subjetivo, comprende el Derecho que de manera exclusiva le corresponde al Estado para crear y aplicar el Derecho penal objetivo; también se le identifica como *ius puniendi*.<sup>22</sup>

## V. LÍMITES AL *IUS PUNIENDI* ESTATAL

La potestad estatal para establecer e imponer penas y medidas de seguridad tiene una relevancia primordial y delicada, pues se encuentran involucrados intereses de extremo valor para el individuo. Por ello, en un Estado democrático de Derecho esta potestad debe estar limitada.<sup>23</sup> No es suficiente proteger al individuo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal mismo, enfatiza Roxin.<sup>24</sup> El ordenamiento jurídico, por una parte, ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención y tratamiento del delito, y por otra, imponer límites al empleo de la potestad punitiva para evitar que el individuo quede desprotegido y a la merced de una intervención arbitraria o excesiva del Estado.

---

<sup>22</sup> Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, et. al.: *Lecciones de Derecho penal...*, op. cit., pp. 7-11.

<sup>23</sup> Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Tratado de derecho penal*, (t. I), Lozada, Buenos Aires, 1964, p. 72. Puntualiza que el Estado, en el ejercicio del poder castigar tiene que limitarse asimismo, fijando el supuesto y el contenido de su actuación.

<sup>24</sup> Vid. ROXIN, Claus: *Derecho penal, parte general*, t. I, Fundamentos. *La estructura de la teoría del delito*, trad.: de la 2.ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; y, Javier de Vicente Remesal, Cívitas, 1997, p. 137.

### V.1. Límites al *ius puniendi* derivados del principio de legalidad

Los límites al *ius puniendi* los encontramos sintetizados en el principio de legalidad. Este desiderátum constituye una exigencia del Estado de Derecho. Se le identifica bajo la expresión *nullum crimen, nulla poena, sine lege* y su formulación latina se le atribuye a Feuerbach.<sup>25</sup> Surge como garantía política en la época de la Ilustración, y fue formulado por Beccaria con ese sustento. Emanó como reacción frente a intervenciones arbitrarias de los poderes públicos y adquirió mayor énfasis a partir de la expresión de la filosofía política rousseauiana.<sup>26</sup>

Esta concepción del principio de legalidad –emanada de la teoría ilustrada–<sup>27</sup> se sustentó en el contrato social que estipulaba una organización política basada en la división de poderes, donde la ley es competencia exclusiva de los representantes del pueblo. Se presupone un pacto (contrato social) mediante el cual se asegura la participación del ciudadano y el control de la vida política de la comunidad. Esa participación se actualiza a través del poder legislativo como representante del pueblo y sólo de dicho poder puede emanar la ley como expresión de voluntad popular.<sup>28</sup> De esta manera, el principio de legalidad se traduce en una exigencia de seguridad

<sup>25</sup> Vid. MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal, parte general, op. cit.*, p. 75.

<sup>26</sup> Vid. ESCRIVÁ GREGORI, José María: "Algunas consideraciones...", *op. cit.*, p. 153. También: MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 58. Advierte que su origen hay que ubicarlo –con las reservas que supone buscar una fecha para el nacimiento de una idea–, en ese momento histórico, que suele fijarse en la Revolución Francesa y en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, en el que, por lo menos a nivel teórico, el poder del Estado pasa a ser controlado y limitado.

<sup>27</sup> Comienza por aparecer en 1776 en las Constituciones Americanas; en 1787, en el Código Penal Austriaco de José II; en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y poco después en el Derecho territorial Prusiano en 1794. Vid. ROXIN, Claus: *Iniciación al derecho penal de hoy*, trad., introducción y notas de: Francisco Muñoz Conde y Diego-Manuel Luzón Peña, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1982, p. 99.

<sup>28</sup> Vid. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: "Reforma política y Derecho penal", en: *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 1-9, 1997, p. 77. Refiere que a partir de la idea del hombre como ser dotado de razón y llamado por ende, a construir su propio destino, se impone por una parte, una configuración del Estado –en el que el pueblo también legisla–, y por otra,

jurídica y en una garantía política, en virtud de que el Estado no puede someter al ciudadano a penas que no hayan sido admitidas previamente por el pueblo.<sup>29</sup>

### V.1.1. Garantías derivadas del principio de legalidad

En la medida que los ordenamientos penales se apeguen a los límites que el principio de legalidad impone, podremos estar en presencia de un Derecho penal respetuoso de los derechos fundamentales. Sin embargo, su proyección lleva consigo el establecimiento de diversas medidas.<sup>30</sup> No es suficiente pregonar el principio de legalidad sin asumir esas garantías, pues incluso las dictaduras también lo han incorporado –aunque a regañadientes–, como lo refiere Roxin.<sup>31</sup> Estas medidas las encontramos reflejadas en diferentes principios. El punto de partida lo constituye el principio de legalidad sustentado a partir de la expresión *Nullum crimen nulla poena sine lege*. De ahí se derivan las siguientes garantías:<sup>32</sup>

- A) *Garantía criminal*: Trae consigo la exigencia de que el comportamiento criminal se encuentre especificado por una ley.
- B) *Garantía penal*: Es necesario que en la ley se precise la pena correspondiente al delito específico regulado.

---

una serie de límites al poder legislativo. Ello implica un reconocimiento político a la autonomía del hombre.

<sup>29</sup> Vid. MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal, parte general, op. cit.*, pp. 75 y 76.

<sup>30</sup> Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: "Derechos humanos y Derecho penal", *op. cit.*, pp. 143-146. También, BARATTA, Alessandro: "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", en: *Nuevo Foro Penal*, 1985. Plantea una articulación programática de la idea de la mínima intervención penal como respuesta a la cuestión referente a los requisitos mínimos de los derechos humanos en la ley penal.

<sup>31</sup>

Vid. ROXIN, Claus: *Iniciación al derecho penal de hoy, op. cit.*, p. 102.

<sup>32</sup> Vid. MIR PUIG, *Derecho penal, parte general, op. cit.*, p. 77.

- C) *Garantía jurisdiccional*: Para que una conducta sea determinada como delito y al sujeto se le pueda imponer una pena, debe haber una sentencia emitida por un órgano jurisdiccional previamente establecido.
- D) *Garantía de ejecución*: El cumplimiento de las penas impuestas debe estar regulado en una ley y lo mismo se requiere para las medidas de seguridad. Además, el órgano responsable de la ejecución no debe ser el mismo órgano jurisdiccional que emitió la sentencia.

Ahora bien, las normas que se contienen en esas garantías deben reunir tres exigencias:<sup>33</sup>

- a) *Lex previa*. Consiste en la prohibición de aplicar retroactivamente las leyes que sanciona los delitos o agravan su sanción. El sujeto debe tener la posibilidad de saber los alcances de su comportamiento y en su caso, si éste constituye delito y la sanción correspondiente. Existe una excepción a este principio: Si con posterioridad a la realización del hecho, éste deja de ser constitutivo de delito, o hay una reducción de la pena, en ambos casos estamos en presencia de un beneficio para el reo. Consecuentemente, corresponde la aplicación retroactiva. Esta excepción tiene su sustento en la innecesaria sanción de un comportamiento que precisamente mediante el reconocimiento de la ley ha dejado de considerarse *nocivo* para la sociedad –al menos desde la perspectiva jurídico penal– o bien su desvalor ha reducido.
- b) *Lex scripta*. Se refiere a la exclusión de la costumbre como fuente de delitos y penas. Es necesaria la presencia de una norma escrita que tenga el rango de ley derivada del poder legislativo, pues no pueden regular delitos otro tipo de ordenamientos emanados de órganos distintos.

---

<sup>33</sup> Vid. *Ibid.*, pp. 77-78.

- c) *Lex stricta* (prohibición de la analogía *in malam partem*). La aplicación del Derecho trae consigo la necesidad de su interpretación,<sup>34</sup> pero los alcances de ésta tiene límites: No puede derivar una aplicación de la ley por juicios analógicos que impliquen perjuicios al reo.

La interpretación implica un desentrañamiento del sentido de la ley, mientras que la analogía extiende su aplicación a hipótesis no comprendidas por aquélla; esa es precisamente la prohibición, a menos que implique un beneficio para el reo.

Esta exigencia se vincula con el *mandato de determinación*, cuya exigencia consiste en que la ley debe determinar de manera específica, la materia de prohibición y las penas correspondientes, lo cual se materializa particularmente en la teoría del delito, por medio de la exigencia de tipicidad del hecho y la determinación de la pena.<sup>35</sup> Lo mismo debe cubrirse en el ámbito de las medidas de seguridad, debe existir un delito previo que justifique la peligrosidad y el señalamiento de límites de su duración.

## V.2. Límites al *ius puniendi* en un estado democrático

El Derecho penal democrático se encuentra inmerso por antonomasia en el contexto de un Estado liberal. En él, se tiene como exigencia el sometimiento del *ius puniendi* al respeto irrestricto del individuo, concebido éste como un ser dotado por una serie de derechos que garanticen su dignidad e igualdad. De esta concepción, se derivan los siguientes principios.

<sup>34</sup> Sobre los problemas de la interpretación del Derecho, Vid. GUASTINI, Ricardo: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad.: Marina Gascón y Miguel Carbonell, tercera edición, Porrúa, México, 2001.

<sup>35</sup> Vid. ROXIN, Claus: *Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 80. MUÑOZ CONDE, Francisco: "Función de la norma penal y reforma..." op. cit., p. 406. MOCCIA, Sergio: "Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente", en: *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, (Libro Homenaje a Claus Roxin), J. M. Silvia Sánchez (ed. Española), Coord.: B. Schünemann y Jorge de Figueredo Días, Bosch, 1995, p. 80

### V.2.1. Principio de humanidad de las penas<sup>36</sup>

Constituye uno de los principales elementos de la Ilustración. Uno de sus más destacados difundidores fue Beccaria (siglo XVIII). El primer cambio de paradigma derivado de este principio, es la supresión de la pena de muerte y la sustitución de las sanciones corporales por la pena privativa de libertad.<sup>37</sup> Después, la sustitución de ésta por otras menos lesivas, como por ejemplo, la multa o el trabajo en servicio de la comunidad.

### V.2.2. Principio de culpabilidad

Este principio, en sentido amplio, constituye el conjunto de presupuestos que permiten *culpar* a alguien por el acto que motiva la pena. Bajo esta perspectiva, tales presupuestos afectan a todos los elementos del delito. En sentido estricto, la culpabilidad se limita sólo a una parte de las categorías del delito: A los presupuestos que condicionan la posibilidad de atribuir un hecho antijurídico a su autor.

En este ámbito se encuentra latente la dignidad humana y la seguridad jurídica: el individuo, debe tener la certeza de que si adapta su comportamiento al sentido de las normas no será castigado. En este sentido, a partir de la igualdad real, una persona que no es susceptible de motivarse por el contenido de las normas, no será merecedor de sanción.

A su vez, del principio de culpabilidad se derivan los siguientes:<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Vid. MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal, parte general, op. cit.*, pp. 94 y 95.

<sup>37</sup> Vid. BARBERO SANTOS, Marino: "Pena capital y Estado democrático", en: (VV. AA.) *El poder penal del estado* (Homenaje a Hilde Kaufmann), Depalma, Buenos Aires, 1985, pp. 101-122.

<sup>38</sup> No obstante, en los últimos tiempos ha cobrado importancia un tema que tiene que ver con los alcances de este principio: la responsabilidad penal de las personas jurídico-colectivas. Sobre algunas referencias en torno a la implementación de este tratamiento en algunos países, Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: "Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación", en: *Delincuencia organizada (Aspectos pe-*

- a) *Principio de personalidad*. Implica la imposibilidad de castigar a alguien por un hecho ajeno.
- b) *Principio de responsabilidad por el hecho*. Se debe sancionar por los alcances del acto, no por la forma de ser de la persona.
- c) *El principio de dolo o culpa*. Contrariamente a un Derecho penal autoritario

–donde se castiga el mero resultado, independientemente de la orientación del comportamiento del autor– la sanción debe sustentarse en un comportamiento doloso o imprudente, con una pena distinta para cada supuesto. Si no concurre la configuración de ninguna de las dos modalidades no debe imponerse pena alguna, a pesar de la actualización de un resultado desafortunado.<sup>39</sup>

- d) *Principio de imputación personal*. Para imponer una sanción, es necesario que el autor posea las características psíquicas necesarias que le permitan comprender la trascendencia de su acto. Cuando el sujeto no posea tal carácter, a lo mucho queda la posibilidad de la imposición de una medida de seguridad.<sup>40</sup>

### V.2.3. Principio de proporcionalidad

Se refiere a la exigencia de que la sanción aplicable al autor de un determinado comportamiento constitutivo de delito, tenga una equilibrada correspondencia con la gravedad de su conducta. Bajo este criterio se debe graduar la sanción en los códigos penales, tomando en cuenta el grado de afectación a los bienes jurídicos y el carácter nocivo del comportamiento

---

nales, procesales y criminológicos), Eds.: Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Barriello, Universidad de Huelva, 1999, p. 223 y ss.

<sup>39</sup> Vid. MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal, parte general, op. cit.*, p. 98.

<sup>40</sup> Aquí adquiere importancia la orientación que se le dé a la inimputabilidad. Al respecto, Vid. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "La imputabilidad en un Estado de Derecho", en: *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1982, pp. 281-307.

en cuestión. Esta medida no sólo resulta aplicable a la parte especial de los códigos penales donde se establece la punibilidad correspondiente a los tipos, también se vincula con la parte general. Por ejemplo, no puede corresponder la misma pena, en relación con un mismo delito, cuando se culmina que cuando únicamente quede a nivel de tentativa; o bien, debe existir una respuesta penal diferenciada tomando en cuenta la categoría de autor o de partícipe.<sup>41</sup>

#### V.2.4. Principio de resocialización

En un contexto democrático el Estado debe evitar la marginación. Por ello, la pena debe eludir la separación total del individuo del contexto social, cuando se encuentre compurgando una pena privativa de libertad. Por el contrario, le corresponde propiciar una adecuada reincorporación del individuo a la sociedad una vez concluida su pena a fin de ampliar sus posibilidades de participación en la vida social.

Es importante darle su debido tratamiento a este principio. No implica una imposición del Estado al delincuente aun en contra de su propia dignidad. Debe haber una libre aceptación del interno. De no ser así, se convierte en una imposición irracional del Estado con el pretexto de dar cumplimiento a un mandato constitucional. Sobre este aspecto es ilustrativa la referencia de Roxin, en el sentido de que el autor condenado debe tener la oportunidad de resocializarse, pero es él quien decide si quiere y en su caso, hasta dónde puede hacer uso de este derecho. En este sentido, resocializarse es ayuda para ayudarse a sí mismo.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Vid. MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal, parte general, op. cit.*, pp. 99 y 100. Sobre la vulneración de este principio –y otros más– en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada (mexicana), Vid. GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: *La delincuencia organizada (Algunos aspectos penales, criminológicos y político-criminales)*, Universidad de Guanajuato, 2001, capítulo V, sobre todo pp. 350, 367-371.

<sup>42</sup> Vid. ROXIN, Claus: *Política criminal y estructura del delito* (elementos del delito en base en la política criminal), trad.: Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, PPU, Barcelona, 1992, p. 24.

### V.3. Límites al *ius puniendi* en un estado social

La evolución de Estado democrático (liberal) a Estado social, implica cambios sustanciales no sólo en los ámbitos político y económico. Influye también en la concepción del Derecho penal. Veamos algunos principios derivados de esta transformación ideológica.

#### V.3.1. Principio de utilidad de la intervención del Derecho penal

Así como en otros ámbitos el Estado debe propiciar el mayor beneficio posible con el menor costo, lo mismo sucede en el contexto del ejercicio *ius puniendi*. El Derecho penal sustenta su legitimidad en la medida que justifique la necesidad de su intervención. Acudir de manera excesiva al Derecho penal, no precisamente garantiza la reducción del índice delictivo. Ya lo decía Beccaria:

Todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránico [...] Ningún hombre ha dado gratuitamente parte de su libertad propia con solo la mira del bien público: esta quimera no existe sino en las novelas [...] Fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres para ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible. Aquella que baste a mover los hombres para que la defiendan. El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho de castigar: todo lo demás es abuso, y no justicia: es hecho, no derecho.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> BECCARIA, (César Bonesano): *Tratado de los delitos y de las penas*, sexta edición facsimilar (Imprenta de Albán: Madrid, 1822), Porrúa, México, 1995, pp. 9-11.

### V.3.2. Principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal

No hay necesidad de acudir al Derecho penal cuando la protección de la sociedad puede obtenerse por otros medios menos rigurosos. Se trata de una exigencia elemental de economía social.<sup>44</sup> Su justa orientación muy bien la precisa Mir Puig: “El principio de la ‘máxima utilidad posible’ para las posibles víctimas debe combinarse con el de ‘mínimo sufrimiento necesario’ para los delincuentes. Ello conduce a una fundamentación utilitarista del Derecho penal no tendente a la mayor prevención posible, sino al mínimo de prevención imprescindible”.<sup>45</sup>

A tenor de este principio, se proyectan otras dos características:

- a) *Principio de subsidiariedad.* El Derecho penal ha de constituir la *última ratio*; la última posibilidad una vez que hayan fracasado otras instancias menos lesivas. El Estado dispone de otros medios institucionales para proteger los intereses de la sociedad. Si éstos son insuficientes ante determinados conflictos, tiene la opción de acudir a otras ramas del Derecho, cuyas consecuencias jurídicas son menos severas pero que al final de cuentas implican la presencia de la coacción estatal.<sup>46</sup> Si aún así, hay probada imposibilidad de controlar esos comportamientos intolerables para los intereses elementales de la colectividad, entonces no queda otro remedio que acudir al Derecho

---

<sup>44</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción...*, op. cit. p. 59. Puntualiza que los límites al poder punitivo estatal, se basan en última instancia en la dignidad humana y en la idea de justicia misma. Y esos límites pueden reducirse a la vigencia, no sólo formal, sino material de dos principios fundamentales: el principio de intervención mínima y el principio de intervención legalizada del poder punitivo del Estado.

<sup>45</sup> Vid. MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 89.

<sup>46</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción...*, op. cit., p. 60. En el sentido de que, la afirmación del carácter subsidiario del Derecho penal tiene su origen en la teoría de las normas de Binding. Su punto de partida se encuentra en la distinción entre norma y ley penal. Así, el delincuente infringe con su conducta la norma, pero cumple la ley penal que no tiene más que una función sancionadora de las acciones prohibidas por la norma.

penal. Por ello se dice que el Derecho penal es una rama subsidiaria, la *última ratio*.<sup>47</sup>

- b) *Carácter fragmentario del Derecho penal*. El Derecho penal no debe intervenir ante la totalidad de las conductas que lesionan los intereses que protege. Sólo debe sancionar las afectaciones que impliquen mayor peligro para dichos intereses.

### V.3.3. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

Los intereses sociales que protege el Derecho constituyen los bienes jurídicos en su aspecto general. Pero específicamente, en el ámbito del Derecho penal, bienes jurídicos son aquellos intereses imprescindibles para el desarrollo del individuo en la esfera de su interacción en sociedad.<sup>48</sup>

## VI. OTRAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LOS LÍMITES DEL SISTEMA PUNITIVO ESTATAL

La referencia hecha en las líneas anteriores constituye sólo un breve bosquejo del tema. En la doctrina europea contemporánea, encontramos planteamientos de un amplio contenido y profundidad sobre el modelo

---

<sup>47</sup> Vid. MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal, parte general, op. cit.*, p. 89.

<sup>48</sup> Vid. *Ibid.*, pp. 91 y 92. Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel: *El bien jurídico en el Derecho penal*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974, p. 290. Vid. HASSEMER, Winfried: "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", en: *Doctrina Penal*, 1989, p. 277. También: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: "Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico", en: *Ensayos penales*, Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1994, pp. 92, 101-107. Vid. DE TOLEDO Y UBIETO, Octavio: "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, p. 12. Vid. MIR PUIG, Santiago: "El bien jurídico y bien jurídico penal como límites del *ius puniendi*", en: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, 1982, pp. 159-167. Vid. RUDOLPHI, Joachim: "Los diferentes conceptos del bien jurídico" en: *Nuevo Pensamiento Penal*, año 4, 1975, p. 329.

garantista limitador del sistema punitivo estatal. Al respecto, son representativas las aportaciones de Ferrajoli. Este autor italiano plantea que en un sistema garantista se deben asumir diez axiomas o principios axiológicos, a los que él llama “las reglas del juego fundamentales del Derecho penal”.<sup>49</sup>

Ferrajoli se basa en los márgenes de un Derecho penal mínimo y un Derecho penal máximo. Al primero lo identifica con el *racionalismo jurídico* y al segundo con el *irracionalismo jurídico*. En un Derecho penal mínimo, con esas diez reglas del juego se propician las garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal. Bajo esa exigencia, no resulta admisible ninguna imposición de pena, sin que se produzca la comisión de un delito; su previsión por la ley como tal; la necesidad de su prohibición y punición; sus efectos lesivos para terceros; el carácter exterior o material de la acción criminal; la imputabilidad y la culpabilidad de su autor; y además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos.

En el contexto de un Derecho penal mínimo, siguiendo a Ferrajoli, no sólo se deben tutelar las libertades de los ciudadanos respecto al arbitrio puni-

---

<sup>49</sup> Vid. FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, trad.: Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995, p. 93. Los diez principios elementales para Ferrajoli son: *Nulla poena sine crimene* (principio de retribuibilidad de la pena respecto del delito); *nullum crimen sine lege* (principio de legalidad en sentido lato o en sentido estricto); *nulla es (poenalis) sine necessitate* (principio de necesidad o de economía del Derecho penal); *nulla necessitas sine iniuria* (principio de lesividad o de la defensividad del acto); *nulla iniuria sine actione* (principio de la materialidad o de la exterioridad de la acción); *nulla actio sine culpa* (principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal); *nulla culpa sine indicio* (principio de jurisdiccionalidad en sentido lato o en sentido estricto); *nullum indicium sine accusatione* (principio acusatorio o de la separación entre el juez y la acusación); *nulla acusatio sine approbatione* (principio de carga de la prueba o de verificación); y *nulla probatio sine defensione* (principio del contradictorio, de la defensa, o de la refutación).

tivo, sino también a una idea de racionalidad y certeza.<sup>50</sup> Señala que para poder hablar de una ética de la legislación, se debe distinguir entre Derecho y moral, a fin de separar las prohibiciones y castigos. Para redundar su postura, cita a Beccaria: “prohibir una multitud de acciones indiferentes no es evitar los delitos que no pueden nacer, sino crear otros nuevos”.<sup>51</sup>

Otro autor representativo en el diseño de un modelo político criminal democrático es Zipf.<sup>52</sup> Plantea que en un contexto político-criminal democrático, se deben tomar en cuenta como criterios fundamentales: el concepto básico de persona; la defensa de la dignidad de la persona como deber fundamental; la humanidad en la intervención jurídico-penal; la subsidiaridad del Derecho penal; y, la racionalidad, parcialidad y efectividad de la persecución penal.

## VII. VALORACIÓN CRÍTICA

No puede valorarse el desarrollo democrático de una nación, sin tomar en cuenta la construcción de su Derecho penal. No es un punto prescindible, más bien es sensible a ello. Es en este ámbito donde se puede apreciar el grado de racionalidad de una sociedad. Así lo determinó Lardizábal y Uribe hace ya muchos años: “Una nación bárbara, feroz e ignorante pide diversas leyes, diversas penas y castigos, que una nación culta, ilustrada y de costumbres moderadas y suaves”.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> Vid. *Ibid.*, p. 104.

<sup>51</sup> Vid. *Ibid.*, pp. 459 y 460.

<sup>52</sup> Vid. ZIPF, Heinz: *Introducción a la política criminal*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979, pp. 37-40.

<sup>53</sup> LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel: *Discurso sobre las penas*, primera edición facsimilar (primera edición: Madrid, 1782), prólogo de Javier Piña y Palacios, Porrúa, México, 1982, p. 4.

No es suficiente la construcción de leyes, castigos o procedimientos que colmen el impulso de sectores sociales aún y cuando sean mayoritarios. La democracia no es una cuestión de popularidad, es fuente e inspiración de legalidad y respeto a los valores más elementales del ser humano. Por ello, el cuidado, el rigor y la técnica deben de asumir un papel preponderante. Si de mayorías se tratara, entonces, planteamientos como los aquí vertidos quizás no tendrían la mayor trascendencia, pues como bien lo ha hecho notar Bobbio: "La batalla en defensa del garantismo es, pues, siempre, a pesar de las solemnes declaraciones de principios no siempre confrontada con los hechos, una batalla de minorías."<sup>54</sup>

## Segunda parte

### LA SITUACIÓN ACTUAL ANTE LAS NUEVAS MANIFESTACIONES DE LA CRIMINALIDAD

#### I. ESCENARIO ACTUAL

En las sociedades contemporáneas se han generado múltiples beneficios para el ser humano, pero también podemos apreciar resultados adversos. Los efectos de la globalización no sólo se han reflejado en la generación de satisfactores pues los costos también son elevados. Uno de ellos, el que a nuestro análisis concierne, es el que incide en la evolución de la criminalidad. Factores como el uso de nuevas tecnologías, la apertura de los mercados y la existencia de medios de comunicación más eficaces, aunado a la facilitación de transacciones financieras transnacionales, han dado lugar a otras formas de delinquir. La criminalidad también ha sofisticado sus métodos y no sólo lo ha hecho para cometer ilícitos comunes como fraudes, robos o secuestros; también han emanado formas más complejas de ilicitud que afectan bienes jurídicos cuya presencia antes parecía impensable.

---

<sup>54</sup> En el Prólogo a la obra de Ferrajoli (*Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 15).

Por ejemplo, la tutela del patrimonio ha tenido otros enfoques más allá del ámbito de protección individual: los fenómenos económicos derivados de la globalización y de la integración económica han dado lugar a una delincuencia que atenta contra los intereses financieros de las naciones<sup>55</sup> mediante manifestaciones criminológicas como, fraude al presupuesto público, o la llamada criminalidad arancelaria. Se ha emanado una nueva concepción del fenómeno delictivo diferente a la percepción tradicional que se enfoca preponderantemente a la delincuencia como fenómeno marginal. Ahora nos encontramos con nuevas manifestaciones como la delincuencia organizada, la criminalidad internacional y *la criminalidad de los poderosos*.

Parece ser que al menos tenemos claridad en torno a la raíz generalizada de la problemática: Los medios o recursos para delinquir van de la mano con la evolución de las sociedades modernas. Además, el núcleo de ilicitud es susceptible de incrementarse en la medida que se crean nuevas formas de explotar el carácter clandestino de productos, se inventan nuevos satisfactores o se generan otro tipo relaciones interpersonales.

Este cuadro criminológico contemporáneo ha dado lugar al siguiente cuestionamiento: ¿Para el tratamiento de estas nuevas manifestaciones de la criminalidad, es posible mantener las figuras sistemáticas tradicionales con los principios garantistas clásicos o es necesario generar nuevas alternativas, aun a costa del sacrificio de dichas garantías? Por lo pronto, debemos comenzar por hacer una delimitación: Identificar las manifestaciones de la criminalidad tradicional que permanecen en un contexto más o menos estable. Piénsese por ejemplo en los homicidios, robos, lesiones, etc., que en términos generales siguen teniendo los mismos rasgos. Pero por otro lado, es necesario identificar las nuevas manifestaciones de la criminalidad que han rebasado los esquemas tradicionales. Es aquí donde se encuentra el meollo de la discusión.

---

<sup>55</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999, p. 68.

## II. RASGOS CRIMINOLÓGICOS DE LAS NUEVAS MANIFESTACIONES DE LA CRIMINALIDAD

Con base en el planteamiento referido en el apartado anterior, a grandes rasgos podemos identificar el siguiente cuadro criminológico.

- a) *La proliferación de nuevas manifestaciones delictivas que implican el reconocimiento de nuevos bienes jurídico-penales, o bien, la amplitud de la esfera de protección de algunos previamente reconocidos.* En esta clasificación se ubican manifestaciones como la inmigración clandestina de trabajadores; el tráfico de personas con fines de explotación sexual; el blanqueo de capitales, los delitos informáticos, etc.<sup>56</sup> En esta misma clasificación se ubican bienes jurídicos aún más complejos. Por ejemplo, la afectación al medio ambiente, sobre todo la que se ocasiona como consecuencia de actividades industriales. Aunque en principio sean lícitos en sus fines, sus medios tienen trascendencia considerable en torno a la afectación de un determinado marco colectivo e individual.
- b) *La existencia de una criminalidad más sofisticada, con rasgos distintos a los de la delincuencia común.* Esta clasificación amerita a su vez un doble enfoque. Primeramente, el de la delincuencia organizada, es decir, agrupaciones que con características fenomenológicas propias, tienen una dedicación preponderante hacia un mercado ilícito. La otra vertiente la encontramos en agrupaciones lícitas que ocasionalmente realizan actividades ilícitas.

Por otro lado, encontramos la presencia de manifestaciones criminológicas caracterizadas por su alto nivel de profesionalización y por el perfil de los delincuentes. Se trata de una criminalidad más compleja, con un nivel importante de especialización. Además, en algunos casos, como en el blan-

---

<sup>56</sup> Vid. VOGEL, Joachim: "Política criminal y dogmática penal europea", en: *Revista Penal, la Ley* (en colaboración con la Universidad de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide, Sevilla), n.º 11, enero de 2003, p. 141.

queo de dinero, las vías a través de las cuales se delinque permanecen lejos de los criterios clásicos del Derecho penal, aproximándose al ámbito de control mercantil, económico y administrativo. Otro ejemplo lo encontramos en las nuevas modalidades de corrupción generadas en el ámbito privado; o bien, cuando se comete por agentes públicos que sobornan en un determinado país y blanquean el dinero en otro.<sup>57</sup> Este tipo de delincuentes por lo regular pertenecen a altas esferas sociales, políticas o económicas, lo cual les facilita su capacidad de operar, interactuar y evadir la esfera jurídica.

### III. REACCIONES EN TORNO A LAS NUEVAS MANIFESTACIONES DE LA CRIMINALIDAD

La otra cara de la moneda de esta problemática la encontramos en la reacción punitiva estatal. Sobre todo, en el ámbito internacional, mediante la instrumentación de tratados y convenios tendientes a unificar el sistema jurídico-penal. Todo ello, bajo la peculiaridad de generar tratamientos flexibilizadores de principios garantistas clásicos. Es recurrente el cuestionamiento de que hay naciones con sistemas jurídicos cuya deficiencia los convierte en auténticos "paraísos jurídicos". Por otra parte, nos encontramos con la reacción de la doctrina justificando las tendencias de la comunidad internacional u ofreciendo alternativas de otra índole. A continuación haremos una breve referencia de la proyección que ha tenido esta tendencia.

---

<sup>57</sup> Vid. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: "Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción. (Algunas valoraciones a propósito de las previsiones contenidas en la Convención de la OCDE sobre soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales)", en: *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*, Aquilafuente, Universidad de Salamanca, 2002, p. 106.

### III.1. Algunas manifestaciones de la expansión del derecho penal

Una primera manifestación de la tendencia referida la encontramos en la apertura de las construcciones sistemáticas reguladoras del modelo social y democrático de Derecho. En ello ha influenciado en gran medida la intervención de países de una cultura jurídica diversa a la influencia alemana e italiana. Esta tendencia se refleja en la proliferación del llamado *principio de apertura metodológica*. Dicho principio se traduce en la posibilidad de prescindir del rigor sistemático de la dogmática jurídico-penal y sustituirlo por la influencia anglosajona del *Derecho penal de casos*. Bajo esta influencia, se propone la creación de un Derecho penal más práctico, más apegado a la realidad, anteponiendo la aspiración de justicia material al rigor metodológico, dándole prioridad a la primacía del pensamiento problemático sobre el sistemático.<sup>58</sup>

Los defensores de esta tendencia, parten de la crítica al estado actual de la dogmática jurídica penal. Establecen que por sus complejas construcciones teóricas, no puede permanecer en una "torre de marfil", sólo al alcance de la "aristocracia jurídica", sino que debe ser más democrática en la medida que sea más accesible al común de los mortales.<sup>59</sup> A continuación referiremos algunos ejemplos de esta tendencia.

#### III.1.1. La expansión del Derecho penal en las nuevas construcciones típicas

La parte especial de los códigos penales debe ser un reflejo de la realidad que subyace en las sociedades. Hace algunas décadas eran fácilmente detectables las desvaloraciones contenidas en los tipos penales. Ahora su gran diversidad nos hace pensar hasta qué punto esas conductas son en verdad el reflejo de la sociedad, o bien, si tienen un efecto meramente sim-

---

<sup>58</sup> Vid. VOGEL, Joachim: "Política criminal...", *op. cit.*, p. 147.

<sup>59</sup> Vid. *Ibid.*, p. 150.

bólico. Lo cierto es que nos encontramos ante una tendencia amplificadora de los tipos penales; es decir, ante una expansión del Derecho penal. En este crecimiento influyen diversas circunstancias. Una de ellas, la instrumentación del denominado *principio de asimilación*. Se trata de una exigencia internacional que implica el imperativo de tipificar ciertas manifestaciones de la criminalidad y establecer sanciones comunes. Este tipo de medidas tienen dos principales finalidades.

- a) En algunos casos, regular comportamientos que no se encuentran contemplados en las legislaciones internas, debido a sus particularidades criminológicas.

Un ejemplo lo encontramos en el artículo 71 del Convenio de la OCDE. Dicho precepto regula la obligación de tipificar el blanqueo de capitales relacionados con la corrupción de agentes públicos extranjeros, con independencia de cuál sea el territorio en el que se haya producido.<sup>60</sup> Más supuestos de esta índole encontramos en el Proyecto de la Unión Europea con los llamados *euodelitos*.<sup>61</sup> Por ejemplo, en la regulación de la corrupción privada (artículo 36):<sup>62</sup>

Quien por sí solo o mediante persona interpuesta, ofrezca o conceda a los empleados de una empresa comercial, en el tráfico económico, una ventaja indebida para sí mismo o para un tercero como contraprestación para que le

---

<sup>60</sup> Para mayores referencias sobre esta figura, *vid.* FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: "Relaciones entre...", *op. cit.*, pp. 103-110.

<sup>61</sup> Sobre esta tendencia, *vid.* VOGEL, Joachmin: "Estado y tendencias de la armonización del Derecho penal material en la Unión Europea", en: *Revista Penal*, n.º 10, 2002, pp. 112-129. ARROYO ZAPATERO, Luis: "Propuesta de un euodelito de trata de seres humanos", en: *Dos mil tres mil*, n.º 7, Corporación Universitaria de Ibagué, Colombia, 2001, pp. 11-28. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *La unificación de la Justicia Penal de Europa*, en: *Revista Penal*, n.º 3, 1999, pp. 51-60.

<sup>62</sup> Para mayores referencias sobre esta figura, *vid.* FOFFANI, Luigi: "La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado", en: *Revista Penal*, n.º 12, La Ley (en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-la Mancha y Pablo Olavide, Sevilla, 2003, p. 61. NIETO MARTÍN, Adán: "La corrupción en el sector privado. (Reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)", en: *Revista Penal*, n.º 9, 2002, pp. 56-60. HEBER, Bárbara: "La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional", en: *Revista Penal*, n.º 11, 2003, pp. 41-54.

favorezca a él o a un tercero, frente a otros en la adquisición de mercancías o servicios profesionales que se presten en un régimen de competencia, será castigado con [...] 2. Con la misma pena será castigado el empleado o encargado de una empresa comercial que, en el tráfico económico, por sí solo o mediante persona interpuesta, reciba, solicite o acepte la promesa de obtener una ventaja indebida para sí mismo o para un tercero con el fin de favorecerle frente a otros en la adquisición de mercancías o servicios profesionales.

- b) La otra tendencia radica en asegurar la sanción de ciertos comportamientos, independientemente de que puedan ya estar tipificados implícitamente en otras figuras. Un claro ejemplo lo encontramos en la exigencia derivada de la Declaración política y Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada de 1996, derivada de la resolución 49/159 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 23 de diciembre de 1994. En ella, entre otros aspectos, se deriva la exigencia de tipificar el fenómeno de la delincuencia organizada, a fin de poder sancionar la mera organización o actos previos a ella, independientemente de la sanción aplicada por los delitos cometidos por medio de esa modalidad criminal. En el sistema penal mexicano pronto se adoptó tal medida. En el artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada se regula tal exigencia en los siguientes términos:<sup>63</sup>

Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada.

El aspecto controvertido de esta tendencia radica en que en la mayoría de los casos dicha tipificación vulnera principios clásicos del Derecho penal – como sucede en el tipo acabado de referir–. Por ejemplo, el principio de le-

---

<sup>63</sup> Para mayores referencias sobre esta figura, *vid.* GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: *La delincuencia organizada...*, *op. cit.*, pp. 23-33 y 281-372. También *vid.* GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe. "La tipificación de la delincuencia organizada. Comentarios en torno a su problemática", en: *Revista Michoacana de Derecho Penal*, n.º 43-44, 202, pp. 47-170.

sividad, al regularse comportamientos muy distantes del efectivo peligro del bien jurídico; el principio *non bis in idem* al sancionarse dichos comportamientos por sí solos independientemente de que vuelvan a sancionarse al ser un medio de realización de otra figura; el principio de proporcionalidad al contemplarse sanciones más severas para partícipes del hecho que posean ciertas características –como por ejemplo, ser funcionario público– aún y cuando sistemáticamente no tenga el rango de autor del hecho delictivo.

Nos encontramos con tipos penales complejos que entrañan una doble exigencia. Por una parte, en el supuesto de hecho, proyectar los rasgos del fenómeno criminológico que se pretende regular. Por otro lado, que ese fenómeno regulado tenga la suficiente solidez sistemática y garantista. Ese es el problema. Ahora, esa influencia no sólo la encontramos en las cláusulas de los instrumentos internacionales, también se manifiesta en las legislaciones que pretenden regular comportamientos derivados de las complejas relaciones emanadas en las sociedades modernas.<sup>64</sup> Por ejemplo, un fenómeno que ha cobrado interés, es la tutela del consumidor. Se plantea que es tan grande el poder que ejerce la economía industrial, que llega a condicionar gustos, tendencias, modas e incluso, el equilibrio psicofísico de los individuos, por medio de la publicidad. Y a través de los medios masivos de comunicación se difunden informaciones falsas sobre las características de productos industriales, de materias primas o de obras o servicios determinados.<sup>65</sup> En algunos países se tipifican tales comportamientos, como es el caso del Código Penal Español. En su artículo 282 se regula el delito de publicidad engañosa bajo los siguientes términos:

Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a dieciocho meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un

<sup>64</sup> Cfr. NAVARRO CARDOSO, Fernando: "Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en: *Revista Penal*, n.º 10, 2002, pp. 41-54.

<sup>65</sup> Vid. MUSCO, Enzo: "Perfiles penales de la publicidad engañosa", en: *Revista Penal*, trad.: Susana Barón, n.º 12, La Ley (en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla la Mancha y Pablo Olavide, Sevilla), pp. 98-108.

perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de las penas que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos.

Por otra parte, en las últimas décadas ha tenido una proliferación importante el llamado principio de la *accesoriedad de la administración*, mediante la regulación de los “tipos penales en blanco”. Este fenómeno lo encontramos, por ejemplo, en los tipos penales reguladores del medio ambiente. En ellos, de manera expresa o tácita, se remite la regulación del comportamiento típico a ordenamientos administrativos. Como ejemplo de ello, puede sernos de utilidad el artículo 292 del Código Penal para el Estado de Guanajuato que establece (el subrayado en nuestro):

*A quien por cualquier medio, sin permiso de la autoridad competente o en contravención a las disposiciones legales, reglamentarias o normas técnicas aplicables, descargue, deposite o infiltre o lo autorice u ordene, aguas residuales, desechos o contaminantes en cualquier cuerpo o corriente de agua de jurisdicción estatal o municipal, que ocasionen o puedan ocasionar graves daños a los ecosistemas o a la salud pública, se le impondrá de tres meses a cinco años de prisión y de veinte a cien días multa.*

Cuando se trate de agua para ser entregada en bloque a centros de población, la pena se podrá elevar hasta tres años más de prisión y hasta trescientos días multa.

En regulaciones de esta índole surgen problemas por la naturaleza de los ordenamientos que se relacionan. Es decir, vale la pena preguntarnos si el Derecho penal debe estar supeditado a las valoraciones del Derecho administrativo. Pero la problemática no culmina ahí. Se agudiza cuando el ordenamiento o disposiciones a las que el tipo remite –como es el caso del ejemplo citado– son reglamentos o mandatos no derivados del órgano legislativo, sino de autoridades, órganos o funcionarios de la administración. Debido a ello, hay quien llama a esta técnica de regulación una *cláusula de abuso*.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> Vid. ALBIN ESER, M.C.J.: “La evolución del Derecho penal alemán en las últimas décadas del siglo XX”, en: (VV. AA.) *Libro homenaje al Prof. D. Marino, BARBERO SANTOS*, t. I, Editorial Universidad de Salamanca, 2001, pp. 270 y 271.

Recapitulando, nos encontramos con una clara tendencia a expandir el Derecho penal, bajo modalidades sistemáticas de diversa índole, a partir del reconocimiento de bienes jurídicos "postmodernos" y de manifestaciones criminológicas difíciles de aprehender.<sup>67</sup>

### III.1.2. La responsabilidad de las personas morales

Hay una característica fenomenológica concurrente en la delincuencia económica o de corte empresarial: La comisión de los comportamientos ilícitos se realiza desde el ámbito de decisión de los órganos directivos constituidos de manera lícita. Esta manifestación criminológica ha ocasionado una reacción político criminal, desde la perspectiva de la sistemática del delito. El añejo principio *societas delinquere non prest*, en algunos sistemas ha dejado de tener vigencia al regularse la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Dicha medida se ha implementado en países como Francia, Dinamarca, Finlandia, Australia y Noruega.

La justificación de esta medida se sustenta en el supuesto efecto disuasivo de la pena, al plantearse que sólo por medio de ella se puede obligar a las personas jurídicas a adoptar una adecuada ética empresarial y a construir controles efectivos. De esta manera, se pretenden tutelar de forma más efectiva bienes jurídicos como la economía nacional, los intereses de los consumidores, el medio ambiente, entre otros.<sup>68</sup>

A grandes rasgos, el tratamiento consiste en atribuir la responsabilidad jurídica penal, en determinados delitos, cuando se cometen por alguno de los órganos de la empresa, representantes o por cualquier otra persona

---

<sup>67</sup> Vid. SANTANA VEGA, Dulce María: *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 38.

<sup>68</sup> Vid. DANNECKER, Gerhard: "Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en: *Revista Penal*, trad.: Ana Cristina Rodríguez Yague, La Ley (en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla la Mancha y Pablo Olavide, Sevilla), n.º 7, julio 2001, p. 42.

que actúe en nombre de la persona jurídica, o que ostente un poder de decisión. Ahora, dicha responsabilidad no excluye la penalidad de las personas físicas como autores, inductores, o cómplices de ese mismo hecho.<sup>69</sup>

Este tratamiento trae algunas complicaciones de índole sistemático y político criminal. Hay contratiempos desde la acción, dado que implica flexibilizar ese elemento más allá del comportamiento individual. Por otro lado, se pasa por alto el principio de imputación personal, dado que en estricto sentido, en estos casos no se configura la culpabilidad; implica imponer una sanción sólo bajo la actualización del injusto; entre otros inconvenientes.

A pesar de sus obstáculos, se han venido proponiendo fundamentos sistemáticos particulares para esta modalidad criminológica. Por ejemplo, se establece que los principios de imputación se orientan en la responsabilidad por el riesgo, más allá de la concepción tradicional de la acción fincada en el desvalor del resultado. También se argumenta que la conexión con la antijuridicidad se da sólo en hechos derivados de la estructura organizativa. Además, se plantea que pueden configurarse el dolo y la imprudencia a partir de las personas con potestad o decisión que han actuado con conocimiento y voluntad, o con falta de cuidado.<sup>70</sup> En cuanto a la actualización de la culpabilidad, se establece que para las personas morales su contenido debe estar referido al injusto, caracterizado por una organización defectuosa y una ética empresarial insuficiente. En suma, la culpabilidad consiste en haber generado las condiciones para la realización del injusto.

También en el ámbito de la aplicación de la pena hay contratiempos, porque se cuestiona la ineficacia de la actualización de sus fines preventivos. En contraposición a ello, se propone la ampliación de alternativas en el ámbito de las consecuencias jurídicas del delito. Así, al lado de las penas aplicables a las personas individuales, se plantea la introducción de otras consecuencias para las personas morales, sustentadas en su peligrosidad y en

---

<sup>69</sup> *Vid. Ibid.*, p. 44.

<sup>70</sup> *Vid. Ibid.*, p. 49 y ss.

la retribución. En esas alternativas, cobra especial énfasis la pena de multa, argumentado su eficacia desde la perspectiva de la prevención general.

#### IV. EL DERECHO PENAL DE DOS VELOCIDADES

Ante la problemática generada por las nuevas manifestaciones de la criminalidad en las sociedades modernas y la concurrencia de las manifestaciones delictivas tradicionales (delincuencia común), hay una postura que establece un tratamiento diferenciado. Reconoce la necesidad de flexibilizar las construcciones sistemáticas del Derecho penal, pero también acepta que no es viable hacerlo de manera general para todos los supuestos delictivos. En consecuencia, se propone diseñar dos modelos; crear un *Derecho penal de dos velocidades*. Uno para la delincuencia común, conservándose las mismas categorías y respetándose los mismos principios del Derecho penal clásico. En cambio, para las nuevas manifestaciones de la criminalidad, flexibilizar, sustituir o hacer de lado dichas categorías o principios, aunque ello pueda ocasionar una ruptura con nuestra tradición dogmática.<sup>71</sup>

Ahora, pese a dicha apertura, se plantea la necesidad de establecer penas diversas a la de prisión y privilegiar las sanciones de carácter económico, así como las penas reparatorias de derechos. Por la *tibieza* de dichas consecuencias jurídicas, se ha llegado a cuestionar esta postura, pues en todo caso, podría resultar más idóneo que se regularan en el Derecho administrativo. Sin embargo, los seguidores de esta propuesta refutan dicho cuestionamiento, planteando que ante este tipo de delincuencia es más eficaz el mensaje de las normas penales. Sustentan dicha afirmación, a partir del carácter preventivo del Derecho penal y en el último de los casos, optimizando su efecto estigmatizador enfocado a estas manifestaciones de la criminalidad.

---

<sup>71</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *La expansión del Derecho penal...*, op. cit., p. 72 y ss.

## V. LA EXPANSIÓN EN OTROS ÁMBITOS DEL SISTEMA PENAL

La tendencia a expandir la intervención coercitiva del Estado, no sólo tiene implicaciones en la parte sustantiva del Derecho penal. También ha repercutido en las instituciones procesales y en el ámbito policial. Tan sólo piénsese en la apertura de los principios de la doble incriminación y no entrega de nacionales en el ámbito de la extradición;<sup>72</sup> la flexibilización del principio de presunción de inocencia en la figura del arraigo; el exceso en la regulación de la prisión preventiva; las limitaciones del principio de inmediación; la simplificación de la fase de práctica de las pruebas;<sup>73</sup> la afectación de la legalidad de la prueba ante la regulación de figuras como la infiltración de agentes en el ámbito de la criminalidad organizada; la regularización de las intervenciones privadas; y la posibilidad de otorgar beneficios importantes a los "arrepentidos" que proporcionen información para la averiguación del caso. Estos, son tan sólo algunos ejemplos de la esta tendencia, incluso, sin entrar al análisis del tema de las medidas adoptadas para "combatir" el terrorismo.<sup>74</sup>

## VI. TOMA DE POSTURA

La problemática abordada en este apartado constituye el principal foco de atención de la doctrina jurídico-penal actual. Las manifestaciones de la cri-

---

<sup>72</sup> Vid. SÁNCHEZ ELLEO, Emilio Jesús: "Cooperación judicial internacional. Especial referencia a los delitos relacionados con la corrupción", en: *Cooperación policial y judicial en materia de delitos financieros, fraude y corrupción*, vol IV, Aquilafuente, Universidad de Salamanca, 2002, pp. 133-150. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos: "Cooperación judicial internacional en materia de delitos financieros y corrupción. Problemas de extradición", en: *Cooperación policial y judicial en materia de delitos financieros, fraude y corrupción*, vol. IV, Aquilafuente, Universidad de Salamanca, 2002, pp. 13-21.

<sup>73</sup> Vid. ALBRECHT, Peter-Alexis: "El derecho penal en la intervención de la política populista", en: *La insostenible situación del Derecho penal*, trad.: Ricardo Robles Planas, Biblioteca Comares de Ciencia jurídica, Granada, 2000, p. 485.

<sup>74</sup> Para mayores referencias sobre este fenómeno, vid, GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: *La delincuencia organizada*, op. cit., pp. 95-106.

minimalidad han evolucionado y es ahí donde el penalista tiene un gran reto. Antes, lo común era que las esferas sociales bajas fueran proclives a delinquir y a afectar bienes jurídicos de las clases económicas más altas. Esas manifestaciones se siguen presentando y quizás por siempre permanecerán, pues en ello influyen factores de diversa índole; sobre todo problemas derivados de notorias desigualdades sociales.<sup>75</sup> Pero ahora nos encontramos también con otras manifestaciones de la criminalidad: actos ilícitos provenientes de esferas económicas pudientes que afectan bienes jurídicos de los grupos más desprotegidos. Nótese la diferencia: en la primera categoría, la ilicitud es de abajo hacia arriba, en la segunda, de arriba hacia abajo.

Hay que hacer notar una clara diferencia entre ambos fenómenos: la percepción que se tiene de ellos. En la delincuencia común, el perfil del delincuente suele ser identificado bajo ciertos esquemas más o menos generalizados. Sobre todo, tratándose de la delincuencia violenta, grupal o a la que persigue fines patrimoniales. Así, los delincuentes son etiquetados como *gangsters*, vagos o malvivientes. En cambio, en la otra manifestación de la criminalidad, la percepción es generalmente de personas de bien, gozan de un status social y económico importante; difícilmente se les identifica como delincuentes.

Nos encontramos pues con nuevas expresiones de la criminalidad; con la presencia de otro tipo de afectaciones al individuo y a la sociedad. Al propio tiempo, identificamos una fuerte tendencia a modificar las estructuras del Derecho penal –y del sistema penal en general– para dar respuesta a esta problemática. No debemos pasar por alto este escenario. Por el contrario, debe ser la principal atención de la moderna doctrina jurídico-penal para no caer en el estancamiento y permanecer inmersos en discusiones trilladas. Ante ese escenario debemos evitar caer en dos extremos: Uno de

---

<sup>75</sup> Existen estudios patrocinados por el Banco Mundial que han llegado a establecer que hay una relación significativa entre inequidad y crimen violento. Vid. RICO, José María y CHINCHILLA, Laura: *Seguridad ciudadana en América Latina, siglo XXI* editores, México, 2002, p. 18, nota 22.

ellos es darle la espalda a la realidad y no reconocer que hay nuevas manifestaciones de la criminalidad y en consecuencia, la necesidad de revisar cuidadosamente los principios garantistas y estructuras sistemáticas actuales, a fin de regular adecuadamente esas manifestaciones. El otro extremo se encuentra en la fácil huida al Derecho penal, como si con él se pudieran solucionar problemas estructurales de las complejas sociedades modernas. En ellas subyacen realidades tan difíciles que la intervención del Derecho penal las puede complicar aún más. Como bien plantea Hassemer:<sup>76</sup> “El control social y el Derecho penal se regulan mutuamente, caminan de la mano y se influyen uno al otro. Y los procesos del control social son mucho más difíciles de reformar que el texto del código penal.”

Si se determina la necesaria intervención del Derecho penal ante estas nuevas expresiones de la criminalidad, hay que ser sumamente cuidadosos para no convertir el *principio de apertura metodológica* en un *principio de arbitrariedad metodológica*. Y también hay que desconfiar de las pretensiones populistas disfrazadas de criterios político-criminales.

---

<sup>76</sup> HASSEMER, Winfried: “Contra el abolicionismo: Acerca del porqué no se debería suprimir el Derecho penal”, en: *Revista Penal*, n.º 11, trad.: Miguel Ontiveros Alonso, 2003, p. 33.

---

## Bibliografía

- ALBIN ESER, M.C.J.: "La evolución del Derecho penal alemán en las últimas décadas del siglo XX", en: (VV. AA.) *Libro homenaje al Prof. D. Marino BARBERO SANTOS*, t. I, ed. Universidad de Salamanca, 2001.
- ALBRECHT, Peter-Alexis: "El derecho penal en la intervención de la política populista", en: *La insostenible situación del Derecho penal*, trad.: Ricardo Robles Planas, Biblioteca Comares de Ciencia jurídica, Granada, 2000.
- ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica. (La teoría del discurso racional como teoría de la argumentación jurídica)*, trad.: Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- AMELUNG, Knut: "Contribuciones a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin", en: *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, comp.: Bernd Schünemann, Tecnos, Madrid, 1991.

- ANIYAR DE CASTRO, Lola: *Conocimiento y orden social: criminología como legitimación y criminología de liberación*, Universidad de Zulia, Maracaibo, 1981.
- ARROYO ZAPATERO, Luis: "Fundamentos y función del sistema penal: el programa penal de la constitución", en: *Revista Jurídica de Castilla la Mancha*, n.º 1, 1989.
- , "Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos", en: *Dos mil tres mil*, n.º 7, Corporación Universitaria de Ibagué, Colombia, 2001.
- BALBUENA CISNEROS, Arminda: "El origen antidemocrático de la justicia constitucional", en: *Revista del Departamento de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato*, n.º 75, 2004 (próxima publicación).
- BALDÓ LAVILLA, Francisco: "Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito", en: *Política criminal y nuevo Derecho penal* (libro Homenaje a Claus Roxin), Bosch, Barcelona, 1997.
- BARATTA, Alessandro: *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, Siglo XXI editores, México-España-Argentina-Colombia, 1986.
- , "La política criminal y el derecho penal en la constitución: Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales", (documento inédito entregado por el autor a propósito de los VI Cursos de Postgrado en derecho, política y criminología, de la Universidad de Salamanca), trad. Marisela Pérez Lugo y Patricia Chiantera, enero de 1999.
- , "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", en: *Nuevo Foro Penal*, 1985.
- BARBERO SANTOS, Marino: "Pena capital y Estado democrático", en: (VV. AA.) *El poder penal del estado* (Homenaje a Hilde Kaufmann), Depalma, Buenos Aires, 1985.
-

- BECCARIA (César Bonesano): *Tratado de los delitos y de las penas*, sexta edición facsimilar (Imprenta de Albán: Madrid, 1822), Porrúa, México, 1995.
- BELING, Ernest: *Esquema de Derecho penal (la doctrina del delito-tipo)*, trad.: Sebastián Soler, Depalma, Buenos Aires, 1944.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; y SERRANO PIEDECASAS, José Ramón: *Lecciones de Derecho penal parte general*, Praxis, Barcelona, 1996.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: "Derechos humanos y Derecho penal", en: *Estudios Penales y Criminológicos*, No. XI, 1988.
- , "El contenido del tipo de injusto", en: *Ensayos penales*, Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1994.
- , "Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico", en: *Ensayos penales*, Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1994.
- BERGALLI, Roberto: *Control social punitivo*, Bosch, Barcelona, 1996.
- , *Crítica a la criminología*, Temis, Bogotá, 1982.
- BOBBIO, Norberto: *El positivismo jurídico*, trad.: Rafael de Asis y Andrea Greppi, Debate, Madrid, 1993.
- , "Hacia una teoría funcional del Derecho", en: *Derecho, filosofía y lenguaje*, Buenos Aires, 1976.
- BOBBIO, Norberto: *el filósofo y la política (antología)*, segunda edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.
- BODENHEIMER, Edgar: *Teoría del Derecho*, trad.: Vicente Herrero, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.
-

- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano: "Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría del delito en Alemania, Italia y España": en: *Cuadernos de Política Criminal*, 1997.
- , "Funcionalismo y acción. Tres ejemplos en las contribuciones de Jakobs, Roxin y Gimbernat", en: *Estudios Penales y Criminológicos*, XVII, Universidad de Santiago de Compostela, 1994.
- BUSCH, Richard: *Modernas transformaciones de la teoría del delito*, Temis, Bogotá, 1964.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan; BERGALLI, Roberto; y MIRALLES, Teresa: *El pensamiento criminológico, I*, Península, Barcelona, 1983.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "La imputabilidad en un Estado de Derecho", en: *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1982.
- , "Política criminal y Dogmática", en (VV. AA.): *El poder penal del Estado*, (homenaje a Hilde Kaufmann), Depalma, Buenos Aires, 1985.
- , "Política criminal y Estado", en (VV. AA.): *Memorias del 1er. Congreso de Estudiantes de Derecho Penal*, Facultad de Derecho, Universidad de Guanajuato, México, 1998.
- CALVO GARCÍA, Manuel: *Los fundamentos del método jurídico: Una revisión crítica*, Tecnos, Madrid, 1994.
- CARRARA, Francesco: *Derecho penal*, traducción y compilación: Enrique Figueroa Alfonso, Harla, México, 1993.
- CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho penal español, parte general (t. I)*, 3.ª edición, Tecnos, Madrid, 1985.
- CRUZ REVUELTAS, Juan Cristóbal: *Qué es la política* (antología de los mejores textos modernos), Cruz O, México, 1994.
- DANNECKER, Gerhard: "Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en: *Revista Penal*, trad.: Ana Cristina Rodríguez Ya-
-

gue, La Ley (en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla la Mancha y Pablo Olavide, Sevilla), n.º 7, julio 2001.

DELMAS MARTY, Mireille: *Modelos actuales de política criminal*, Colección de Temas Penales, serie A, n.º 4, C, Ministerio de Justicia (Español), Madrid, 1996.

DE TOLEDO Y UBIETO, Octavio: "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990.

DÍAZ, Elías: *Estado de derecho y sociedad democrática*, 1a. edición, Taurus, Madrid, 1988.

DÍAZ Y DÍAZ, Martín: *Derecho y orden (Ensayos para el análisis realista de los fenómenos jurídicos)*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, n.º 63, ITAM, México, 1998.

DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, trad.: Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.

ESCRIVÁ GREGORI, José María: "Algunas consideraciones sobre Derecho penal y constitución", en: *Papers*, n.º 13, 1980.

ESTRADA ÁLVAREZ, Jorge: *Teoría del delito y la actualidad del Derecho penal mexicano*, Yussim, México, 2003.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: "Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción. (Algunas valoraciones a propósito de las previsiones contenidas en la Convención de la OCDE sobre soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales)", en: *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*, Aquilafuente, Universidad de Salamanca, 2002.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo: *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*, Colex, Madrid, 1997.

---

FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, trad.: Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995.

———, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2001.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos: "Cooperación judicial internacional en materia de delitos financieros y corrupción. Problemas de extradición", en: *Cooperación policial y judicial en materia de delitos financieros, fraude y corrupción*, vol. IV, Aquilafuente, Universidad de Salamanca, 2002.

FINCH, Jhon: *Introducción a la teoría del Derecho*, Labor Universitaria, trad.: Francisco Laporta San Miguel, Barcelona, 1977.

———, *Introducción a la teoría del derecho*, trad.: Francisco Laporte San Miguel, Labor Universitaria, Barcelona, 1972.

FOFFANI, Luigi: "La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado", en: *Revista Penal*, n.º 12, La Ley (en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-la Mancha y Pablo Olavide, Sevilla), 2003.

FRANK, Reinhard: *Estructura del concepto de culpabilidad*, versión castellana de Sebastián Soler, publicaciones del Seminario de Derecho penal, Universidad de Chile, 1966.

GARCÍA BELÁUNDE, Domingo: "¿Existe un Derecho natural de la filosofía griega?", en: *Estudios en honor al doctor Luis Recasén Siches*, II, coord.: Fausto E. Rodríguez García, UNAM, 1987.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Criminología*, tercera edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: "Panorama de la justicia penal", en: *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, UNAM, México, 1998.

---

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: "¿Tiene futuro la dogmática jurídicopenal?", en: *Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del Derecho (homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa)*, Pannedille, Buenos Aires, 1970.
- GONZALEZ DE LA VEGA, René: *Política criminológica mexicana*, Porrúa, México, 1993.
- GUASTINI, Riccardo: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad.: Marina Gascón y Miguel Carbonell, tercera edición, Porrúa, UNAM, México, 2002.
- GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: "Algunas consideraciones sobre la omisión", en (VV. AA.): *Libro Homenaje al maestro Antonio Torres Gómez*, Universidad de Guanajuato, 2003, (publicación pendiente).
- , "Algunas referencias para la construcción de un Derecho penal garantista", en: *Dos mil tres mil*, Corporación Universitaria de Ibagué, Colombia, n.º 6, año 2002.
- , *La delincuencia organizada (Algunos aspectos penales, criminológicos y político-criminales)*, Universidad de Guanajuato, 2001.
- , "La teoría del delito en el Código Penal para el Estado de Guanajuato. Un análisis dogmático", Tesis de grado de Maestro en Ciencias Jurídico-Penales, Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato, México, 1998.
- , "La tipificación de la delincuencia organizada. Comentarios en torno a su problemática", en: *Revista Michoacana de Derecho Penal*, n.º 43-44, 202.
- HASSEMER, Winfried: "Contra el abolicionismo: Acerca del porqué no se debería suprimir el Derecho penal", en: *Revista Penal*, n.º 11, trad.: Miguel Ontiveros Alonso, 2003.
-

- , "Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico", en: *Doctrina penal*, 1989.
- HEBER, Bárbara: "La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional", en: *Revista Penal*, n.º 11, trad.: Miguel Ontiveros Alonso, 2003.
- HELLER, Herman: *El sentido de la política y otros ensayos*, Pre-Textos, Valencia, 1996.
- HERRERO HERRERO, Cesar: *Los delitos económicos, perspectiva jurídica y criminológica*, Ministerio de Interior (Español), Madrid, 1992.
- IHERING, Rudolf, von: *La lucha por el Derecho*, versión española de Adolfo Posada y Biseca, tercera edición facsimilar (primera versión original), 1881, Porrúa, México, 1998.
- JAKOBS, Günther: *Derecho penal, parte general*, trad.: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995.
- , *Estudios de Derecho penal*, Trad.: al castellano y estudio preliminar de: Enrique
- Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Cívitas, Madrid, 1997.
- , *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad.: Manuel Cancio Meliá, Cívitas, Madrid, 1996.
- , "La omisión: estado de la cuestión", en: *Sobre el estado de la teoría del delito*, coord.: Jesús María Silva Sánchez, trad.: Javier Sánchez Vera Gómez-Trellas, Cívitas, Madrid, 2000.
- , "Sobre el tratamiento de la alteración volitiva y cognitiva", en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 45, fasc. I, 1992.
-

- , *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad.: Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Cívitas, Madrid, 1996.
- , "Superación del pasado mediante el Derecho penal", en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 47, fasc. II, 1994.
- JESCHECK, Hans-Henrich y WEINGEND, Thomas: *Tratado de Derecho penal (parte general)*, quinta edición, trad.: Miguel Olmedo Cardenote, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2002.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Tratado de derecho penal*, (t. I), Lozada, Buenos Aires, 1964.
- JIMÉNEZ, Gilberto: *Poder, estado y discurso (perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico)*, UNAM, 1989.
- KAUFMANN, Armin: "La misión del Derecho penal", en: *La reforma del Derecho penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, trad.: Santiago Mir Puig, 1980.
- KELSEN, Hans: *¿Qué es la Justicia?*, trad.: A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1991.
- , *Teoría pura del Derecho*, traducción de la edición francesa (1953): Moisés Nilve, décimo segunda edición, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974.
- KIRCHMANN, Julius Hermann von: *La jurisprudencia no es ciencia*, trad.: Antonio Truyol Sierra, Centro de Estudios Constitucionales, 2.a edición, Madrid, 1961.
- KURI BREÑA, Daniel: *La filosofía del derecho en la antigüedad cristiana*, UNAM, 1975.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen: "Posibilidades y límites de la dogmática jurídico penal", en: *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 33, Madrid, 1987.
-

- LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel: *Discurso sobre las penas*, primera edición facsimilar (primera edición: Madrid, 1782), prólogo de Javier Piña y Palacios, Porrúa, México, 1982.
- LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad.: Marcelino Rodríguez Molinero, segunda edición, Ariel, Barcelona, 1980.
- LARRAURI PIJOAN, Elena: *La herencia de la criminología crítica*, Siglo XXI editores, Madrid, 1991.
- LATORRE, Ángel: *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987.
- LISZT, Franz von: *La idea del fin del Derecho penal (Programa de la Universidad de Marburgo, 1882)*, introducción y nota biográfica de José Miguel Zugaldía Espinar, trad.: Carlos Pérez de Valla, Granada, 1995.
- , *Tratado de derecho penal*, t. I y III Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, traducción de la 18va. edición alemana y adicionado con la historia del Derecho penal en España por Quintiliano Saldaña, Reus, Madrid, 1926.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego: *Terrorismo, política y derecho*, Alianza Editorial, Madrid, 1987.
- MARTÍN CARNIVELL, Joaquín: "Criminología y política criminal", en: *Cuaderno de Política Criminal Madrid*, n.º. 19, 1983.
- MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO y Pardo, Ignacio: *Derechos fundamentales y Constitución*, Cívitas, Madrid, 1988.
- MARTÍNEZ BRETONES, Virginia: *Gustav Radbruch, vida y obra*, UNAM, 1989.
- MEDINA GUERRERO, Manuel: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
-

- MEZGER, Edmund: *Derecho penal, parte general*, trad. (de la 6.<sup>a</sup> edición alemana): Conrado A. Finzi, Editorial bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.
- MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal, parte general*, quinta edición. Reppertor, Barcelona, 1998.
- , *Derecho penal, parte general*, sexta edición, Reppertor, Barcelona, 2002.
- , “El bien jurídico y bien jurídico penal como límites del *ius puniendi*”, en: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, 1982.
- , “El sistema de Derecho penal en la Europa actual,” en: *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, (Libro Homenaje a Claus Roxin), J. M. Silva Sánchez (edic. española), coord.: B. Schunemann y Jorge de Figueiredo Días, Bosch, Barcelona, 1995.
- , *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2a. edic., Bosch, Barcelona, 1982.
- MOCCIA, Sergio: “Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente”, en: *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, (Libro Homenaje a Claus Roxin), J.M. Silvia Sánchez (ed. Española), coord.: B. Schünemann y Jorge de Figueiredo Días, Bosch, 1995.
- MORALES AVILÉS, Gregorio: “Derecho internacional y derechos humanos hacia la internacionalización del derecho del individuo frente al Estado”, en (VV. AA.): *VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, 1997.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés: *Política criminal y reforma penal (Algunas bases para su democratización en México)*, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales CEPOLCRIM, 1999, México.
-

- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, 1985.
- , “Función de la norma penal y reforma del Derecho penal”, en: *Nuevo Pensamiento Penal*, año 2, n.º 4, 1973.
- , *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1975.
- MUSCO, Enzo: “Perfiles penales de la publicidad engañosa”, en: *Revista Penal*, trad.: Susana Barón, n.º 12, La Ley (en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla la Mancha y Pablo Olavide, Sevilla).
- NAVARRO CARDOSO, Fernando: “Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en: *Revista Penal*, n.º 10, 2002.
- NIETO MARTÍN, Adán: “La corrupción en el sector privado. (Reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)”, en: *Revista Penal*, n.º 9, 2002.
- NINO, Carlos Santiago: *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, 1974.
- , *Introducción al análisis del Derecho*, 2.ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1980.
- NOVOA MONREAL, Eduardo: *La evolución del Derecho penal en el presente siglo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1977.
- OJEDA RODRÍGUEZ, Cuauhtémoc y GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: *La imputación objetiva*, Universidad de Guanajuato, 2002.
- OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús: “Los ‘Derechos Humanos’ y la polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo”, en: *Teoría del Derecho y conceptos dogmáticos*, UNAM, 1987.
-

- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: Estudio preliminar a la obra de Jakobs: *Estudios de Derecho penal*, trad. a castellano y estudio preliminar de: Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1997.
- PÉREZ ROYO, Javier: "El derecho constitucional en la formación del jurista", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 46, 1996.
- PINATEL, Jean: *La sociedad criminógena*, Colección Aurióan Aguilar, trad.: Luis Rodríguez Ramos, Madrid, 1979, (edición original: Calmann-Lévy), 1971, Paris.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel: *El bien jurídico en el Derecho penal*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974.
- POLITOF, Sergio: "Sistema jurídico-penal y legitimación política en el Estado democrático de derecho", en: *Nuevo Foro Penal*, Temis, n.º 45, Bogotá, 1989.
- POPPER, Karl: *El desarrollo del conocimiento científico*, Paidós, Madrid, 1967.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "La unificación de la Justicia Penal de Europa", en: *Revista Penal*, n.º 3, 1999.
- RAZ, Joseph: *La autoridad del derecho. (Ensayos sobre derecho y moral)*, trad.: Rolando Tamayo, UNAM, México, 1985.
- RECASENS SICHES, Luis: *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, tercera edición, Porrúa, México, 1980.
- REY SANFIZ, Luis Carlos: *La Tentativa Jurídico-Penal. (Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo)*, Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa", Dykinson, Madrid, 2001.
- REYES ALVARADO, Yesid: *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1994.
-

- RICO, José María y CHINCHILLA, Laura: *Seguridad ciudadana en América Latina*, siglo XXI editores, México, 2002.
- ROMEO CASABONA, José María: *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, Centro de Estudios Criminológicos de la Universidad de Laguna, 1997.
- ROXIN, Claus: "Causas de exclusión, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena", en: *cuadernos de política criminal*, Instituto Universitario de Criminalidad de la Universidad Complutense de Madrid, n.º 46, año 1992.
- , "Contribución a la crítica de la teoría final de la acción", en (VV. AA.): *Problemas básicos del Derecho penal*, trad.: Diego Manuel Luzón Peña, Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros, Reus, Madrid, 1976.
- , *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Reus, España, 1981.
- , *Derecho penal, parte general*, t. I, Fundamentos. *La estructura de la teoría del delito*, trad.: de la 2.ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; y, Javier de Vicente Remesal, Cívitas, 1997.
- , *Iniciación al derecho penal de hoy*, trad., introducción y notas de: Francisco Muñoz Conde y Diego-Manuel Luzón Peña, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1982.
- , *Política criminal y estructura del delito*, (elementos del delito en base en la política criminal), trad.: Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, PPU, Barcelona, 1992.
- ROUSSEAU, Jean-jacques: *El contrato social*, trad.: Andebeng-Abeau Alingue, Panamericana, Colombia, 2000.

- RUDOLPHI, Joachmin,: "Los diferentes conceptos del bien jurídico" en: *Nuevo Pensamiento Penal*, año 4, 1975.
- SAINZ CANTERO, José A.: *Lecciones de derecho penal, parte general*, segunda edición, Bosch, Barcelona, 1989.
- SAN AGUSTÍN: *Confesiones*, versión, introducción y notas de: Francisco Montes de Oca, novena edición, Porrúa, México, 1986.
- SÁNCHEZ ELLEO, Emilio Jesús: "Cooperación judicial internacional. Especial referencia a los delitos relacionados con la corrupción", en: *Cooperación policial y judicial en materia de delitos financieros, fraude y corrupción*, vol IV, Aquilafuente, Universidad de Salamanca, 2002.
- SANDOVAL HUERTAS, Eduardo: *Sistema penal y ciminología crítica*, Temis, Bogotá, 1985.
- SANTANA VEGA, Dulce María: *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2002.
- SAVIGNY, Friedich Karl von y A. F. J. THIBAUT: *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho y sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*, trad.: J. Díaz García Aguilar, edit. Stern, Madrid, 1970.
- SCHMILL, Ulises y VERENGO, Roberto J.: *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del Derecho*, UNAM, 1983.
- SCHÜNEMANN, Bernd: "La culpabilidad: estado de la cuestión", en (VV. AA.): *Sobre el estado de la teoría del delito* (seminario en la universitat Pompeu Fabra), trad.: David Felipe I Saborit y Ramón Ráques I Vallés, Cívitas, Madrid, 2000.
- , "La política criminal y el sistema de derecho penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (tomo XLIV, III), septiembre-diciembre, 1991.
-

- , "Sobre la sistemática de la teoría del delito", en: *Nuevo Pensamiento Penal*, año, 4, n.º 5 a 8, 1975.
- SIERRA BRAVO, Restituto: *Ciencias sociales. Epistemología, lógica y metodología*, Paraninfo, Madrid, 1984
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999.
- , "Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites", en (VV. AA): *Política criminal y nuevo Derecho penal* (libro Homenaje a Claus Roxin), Bosch, Barcelona, 1997.
- , "Sobre las posibilidades y límites de una dogmática supranacional del Derecho penal", en: *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, (Libro-homenaje a Claus Roxin), J. M. Silva Sánchez (edición española), coord.: B, Schünemann y Jorge de Figueiredo Días, Bosch, Barcelona, 1995.
- SOTO GUERRERO, Salvador: "Norberto Bobbio y la ciencia del derecho como análisis del lenguaje", en: *Revista del Departamento de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Guanajuato*, vol. IX, n.º 67, julio-diciembre de 1999.
- TIEDEMANN, Claus: "Constitución y Derecho penal", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, n.º 33, sep-dic., 1991.
- TOCORA L., Fernando: *Política criminal en América Latina, seguridad nacional y narcotráfico*, Cárdenas editor, México, 1995.
- VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel: "Criminología, política criminal y sistema de justicia penal", en: *Revista del Departamento de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato*, n.º 72, vol. XIV, enero-junio 2002.
-

- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: "Reforma política y Derecho penal", en: *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 1-9, 1997.
- VOGEL, Joachim: "Estado y tendencias de la armonización del Derecho penal material en la Unión Europea", en: *Revista Penal*, n.º 10, 2002.
- , "Política criminal y dogmática penal europea", en: *Revista Penal, la Ley* (en colaboración con la Universidad de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide, Sevilla), n.º 11, enero de 2003.
- WELZEL, Hans: *Derecho penal alemán, parte general*, 11.ª edición, trad.: Juan Bustos y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1970.
- , *Introducción a la filosofía del derecho (derecho natural y justicia material)*, trad.: Felipe González Vicen, Biblioteca Jurídica Aguilar, Segunda edición, Madrid, 1979.
- , *Teoría de la acción finalista*, comp.: Carlos Fontan Balestra, trad.: Eduardo Friker, Depalma, Buenos Aires, 1951.
- XIRAU, Ramón: *Introducción a la historia de la filosofía*, UNAM, undécima edición, 1990.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro: *Derecho penal, parte general*, Porrúa, México, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Manual de Derecho penal, parte general*, Cárdenas editor, México, 1994.
- ZIPF, Heinz: *Introducción a la política criminal*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: "Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación", en: *Delincuencia organizada (Aspectos penales, procesales y criminológicos)*, Eds.: Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borrallo, Universidad de Huelva, 1999.
-







*Fundamentos de la dogmática jurídica penal. Una perspectiva desde los derechos humanos*, editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se terminó de imprimir en agosto de 2017 en los talleres de Grupo Comercial e Impresos Cóndor, S. A. de C. V., Norte 178 núm. 558, colonia Pensador Mexicano, Delegación Venustiano Carranza, C. P. 15510, Ciudad de México. El tiraje consta de 2,000 ejemplares.

Este material fue elaborado con papel certificado por la Sociedad para la Promoción del Manejo Forestal Sostenible A. C. (Certificación FSC México).



**Presidente**

Luis Raúl González Pérez

**Consejo Consultivo**

Mariclaire Acosta Urquidi

María Ampudia González

Alberto Manuel Athié Gallo

Mariano Azuela Güitrón

Mónica González Contró

Ninfa Delia Domínguez Leal

David Kershenobich Stalnikowitz

Carmen Moreno Toscano

María Olga Noriega Sáenz

Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

**Primer Visitador General**

Ismael Eslava Pérez

**Segundo Visitador General**

Enrique Guadarrama López

**Tercera Visitadora General**

Ruth Villanueva Castilleja

**Cuarta Visitadora General**

Norma Inés Aguilar León

**Quinto Visitador General**

Edgar Corzo Sosa

**Sexto Visitador General**

Jorge Ulises Carmona Tinoco

**Titular de la Oficina Especial para el “Caso Iguala”**

José T. Larrieta Carrasco

**Secretario Ejecutivo**

Héctor Daniel Dávalos Martínez

**Secretario Técnico del Consejo Consultivo**

Joaquín Narro Lobo

**Oficial Mayor**

Manuel Martínez Beltrán

**Directora General del Centro Nacional de Derechos Humanos**

Julieta Morales Sánchez



**CNDH**  
M É X I C O



**CNDH**  
M É X I C O

ISBN: 978-607-729-363-7



9 786077 293637