

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO

TESIS

ESPACIO LIBRE DE DERECHO:
*UNA ALTERNATIVA A LA SOLUCIÓN DE CASOS EN LA
PRÁCTICA DEL DERECHO PENAL.*

Que para obtener el título de licenciado en derecho presenta:
Jesús Corrales Hernández.

ASESOR: ENRIQUE DÍAZ-ARANDA.
**DOCTOR EN DERECHO POR LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID Y POR
LA UNAM. POSDOCTORADO EN EL ICP DE LA UNIVERSIDAD DE MÜNICH,
ALEMANIA. PROFESOR *HONORIS CAUSA UAT.***



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**LA TEORÍA DEL ESPACIO LIBRE DE DERECHO: UNA ALTERNATIVA A LA SOLUCIÓN
DE CASOS EN LA PRÁCTICA DEL DERECHO PENAL.
DER RECHTSFREIE RAUM.**

“Se dice que el ciudadano mayor de edad, que el cristiano mayor de edad es tan sólo una utopía, y que, con ello, también la doctrina del espacio libre de derecho representa una utopía. Esto es posible. La cuestión es si ésta es una utopía alucinante y abstracta o una utopía concreta, reforzada por la realidad, si es una quimera o la realidad del mañana.”

Arthur Kaufmann, *Filosofía del Derecho*.

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS

La presente investigación está dedicada a mi *alma mater*, la Universidad Nacional Autónoma de México, especialmente a la comunidad de la Facultad de Derecho. ¿Por qué a ella en primer lugar? pueden preguntarse quienes han contribuido a esto. Bueno, porque en sus aulas he vivido los días más bellos de mi vida, ahí aprendí, según mis capacidades, primero, el valor de lo humano, y, segundo, lo suficiente para poder hoy aspirar a cumplir una labor de tan relevada importancia social como lo es la de ser abogado. Y si esto no fuera suficiente, también ahí conocí la felicidad a lado de mi esposa Louann, con quien hemos procreado quienes son mi razón de ser, nuestros hijos, Cosette, Mirentxu y Jesús; a ustedes también dedico entrañablemente este trabajo. Así pues, mi querida Casa de Estudio, con el presente cumplo, en una parte, mi compromiso de universitario impuesto cuando ingrese a tus aulas; y, asimismo, me comprometo para continuar la labor.

Sin duda que para poder hacer posible esta experiencia, también fue importante el esfuerzo de mi primigenia familia, es decir, mi padres, María Hernández Rayón y Alejandro Corrales Vázquez (†), y mis hermanas, Alejandra, Yolanda y Yesenia, a quien desde aquí les profeso mi reconocimiento por el valor y coraje con que a diario enfrentan la vida; en ese núcleo aprendí que aquella es una lucha constante, y que así haciéndolo puede llegarse a donde uno se lo proponga. ¡Gracias por todo!

A mis sobrinos, como ejemplo de que las cosas que uno empieza han de acabarse.

En la vida he aprendido que la gratitud es un valor esencial para todo hombre, por ello dejo constancia también de mi agradecimiento a todos aquellos que de alguna manera han contribuido para que esta investigación sea una realidad. Tengo claro que el triunfo de cualquier hombre jamás surge de la nada. Edificarse en lo individual, desde mi punto de vista, es una labor que corresponde a varias personas. Mi caso no ha sido la excepción. En suma, para llegar hasta aquí han sido de relevada importancia la contribución —algunos en las aulas, otros en el foro y otros más con sus consejos— de varias personas. A todos ellos pues va mi agradecimiento. Así, aunque el orden es relativo, agradezco primero a los Magistrados de Circuito Irma Rivero Ortiz de Alcántara, Héctor Lara González, José Luis González, Enrique Escobar Ángeles, Manuel Baráibar Constantino, Juan Manuel Alcántara Moreno, José Pablo Pérez Villalba, Ricardo Paredes Calderón, David Solís Pérez; al Juez de Distrito Ranulfo Castillo Mendoza; a los Doctores en Derecho Edgardo Alberto Donna, Francisco Muñoz Conde, Jean-Michael Simon, Miguel Ontiveros Alonso, Enrique Abraham Ortiz, Jesús de la Fuente, Carlos Juan Manuel Daza Gómez y Alfonso Pérez Daza; a los licenciados

en Derecho Javier Álvarez Mendoza, Juan Manuel Sánchez Macías, Gilberto Álvarez Mendoza, Raúl García Chávez, María Imelda Ayala Miranda, María Nelly Vázquez Rivera, José de Jesús García Pérez, Rubén Quintino Zepeda, Alejandro Haro Reyes, Francisco Romero Sosa, Jorge Vázquez Aguilera, Enrique Cedeño Arcipreste, Alejandro Aley Martínez, Javier Carreño Rodríguez, a todos también gracias.

Eternamente quedo también agradecido con quien ha sido el asesor y director de esta tesis, mi Maestro el Doctor *H. C.* Enrique Díaz Aranda —de usted quedan grandes enseñanzas—, y al Director del Seminario de Derecho Penal, Maestro en Derecho José Pablo Patiño Souza, preclaro ejemplo ambos de ser grandes juristas; admito que si hubo aciertos son de ustedes, si existen errores los asumo sin miramiento alguno.

Quisiera terminar este prolongado agradecimiento a todos mis entrañables amigos, recordando un bello pasaje de un escrito en el que Isócrates se dirige a Demónico, hijo de su acaecido amigo Hipónico; en él dice:

"De ninguno te hagas amigo antes de examinar bien cómo se hubiere portado con los amigos que antes tuvo; y espera que así será contigo cual ha sido con aquellos. Tarda en hacerte amigo. Hecho una vez, procura permanecer; porque tan malo es no tener ningún amigo como mudar muchos. No quieras hacer prueba de los amigos con daño, ni tampoco quedarte del todo sin probarlos. Para esto basta que finjas estar necesitado de ellos, no estándolo. Confíales cosas en las cuales no importe el secreto, como si importara, que así no saliéndote bien la cosa habrás mejor conocido su trato. Prueba a los amigos con los trabajos de esta vida y con la participación de los peligros; porque como en el fuego se prueba el oro, así en las adversidades se conocen los amigos. El mejor modo que puedas usar con los amigos será si, no guardando a que te pidan ayuda, tú mismo espontáneamente te ofrezcas a socorrerlos en las ocasiones. Ten por igual deshonra ser vencido de los enemigos a fuerza de ofensas, y serlo de los amigos a fuerza de beneficios. Recibe por compañeros, aquellos que no sólo se entristecen a tus desgracias sino que tampoco envidian a tus fortunas; porque muchos que tienen lástima de los amigos cuando desgraciados, le tienen también envidia cuando felices. Haz memoria de los amigos ausentes entre los presentes, porque no parezca que haces ya poco caso de ellos por estar lejos".

Avisos de Isócrates a Demónico.

Juan Manuel Sánchez Macías, Rubén Quintino, Héctor Hugo Lara, Alejandro Haro, Enrique Cedeño Arcipreste, Alejandro Aley, Javier Carreño, gracias por el apoyo incondicional en los momentos más complicados, a ustedes entrañablemente el pensamiento de Isócrates. Si merezco o no el honor de referirme a ustedes, por haberme equivocado algún día como amigo, creo que es válido errar para volver a empezar. En la Ciudad de México, junio de dos mil siete.

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN.....I

CAPÍTULO PRIMERO ESPACIO LIBRE DE DERECHO

SUMARIO: 1. Aproximación al tema. 1.1. Caso guardaguasas. 1.2. Colisión de deberes del médico: vida *versus* vida. 1.3. Caso de “La Mignonette”. 1.4. Colisión de deberes por colisión de vehículos. 1.5. Eutanasia Hitler. 1.6. Colisión de bienes y deber de salvamento. 1.7. Caso del tercero no involucrado. 1.8. Tabla de Carneades. 1.9. Caso de los alpinistas. 1.10. Acción eutanasia del médico. 2. Cronología de la t.d.e.l.d.d. 3. Denominaciones dadas a la t.d.e.l.d.d. 4. Cómo concibo aquí los términos espacio, libre y valor(ación). 4.1. El espacio; 4.2. Libre. 4.3. Valor(ación). 5. Ubicación gnoseológica y sistemática. 6. Contenido concreto de la t.d.e.l.d.d. 7. El así llamado *Ámbito primario libre de valoración jurídica*. 8. Argumentos jurídicos que niegan la existencia de la t.d.e.l.d.d. 9. Lagunas del Derecho. 10. Conclusión del primer capítulo.....1

CAPÍTULO SEGUNDO EL DERECHO

SUMARIO: 1. ¿Qué es el derecho? 2. Etimología del vocablo. 3. Evolución histórica sobre el concepto del derecho. 4. Otros usos del término. 4.1. Como disciplina social. 4.2. Disgregación del derecho y la justicia. 5. Antinomia sobre los límites del derecho. 5.1. La tesis de Radbruch; 5.2. La *antitesis* de Engisch. 6. Determinación e indeterminación del derecho. 7. Toma de postura. 7.1. Los principios. 7.2. La ponderación: **A)** elementos que forman la estructura de la ponderación. **B)** el peso abstracto de los principios. 7.3. Fórmula de peso. 7.3.1. Las cargas de la argumentación. 8. Conclusión provisional del segundo capítulo.....23

CAPÍTULO TERCERO TEORÍA DE LA NORMA JURÍDICA

SUMARIO: 1. Capitularmente. 1.1. Normas definitorias. 1.2. Normas técnicas. 1.3. Normas preceptivas o jurídicas. 1.4. Normas ideales. 1.5. Normas sociales. 1.6. Normas constitutivas. 1.7. Normas morales. 2. Características particulares de la norma jurídica de estructura tradicional. 3.

La norma como principio. 4. Criterios de clasificación jurídica en general. 5. La norma penal. 5.1. Estructura. 5.2. Función o fin de protección de la norma. 5.3. Clasificación de la norma penal. 5.3.1. Norma completa e incompleta. 5.3.2. Norma penal en blanco. 5.3.3. Norma primaria y norma secundaria. 6. Conclusión de este capítulo.....54

CAPÍTULO CUARTO ANTI JURÍDICO

SUMARIO: 1. Cuestión introductoria. 2. La juridicidad. 2.1. Mandatos y prohibiciones. 2.2. Los permisos en el Derecho y Derecho penal específicamente. 2.2.1. De los permisos en general. 2.2.2. Permisos y supuestos constitucionales flexibles e inflexibles. 2.2.3. Permisos en sentido fuerte y en sentido débil. 3. La antijuridicidad. 3.1. Concepto y naturaleza. 3.2. Antijuridicidad formal y antinormatividad. 3.3. Antijuridicidad material. 3.4. ¿Antijuridicidad formal o material? 3.4.1. Tesis de la independencia. 3.4.2. Tesis de la correspondencia. 3.4.3. Tesis intermedia (von Liszt). 3.5. ¿Es la antijuridicidad un concepto propio del Derecho penal o un concepto genérico del Ordenamiento jurídico? 3.6. La antijuridicidad vista como elemento práctico de la sistemática que sirve para resolver problemas penales. 3.7. La antijuridicidad y la culpabilidad. 4. Antijuridicidad: requisitos para su constatación. 5. Lo objetivo y subjetivo de la antijuridicidad. 6. Las causas de justificación. 6.1. Las causas de justificación como excluyentes de la antijuridicidad. 6.2. Causas de exculpación. 6.3 Distinción entre causas de justificación y causas de exculpación. 6.4. Causas de justificación y política criminal. 7. Coexistencia de dos o más causas de justificación. 8. Toma de postura.....68

CAPÍTULO QUINTO DERECHO PENAL Y PRINCIPIOS BÁSICOS QUE RIGEN EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

SUMARIO: 1. Alusión a los presupuestos. 2. Aspecto fenoménico-normativo del actuar delictivo. 3. Derecho penal como ciencia. 4. El problema y el sistema en el Derecho penal. 5. Principios del Derecho penal. 5.1. Principios básicos: a) *accesoriedad*, b) *fragmentariedad*; y, c) *ultima ratio*. 5.2. Principios complementarios. 5.2.1. Principio de tipicidad. 5.2.1.1. Principio de tipicidad inequívoca. 5.2.2. Principio de proporcionalidad. 5.2.3. Principio de responsabilidad subjetiva. 5.2.4. Principio de retroactividad de norma favorable. 5.2.5. Principio acusatorio. 5.2.6. Principio *ne bis in idem* o *non bis in idem*. 5.2.7. Principios de certeza y seguridad jurídica. 5.2.8.

| | |
|---|----|
| Principio <i>in dubio pro reo</i> . 5.2.9. Principio de presunción de inocencia. 5.2.10. Principio de legalidad. 5.2.11. Principio de acto. 5.2.12. Principio <i>non reformatio in peius</i> . 6. Análisis estructural del delito. 7. Presupuestos especiales y generales del injusto. 8. Ecuación dogmática o estructural del delito. 9. Circunstancias generales y especiales del delito. 10. Conclusiones de este apartado..... | 91 |
|---|----|

**CAPÍTULO SEXTO
SOLUCIÓN DE CASOS
BAJO LA T.D.E.L.D.D.**

| | |
|---|-----|
| SUMARIO: 1. Planteo final. 2. Solución de casos prácticos. 2.2. Caso 1. Hecho. El guardagujas. 2.2.1. Problemas del caso. 2.2.2. Extracto de los fundamentos jurídicos. 2.2.3. Explicación y profundización. 2.2.4. Tipo objetivo. 2.2.5. Tipo subjetivo. 2.2.6. Causas de justificación. 2.3. Caso 1; Caso 2; Caso 3; Caso 4; Caso 5; Caso 6; Caso 7; Caso 8; Caso 9; y, Caso 10. 3. Reflexión final. 4. Propuesta. 5. Conclusiones generales. 6. Bibliografía..... | 120 |
|---|-----|

| | |
|-------------------------------------|-----|
| CONCLUSIONES GENERALES | 147 |
| PROPUESTA | 149 |
| BIBLIOGRAFÍA | 151 |

INTRODUCCIÓN GENERAL

De una revisión retrospectiva en la historia del hombre podemos advertir que de alguna forma éste siempre trata de sorprender a sus semejantes creando cosas que son nuevas para sus mentes; la lucha de egos entre los seres humanos es inherente a su naturaleza; su preocupación por crear algo más sorprendente e innovador de lo ya creado, es nato en él. Concisamente, el hombre es un inventor constante de su realidad.

La inspiración que le impulsa a crear, desde mi óptica, es de diversa naturaleza. En ocasiones busca simplemente satisfacer su ansia por disipar las incógnitas que invaden su *Ser*; en otras, el reconocimiento de los demás, y así, desde luego, satisfacer su ego. No obstante, hay hombres de sentimientos filantrópicos que en búsqueda de la *verdad* tienen como única pretensión aportar algo a esta sociedad que nos consume.

En esa indagación y explicación que el hombre trata de hacer de su entorno, las respuestas siempre son divergentes, ello dado que la mente humana capta las cosas (objetivas y subjetivas) de manera disímil, pues parte, casi siempre, de la perspectiva que de las mismas tenga y las aptitudes que para ello cuenta, entre otras cosas desde luego. En concreto, una sola cosa puede tener varias *verdades*, aunque la *verdad* es siempre relativa, más aún en las ciencias sociales como el Derecho.

A veces, en cualquier ámbito del conocimiento –técnico, científico o filosófico–, se cree haber encontrado la panacea de la humanidad; se piensa que con lo hallado no será necesario investigar más, lo cual, sin duda, es erróneo, ya

que la humanidad vive situaciones que a veces no pueden ser explicadas por la razón, y que, si bien es cierto han sido solucionados algunos inconvenientes, también lo es que la humanidad sigue viviendo, por lo que continúa enfrentando dificultades a las que necesariamente ha de buscarles una explicación. Esta es la verdadera razón por lo que la ciencia ha evolucionado y debe seguir haciéndolo, pues, en el caso de nuestra disciplina, la principal y más elevada tarea ha sido siempre colaborar a la edificación y configuración de los valores culturales, buscando este cometido con la mira puesta en la realidad.

Con la investigación que hoy presento no intento crear nada nuevo, sino sólo reflexionar sobre un tema *-teoría del espacio libre-*, el cual, a mi juicio, puede ayudar a solucionar casos *clave o limite* que se presentan en la práctica cotidiana nuestra disciplina (por ejemplo en el ámbito de la colisión de deberes -subcaso de estado de necesidad-, defensa legítima, error y participación), proponiendo con ella una salida por vía distinta a la hasta ahora dada por la dogmática penal tradicional, a saber: causalismo (naturalista y normativo), finalismo o funcionalismo –en sus vertientes teleológico racional (Roxin), normativo (Jakobs) o social (este último propuesto en México por Díaz-Aranda).

Escribir acerca del Derecho y especialmente en derecho penal es cuestión difícil -todavía más para quien se inicia como el que esto escribe-, lo anterior, dado las aportaciones que se han generado en este medio, mismas que por el alto nivel científico con el que cuentan las investigaciones, resulta complicado suplir o rebasar. Piénsese por ejemplo en la exposición doctrinal que realizan hoy día los más grandes penalistas del orbe: Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch, Köhler y el recientemente desaparecido Arthur Kaufmann, por mencionar algunos; y, desde luego la de penalistas extintos materialmente, pero que sin embargo sus valiosas aportaciones siguen vigentes entre nosotros con sus obras, tales como: von Feuerbach, Radbruch, von Liszt, von Beling, Bindig, Mezger, Welzel, Larenz y Kantorowicz. Sin dejar de mencionar, desde luego, la calidad de nuestros insignes juristas latinos y mexicanos (algunos exiliados) como Jiménez de Asúa, Jiménez Huerta, Ricardo C. Núñez, Ignacio Villalobos, Carrancá y Trujillo, Porte Pettit, Ricardo Franco Guzmán, Márquez Piñeiro, entre otros, así como Enrique Díaz-

Aranda, Miguel Ontiveros Alonso y Rubén Quintino Zepeda, estos tres últimos brillantes penalistas de esta generación, y, a mi gusto, con gran promesa científica para el país, necesaria por cierto. Con esta perspectiva, qué puede decir un principiante como yo.

Tal grupo de científicos, en su mayoría con propuesta y el afán de dar una solución científica sustentable a los asuntos penales, han desarrollado temas como: conducta (típica), autoría y participación, tentativa, imputación (objetiva, subjetiva y personal), teoría del error (de tipo en los elementos descriptivos y normativos, sobre los presupuestos fácticos en las causas de justificación y de prohibición, vencible e invencible), la teoría de la antijuridicidad (formal o material), atribuibilidad, la culpabilidad, etcétera, a lo que ahora debe añadirse el estudio de la *teoría del espacio libre de Derecho*.

Se ha dicho que el derecho debe ser sentido común, aunque sea el más común de los sentidos; es decir, que, tanto en la exposición doctrinal como en la resolución judicial, debe ser claro, omnicomprensivo, ya que éste se dirige a una diversidad de personas o grupos sociales, tanto de aquellos que han ocupado un lugar en algún pupitre de un colegio como los que no tuvieron esa dicha y que generalmente como consecuencia no saben leer ni escribir. Por esa razón, en el desarrollo de mi investigación trataré de ser lo más claro y sencillo en la exposición -cuestión ya de por sí complicada- del tema que me ocupa.

De esta manera, en lo que sigue voy a demostrar cómo a partir de una realidad social mexicana funcionaría esta doctrina (*espacio libre*) en la práctica del Derecho penal –porque sí puede aplicarse-, para lo cual he dividido el trabajo en varios apartados. En el primero introduzco al lector en lo que es la doctrina del espacio libre de Derecho; seguidamente trato lo relativo al Derecho en un sentido genérico, esto es, como un subsistema autopoyético, como algo inmutable al hombre en sociedad, como creación del mismo, aseverando la razón ontológica, teleológica, deontológica y lógico sistemática de este *instrumento social*; en un tercer momento expongo lo relativo a la norma jurídica, por ser ésta parte esencial, aunque no la única, en la integración del ordenamiento jurídico; luego, doy una breve referencia general de la teoría general del delito vista desde el momento

actual; igualmente, en otro apartado estimaré lo relativo al binomio juridicidad-antijuridicidad, conceptos de los que emerge la idea que aquí me ocupa, para finalmente abordar lo relativo a la propuesta central, es decir, la solución de casos a través de la doctrina del *espacio libre*; en este último nivel de exposición abundaré sobre algunas de las razones prácticas y de certeza jurídica a que conlleva el tratamiento del tema, ello en comparativa con lo que la dogmática tradicional, de herencia alemana – aunque no queramos admitirlo –, ha propuesto como solución a este grupo de casos.

Urge decir, y como se advierte en el índice temático, que muchos de los temas aquí referidos, son de difícil tratamiento; de cada uno se ha escrito y pueden seguirse derramando litros y litros de tinta, sin la posibilidad de llegar a una *verdad absoluta*; por ello, sería un atrevimiento de mi parte el que pretendiera referirme a cada uno de éstos como si fuera profundo conocedor de los mismos; luego entonces, la exposición se realizará bajo la limitación de mis conocimientos generales.

Así pues, termino diciendo que este trabajo es un trabajo de apertura, no concluyente y en estado embrionario, motivo por el que seguramente ha de encontrar fuertes resistencias a las cuales no habré de oponerme, siempre y cuando éstas sean sustentables científicamente (falibles); no obstante esto, en lo sucesivo, espero poder llevar más lejos el desarrollo de la cuestión. A lo sumo, porque desde mi perspectiva, con esta idea pueden llegarse a conseguir artos buenos resultados. Pero, sea lo que sea, si prospera o no la idea, el trabajo está compensado con creces, pues la enseñanza que con el desarrollo del mismo he obtenido, en lo personal, es muy satisfactorio, pues más que nunca estoy plenamente convencido de la existencia de ese *espacio libre de Derecho* del que muchas veces dudé, y con el cual, desde mi óptica, se da solución grata a casos que, por lo general, han quedado en un estado de *lege ferenda* en la exposición doctrinal, legislativa y judicial. Ojalá que con mi idea, como es el deseo, se alcance un grado de certeza jurídica mayor en ese ámbito de casos que he ubicado en el referido *espacio libre de Derecho*.

Para finalizar digo que no pretendo un cambio esencial o maniático a lo practicado jurídicopenalmente hasta el día de hoy, ni como dice Frisch *un cambio caprichoso de los muebles*, sino, simplemente, formular una propuesta de alternancia y *flexibilidad jurídica* en ciertas situaciones, respetando los principios generales del Derecho, y particularmente de los del Derecho penal sustantivo y adjetivo, y así entrar a *un mundo jurídico más razonable y menos cerrado a los dogmas penales* (por ejemplo, el principio de legalidad), aceptando nuevas propuestas que lleven a la humanidad a pervivir y evolucionar en el entorno que le es propio, y no estar así en la negativa total de aceptar el fatalismo y determinismo que llevan a la impotencia, porque, como lo expresó Foucault, *“no somos sólo hijos de nuestro medio y de nuestra época, modelados por el poder de los dominantes”*, es decir, las escuelas penales hasta hoy conocidas, *“sino que también podemos modificar esa sociedad que se nos impone y, así haciéndolo, modificarnos a nosotros mismos en buena medida, aunque no totalmente”*.

CAPÍTULO PRIMERO

ESPACIO LIBRE DE DERECHO

“La posibilidad de una pluralidad de sistemas cerrados que una vez que se tienen parece que uno sea la continuación del otro. Y todo esto tiene que ver con la idea de que no sabemos (pensamos) en absoluto cuánto puede ser quitado –o también dado- al hombre”.

Wittgenstein, Ludwig, *Movimientos del pensar*.

SUMARIO:

1. Aproximación al tema. 1.1. Caso guardaguasas. 1.2. Colisión de deberes del médico: vida versus vida. 1.3. Caso de “La Mignonette”. 1.4. Colisión de deberes por colisión de vehículos. 1.5. Eutanasia Hitler. 1.6. Colisión de bienes y deber de salvamento. 1.7. Caso del tercero no involucrado. 1.8. Tabla de Carneades. 1.9. Caso de los alpinistas. 1.10. Acción eutanasia del médico. 2. Cronología de la t.d.e.l.d.d. 3. Denominaciones dadas a la t.d.e.l.d.d. 4. Cómo concibo aquí los términos espacio, libre y valor(ación). 4.1. El espacio; 4.2. Libre. 4.3. Valor(ación). 5. Ubicación gnoseológica y sistemática. 6. Contenido concreto de la t.d.e.l.d.d. 7. El así llamado *Ámbito primario libre de valoración jurídica*. 8. Argumentos jurídicos que niegan la existencia de la t.d.e.l.d.d. 9. Lagunas del Derecho. 10. Conclusión del primer capítulo.

1. Aproximación al tema

La teoría¹ del espacio libre surte sus efectos en la totalidad del ordenamiento jurídico²; con todo, en este trabajo me ciño a su aplicación práctica para la solución de los asuntos penales³.

Así, en la exposición que sigue, voy a demostrar –paralelo a los creadores y quienes defienden esta *teoría del espacio libre*⁴ (en adelante así:

¹ Recuérdese que las teorías jurídicas “implican una tesis sobre los presupuestos de la solución correcta del conflicto” que se pretende solucionar. Además, toda teoría jurídica tiene como finalidad el garantizar la seguridad, certeza e igualdad al momento de la aplicación de la ley, generalizables a todos los casos que caen dentro del campo de la norma. En este sentido cfr. Bacigalupo, Enrique, *Técnica de resolución de casos penales*, segunda edición ampliada, editorial Hamurabi, Argentina, 2002, p. 26.

² Así, por ejemplo, en el ámbito del derecho probatorio se ha propuesto un *principio de la libre valoración de la prueba*, el cual debe entenderse como aquél en donde la valoración de ésta es libre únicamente en el sentido de que no está sometida a reglas jurídicas que impongan un resultado probatorio y no como aquél que justifica la absoluta libertad del juez en la determinación de los hechos probados, derivando con ello su libertad en arbitrariedad. En este sentido cfr. FERRER BELTRÁN, Jordi, *Cómo se valora una prueba*, en Revista de Ciencias Penales *Iter Criminis*, No. 10, segunda época, abril-junio 2004, pp. 77 a 96.

³ Esta es la hipótesis que en mi trabajo habré de demostrar y sustentar.

⁴Cfr. KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Trad., Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999; OETKER, en Festgabe für Frank, t. I, 1930, p. 367, ss; NAGLER, en LK, 6ª ed., 1944, § 54, n. III 2 c 3; PHILIPPS, Archiv für Rechts-Und

t.d.e.l.d.d.)—, que en la base empírica de la sociedad, se generan conductas que pueden encontrar solución jurídico penal en un ámbito libre de valoración jurídica, situado en el punto intermedio del binomio jurídico-antijurídico (tipo y antijuridicidad), y perceptible a partir del concepto e idea del Derecho⁵. Por ser esta teoría eficaz en la lucha contra la criminalidad, trataré de estructurar mi pensamiento sobre la base de la experiencia que me es propia.

A la *t.d.e.l.d.d* no ha de confundírsele con las *causas de atipicidad*⁶ (inexistencia de objeto material, calidad en los sujetos -activo o pasivo-, entre otros) o las *causas de justificación* (estado de necesidad, defensa legítima, etcétera), analizadas estas últimas después de constatada la tipicidad de la conducta, pero antes del juicio de reproche, es decir, en uno de los extremos del referido binomio jurídico-antijurídico, concretamente, en lo segundo. Los tópicos tratados bajo este rubro (*t.d.e.l.d.d*), tampoco deben encuadrarse en las *causas de exculpación*, no obstante que, como se verá, algunos autores lo hayan hecho así.

De esta manera, sabido es del penalista que el proceder instituido al analizar un caso es utilizar una *forma lógico racional* (un sistema), a través del cual se ha de constatar la conducta con sus elementos objetivos y subjetivos, así como cada una de las características delictuales o subinstitutos y binomios que la componen (a la forma o sistema); en el ámbito de nuestra disciplina esto es estudiado por la teoría del delito.

Sozialphilosophie, t. 52, 1966, p. 205; BINDING, Handbuch, t. 1, 1885, p. 766 (Los datos anteriores tomados de la obra de CUERDA RIEZU, Antonio, *La colisión de deberes en Derecho penal*). También se alinean entre los seguidores de esta doctrina NAGLER-JAGUSCH en LK, t. 1, 7ª ed., 1954, § 54 n. V b.

⁵ Una idea de similares características fue ya propuesta por Maurach, con la denominada *atribuibilidad o responsabilidad por el hecho* — en la que por cierto, hay que decirlo, trata algunos supuestos que aquí sirven de base de estudio—. La atribuibilidad, expuso el autor, está integrada por la responsabilidad por el hecho y la culpabilidad, y pone de relieve que un determinado acto debe ser atribuido como suyo al autor. La diferencia estructural entre mi propuesta y la del autor en cita es que él ubica su solución (atribuibilidad) entre la antijuridicidad y la culpabilidad, mientras que por mi lado ubico la teoría del espacio libre de derecho antes de la antijudicidad, pero después de analizada la tipicidad. Cfr. MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Tr. Juan Córdoba Roda. Ed. Ariel. Barcelona, 1962. Pág 27.

⁶ Dentro de la teoría del delito una cosa es la ausencia de tipo y otra la atipicidad —esta última aspecto negativo del delito—. La primera presupone la ausencia total de la descripción del hecho en la ley, mientras que en la segunda, supone una conducta que no llega a ser típica por falta de alguno de los elementos del tipo objetivo o subjetivo, ya con referencia de alguna de las cualidades en los sujetos, de referencias temporales o especiales, e inclusive por falta de alguno de los elementos normativos o subjetivos.

Las características delictuales de la conducta-típica: *tipicidad, antijuridicidad de la conducta y culpabilidad del agente*; de contenido disímil por cierto, dependiendo la época histórica de evolución y análisis al que se quieran someter, esto es, causalismo, finalismo o funcionalismo. De cada proceder y en la medida en que se adelanta en el análisis —dependiendo la *forma* a seguir—, habrá de surgir como resultado del avance una consecuencia jurídica diferente. Por otro lado, también se sabe que quien incumpla esta secuencia lógica, no procede sistemáticamente (*dogmáticamente*).

Sin embargo, con el espacio libre se trata de un pensamiento diametralmente diferente al arriba mencionado; es decir, esa forma rigurosa de proceder, aquí, no es tan así, sino antes bien de lo que se trata es dar una solución a *casos límite* de conflicto (de bienes e intereses) de una manera distinta y a los que la dogmática penal del presente no ha podido, hasta ahora, sostener con un argumento sólido en la solución de tales desavenencias, rompiendo con ello el esquema conservador, fiel y cerrado de la dogmática penal tradicional.

Tal es la razón de mi investigación, con la que me propongo solucionar dichos conflictos bajo un argumento heterogéneo, pretendiendo no transgredir las garantías individuales del gobernado ni sus derechos fundamentales, proponiendo un cambio que lleve a *flexibilizar* el principio de legalidad y con ello alcanzar un grado de certeza y seguridad jurídica mayor.

De una vez para siempre ha de destacarse que en la comprensión y solución de los temas tratados bajo este rubro, se considerará que vivimos en una sociedad democrática pluralista del riesgo⁷, en la que, como consecuencia del desarrollo científico y tecnológico y la globalización del mundo, entre otras cosas, todos los días se genera más complejidad, y por ende, la humanidad se enfrenta a situaciones en las que un orden jurídico concreto no tiene ya una respuesta única y satisfactoria a todos los problemas que se le presentan.

Cierto es que los casos tratados bajo esta teoría son aislados (*raros*), sin embargo, considero, no debemos esperar a que se presenten en masa para

⁷ Fue a partir de la obra del sociólogo Ulrich Beck que los penalistas han introducido este concepto -sociología del riesgo- a nuestra disciplina. Véase Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva Modernidad*, Trads. Jorge Navarro y otros, editorial Paidós Ibérica, Barcelona, 1998.

estar en posibilidad de darles una solución correcta. En el derecho penal mexicano particularmente, la mayor de las veces cuando han acaecido estos supuestos, tanto el aplicador como el litigante en los tribunales, procediendo de manera *sistemática*, dan solución a dichos casos a partir de lo que hasta ahora nos ha heredado la dogmática extranjera, lo cual, como dije es incorrecto, pues, aquélla no ha llegado a una solución satisfactoria⁸.

Así las cosas, veamos a continuación algunos supuestos de hecho surgidos en la realidad y otros que han sido tomados del ya tradicional laboratorio del derecho penal. La primera pregunta a contestar sería entonces: *¿qué solución jurídico-penal daría el penalista a los siguientes casos?*⁹

1.1. El caso guardaguas: “Un tren que ya no puede frenar es desviado por un guardaaguas, para evitar una colisión con un tren repleto de pasajeros, hacia una vía secundaria, donde desgraciadamente resultan atropellados (muertos) algunos trabajadores ferroviarios.”¹⁰

1.2. Colisión de deberes del médico: vida versus vida: “En una sala de urgencias llegan tres heridos con traumatismo craneoencefálico. Desgraciadamente sólo hay un médico, quien ante el diagnóstico y pronóstico grave de los tres y la imposibilidad de atenderlos al mismo tiempo, decide

⁸ Enrique Gimbernat señala por ejemplo, cuando analiza la figura del estado de necesidad exculpante contenida en el parágrafo 35 del Código Penal Alemán, que éste contiene una exención de la responsabilidad que la dogmática alemana no ha podido explicar suficientemente. Cfr. Gimbernat Ordeig, Enrique, *Justificación y exculpación en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad, (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)*, en *Justificación y exculpación en derecho penal (Coloquio hispano-alemán de Derecho penal)* editorial Servicio de publicaciones Facultad de Derecho, Madrid, 1995, p. 67.

⁹ Para dar respuesta a los asuntos penales sin duda alguna que se requiere de un método que explique de manera convincente y con argumentos los resultados que obtiene, por lo que las interrogantes fundamentales ha contestar son, según Minor Salas: “*¿cómo resuelven los juristas (sean estos jueces, abogados, litigantes, fiscales) sus casos prácticos? ¿Existen determinados ‘métodos’ o herramientas teóricas que les sirvan para cumplir tal tarea o acaso es que la aplicación del Derecho está sujeta, finalmente, a la arbitrariedad (subjetiva) de quienes resuelven? ¿Cuál es el grado de racionalidad (o irracionalidad) que impera allí para tomar decisiones? ¿Qué papel juega la ideología política, moral o religiosa en la labor judicial? ¿Está el juez vinculado estrictamente a la ley o actúa más allá de ella? ¿Es el Derecho, finalmente, una ‘ciencia?’*” Cfr. SALAS SOLÍS, Minor E., *¿Es el Derecho penal el padre de todas las ciencias? (Reflexiones sobre el papel de la doctrina jurídica en el surgimiento de la mentalidad tecno-científica)*, Revista *Iter Ciminis* del Instituto Nacional de Ciencias Penales, mayo-junio 2006, pp. 160 y 161.

¹⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Trads. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 505.

intervenir a uno y dejar a los otros dos en espera, salvando la vida del primero y muriendo los otros dos.”¹¹

1.3. Caso de “La Mignonette”: “Un capitán ordena el cierre de las escotillas de un barco que hace agua y que está a punto de naufragar, con lo que muere una parte de la tripulación, pero consigue salvarse así la embarcación y el resto de los marineros.”¹²

1.4. Colisión de deberes por colisión de vehículos: El procesado conducía un camión Pegaso fuertemente cargado y por una acusada pendiente que terminaba en un puente debidamente señalizado y con preferencia de paso para la dirección contraria. Lo hacía sin poner marcha más corta que la tercera, pese a venir en dirección opuesta un camión, al que, en acatamiento de la preferencia, estaba dejando pasar un autobús de viajeros que marchaba en la misma dirección que el procesado. Al pretender detenerse detrás del autobús, al procesado le fallaron los frenos, por lo que “...tuvo que optar o por colisionar frontalmente contra la trasera del autobús o bien eludir este choque desviándose a la izquierda pero sin poder evitar finalmente dar contra el otro camión que venía en sentido contrario, para precipitarse los dos vehículos a la rambla y producirse la muerte del conductor de dicho último camión amén de lesiones en otras dos personas que viajaban con éste...”¹³

1.5. Eutanasia Hitler: “El día 1 de septiembre de 1939, Hitler dictó una orden para que los establecimientos psiquiátricos informaran sobre las características de la enfermedad y ante todo, sobre la capacidad de trabajo de los

¹¹ DIAZ-ARANDA, Enrique y otros. *Manual teórico-práctico en materia penitenciaria y de la defensa penal*, editado por el Gobierno del Estado de Hidalgo, México, 2005, p.165. ARTHUR Kaufmann narra un supuesto de hecho similar al referido por Díaz-Aranda, mismo que expone en los siguientes términos: “*Luego de un accidente en masa en una autopista, dos heridos de gravedad son llevados al hospital. El médico jefe responsable conecta a uno de los dos heridos a la única máquina de corazón y pulmón todavía disponible. Éste se salva; el otro que ex ante tenía las mismas posibilidades de sobrevivir muere; que fuera transportado a otro hospital no era aconsejable, teniendo en cuenta su estado*”. Dicho autor ubica tal tópico en el *espacio libre de derecho*, doctrina que sirve de tesis en este trabajo de licenciatura. KAUFMANN, Arthur, *Filosofía... Op. cit.*, p. 411.

¹² CUERDA RIEZU, Antonio, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Editorial Tecnos, Madrid 1984, p. 161.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; Mirentxu Corcoy Bidasolo y Francisco Baldó Lavilla, *Sistema de casos prácticos de Derecho penal, Parte General, con soluciones*, Editorial José María Bosch, Barcelona, 1993. Tal caso fue tomado por dichos autores de un caso real juzgado en los Tribunales españoles (e-2) STS 15 de junio de 1971), p. 229.

recluidos en dichos establecimientos. Estas informaciones llegaron al Ministerio del Interior elaborándose con ellas listas en las que se determinaban los sujetos que debían ser aniquilados. En los establecimientos psiquiátricos se recibió la orden de preparar el traslado de estos enfermos a otros centros donde debían ser ejecutados. Una comisión se encargó de examinar estas listas. Dos médicos psiquiatras, que formaban parte de dicha comisión, procuraron tachar de las listas a tantos enfermos como les fuera posible, e incluso liberaron de los establecimientos a algunos de ellos, consientes de que actuaban en contra de la orden. Ambos médicos colaboraron en el transporte de los enfermos cuyo nombre quedó definitivamente en las listas, sospechando que su destino era la muerte. A pesar de los graves conflictos de conciencia que esta colaboración les planteaba se decidieron a participar en la acción de aniquilamiento con el fin de salvar el mayor número posible de enfermos, pues sabían que si se negaban a intervenir, serían sustituidos por otros médicos, fieles al Régimen Nazi, que cumplirían las órdenes sin más dilaciones.”^{14 15}

1.6. Colisión de bienes y deber de salvamento: “Luis ha ido a la playa con sus dos hijos pequeños. En un determinado momento advierte que ambos se hallan en peligro de ahogarse, de tal modo que si acude a salvar a uno, no podrá auxiliar al otro. Como no tiene otra alternativa, nada en dirección al primero de ellos, salvándole y no pudiendo evitar que el segundo muera ahogado.”¹⁶

1.7. Caso del tercero no involucrado: “Si alguien que al subir al tren se halla en peligro de ser arrojado al andén por los otros pasajeros que lo empujan, consigue evitar esto haciendo caer a otro, entonces evita el daño afectando a otro que no estaba involucrado.”¹⁷

¹⁴ *Ibid.* p. 231 y 232.

¹⁵ En este punto resulta interesante leer el debate de veinticinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, que como miembros del Supremo Tribunal de las Fuerzas Aliadas en Nuremberg sostuvieron los jueces Sempronio, Cayo y Ticio, al juzgar a los detenidos del derrotado ejército Nazi, quienes disintieron en sus puntos de vista al tratar de dilucidar si éstos debían ser absueltos por haber actuado conforme al derecho establecido por el Tercer Reich. En Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, décima edición, editorial Ariel, Barcelona, 2001, pp.18 a 27.

¹⁶ *Ibid.* p. 232

¹⁷ HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho penal, Obras completas*, Trad., Patricia Ziffer, Editorial Rubinzal Culzoni, Argentina 1999, tomo I, p. 108.

1.8. Tabla de Carneades: “Dos náufragos intentan salvarse asiéndose a un tabla flotante que evidentemente no puede soportar más que a uno. Cada uno de los dos intenta respectivamente separar violentamente al otro de la tabla. X se salva, Y se ahoga.”¹⁸

1.9. Caso de los alpinistas: “Dos alpinistas, tras haber sufrido una caída, cuelgan en una pared rocosa de una cuerda de seguridad y el salvador sólo puede cortar la cuerda y salvar a uno de ellos de una muerte inmediata, mientras que el otro se precipitará a la muerte.”¹⁹

1.10. Acción eutanasia del médico: “El médico que desconecta el único aparato disponible a un paciente con mal pronóstico, con consecuencia mortal cognoscible, para conectarlo a un paciente recién ingresado, de pronóstico más favorable”.²⁰

Los casos anotados arriba, aunque inauditos, son claro ejemplo de las desavenencias que puede traer el vivir en una sociedad pluralista del riesgo como la nuestra y a las que un hombre inserto en ella está expuesto constantemente, pues la potente revolución social globalizada es insoslayable²¹. Insisto que, hasta nuestros tiempos, la dogmática penal actual no ha sido contundente al dar una respuesta, por lo cual considero necesario en este trabajo *repensar* el derecho en general y el derecho penal en particular.

También es preciso, sin dar por el momento los puntos de vista divergentes ni tomar posición personal al respecto, decir qué es la doctrina del espacio libre. Empiezo pues con su origen.

2. Cronología de la t.d.e.l.d.d.

La teoría del espacio libre de derecho tiene su origen en la *Escuela del Derecho Libre*. Esta vertiente creada, entre otros, por Hermann Kantorowicz, proponía que dado el caso que el derecho positivo o formalmente dado no regulara un hecho

¹⁸ KAUFMANN, Arthur, *op. cit.*, p. 410.

¹⁹ *Id.*

²⁰ JAKOBS, Günther, *op. cit.* p. 507.

²¹ La propuesta de mi teoría no es un derecho penal *in dubio pro reo*, sino un derecho penal, que al ser aplicable a la generalidad, no sea aplicado en contravención a la dignidad humana.

concreto, jurídicamente relevante, el juez gozaba de libertad *absoluta* para poderlo juzgar de acuerdo a su libre arbitrio²².

Someramente, a la *Escuela del Derecho Libre* puede entenderse como aquella que realizaba la interpretación de un estatuto o la aplicación de un caso jurídico precedente. Esto porque, según dicha escuela, el hecho de que la interpretación de un estatuto o de un caso sea dudoso es prueba de que la decisión no puede deducirse jurídicamente del solo derecho formal y debe por ello recurrirse al Derecho Libre. La idea manejada por esa escuela, es, en esencia, la misma que abordo en esta tesis, aunque con algunas variantes²³.

En cierta forma, esta escuela tiene razón, pues es entendible la idea de que la ciencia jurídica no puede trabajar sin la ayuda de elementos extralegales y extracientíficos. Así, se sabe que para la formación y aplicación del orden jurídico, se depende de varios medios, tales como la historia, las condiciones sociales en boga y el ideal judicial del interprete, la cual es básicamente labor de la magistratura.

Sintéticamente, Kantorowicz explica que la *Escuela del Derecho Libre* enseñó que las fuentes tradicionales del Derecho (el derecho formal, los estatutos y los precedentes) tienen lagunas que deben ser llenadas, esto, si la decisión ha de ser de carácter judicial, y este Derecho debe tener un carácter general, es decir, ha de mantener la igualdad ante la ley; el ingrediente –continúa el autor – para llenar estas lagunas deberá por consiguiente consistir en normas, normas de

²² Véase KANTOROWICZ, Hermann. *La definición del Derecho*. Trad. J. M. de la Vega, editorial Colofón S. A., México, 1994, pp. 13 a 29; en dicha obra los introductores, señalan como origen de dicha escuela un escrito clásico del autor en cita intitulado *Gnaeus Flavius*, publicado en 1906 en el que expuso con mayor nitidez tal doctrina. Por otro lado, se cree que la expresión “doctrina del Derecho Libre” procede de una conferencia de EUGEN EHRLICH de 1903 en la que expuso, entre otras cosas, que el fallo judicial según cual sea el arbitrio del juez debe aspirar al “Derecho recto”. Otro que consignó una serie de escritos relativos a la doctrina a que se hace referencia es ERNEST FUCHS. Cfr. LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del Derecho*, 2ª ed., Trad. M. Rodríguez Molinero, Edit. Ariel, España, 2001, p. 81 y ss.

²³ La doctrina del derecho libre reconoce la importancia de la laguna en el derecho, mientras que, a mi juicio, considero que ésta debe tratarse como una cuestión distinta. Con ello no quiero que se mal entienda que estoy de acuerdo con la postura que considera que el Derecho es completo (formalmente hablando), que no le hace falta nada, y que toda cuestión jurídica puede encontrar por ello respuesta automática según el derecho positivo, si no antes bien al contrario, según se verá más abajo.

Derecho, las cuales aún al no estar formalizadas constituyen el *Derecho Libre*, es decir, que se encuentran en un estado de *lege ferenda*.

Como es sabido el término utilizado para denominar esta doctrina fue poco afortunado, pues condujo al error al ser interpretado en el sentido de que el juez goza *siempre* de libertad *absoluta* para decidir un caso según lo creyera más conveniente, y que el punto de vista tradicional, de acuerdo con el cual existen normas obligatorias que vinculan a los jueces para deducir determinadas conclusiones, estaba basado en algo ficticio.

Con todo, fue el alemán Karl Engisch²⁴ quien, contradiciendo la idea sobre la *universalidad* del Derecho manejada por su maestro Gustav Radbruch, dio un paso adelante en la exposición de esta quimera; sin embargo, tal dicha contradicción quiero reservarla para líneas precedentes cuando aborde el estudio relativo al concepto del Derecho.

A pesar de, con lo reseñado hasta ahora, fraguo una primera conclusión parcial, diciendo que:

El hecho de que existan vacíos en el Derecho no significa que no haya normas generales que controlen la gran mayoría de los fallos judiciales, normas que, como ya expuse, forman el *Derecho libre*, mismo que da sustento a la existencia de la *t.d.e.l.d.d.*

3. Denominaciones dadas a la *t.d.e.l.d.d.*

El tema aquí tratado es un tanto controvertido. Su controversia inicia al momento de asignarle su denominación correcta. Expresiones como *ámbito libre de derecho*, *espacio vacío de normas*, *campo libre de regulación jurídica*, *lo no jurídico*, *vacuum legis*, *esfera que el Estado deja libre*, *retirada*, *abertura*, *agujero del ordenamiento jurídico*, *vacaciones del derecho*, *espacio fuera del Derecho*²⁵, *jurídicamente irrelevante*, *actividad libre de regulación jurídica*²⁶, *jurídicamente*

²⁴ ENGISCH, Karl, *El ámbito de lo no jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicidad, 1960. p. 25 y ss.

²⁵ ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, segunda ed., trads., Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Edit. Civitas, Madrid, 2001 p. 567.

²⁶ GUZMÁN DALBORA, Luis. *La actividad libre de valoración jurídica y el sistema de las causas de justificación en Derecho Penal*, p. 2.

*neutral o conductas jurídicamente adiáforas*²⁷, y, en alemán, *Der rechtsfreie Raum*, son con las que se ha querido dar nombre al tema que aquí analizo.

Pero, igual que Arthur Kaufmann y José Luis Guzmán Dalbora, considero que lo conveniente sería hablar de un *espacio libre de valoración jurídica*, toda vez que de lo que aquí se trata es de circunstancias, situaciones y relaciones de vida, o sea en definitiva, de *actividades* en las cuales, todo ordenamiento jurídico liberal, deberá abstenerse de calificar un hecho específico como jurídico o antijurídico.

No obstante tal falta de consenso en su denominación —derivada desde mi óptica de la equívoca concepción que sobre los fines y esencia del tema como del mismo concepto del Derecho se tiene—, asumo como nombre a mi propuesta la de *teoría del espacio libre de derecho*, por lo siguiente:

“La *teoría del espacio libre de Derecho* no significa jurídicamente no regulado, sino jurídicamente no valorado, es decir, se trata, *prima facie*, de acciones relevantes y reguladas jurídicamente, que pese a ello no pueden ser valoradas en un segundo plano, pertinentemente, ni en cuanto conformes a derecho, ni en tanto antijurídicas²⁸”. Específicamente, se trata de conductas previstas en el ordenamiento jurídico positivo como típicas, pero que al acaecer al mundo fáctico deben dejarse al margen de una valoración jurídica *ex post*; esto, siempre que concurren determinadas circunstancias.

Pero ¿cómo explicar esto al jurista leal a un sistema cerrado, que pretende encontrar en la ley todas las soluciones jurídicas a los casos penales bajo el argumento del principio de legalidad?²⁹ Desde luego, es difícil, pero posible.

²⁷ CUERDA RIEZU, Antonio. *La colisión de deberes en Derecho penal*. Editorial Tecnos, Madrid, 1984, p. 160.

²⁸ KAUFMANN, Arthur, *Op. cit.*, p. 408.

²⁹ A de tomarse en cuenta que este criterio de taxatividad también alcanza al legislador, así lo ha resuelto la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el criterio de jurisprudencia 10/2006, emitido por reiteración, en cuyo rubro y texto se lee: “EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. LA GARANTÍA, CONTENIDA EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, TAMBIÉN OBLIGA AL LEGISLADOR. El significado y alcance de dicha garantía constitucional no se limita a constreñir a la autoridad jurisdiccional a que se abstenga de imponer por simple analogía o por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al hecho delictivo de que se trata, sino que también obliga a la autoridad legislativa a emitir normas claras en las que se precise la conducta reprochable y la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito, a fin de que la pena

Heinrich Comes propone que “la pregunta a plantear en este campo (espacio libre), no es si faltan normas de Derecho que las regulen, sino más bien, si hay circunstancias, situaciones o relaciones de vida que quedan de antemano al margen de su f rula³⁰ y deben ser mantenidas en tal condici n³¹”. Por mi lado, insistentemente digo que: las mismas conductas típicas en circunstancias normales deben ser consideradas antijurídicas –si no se actualiza alguna causa de justificación– y reprocharlas –en caso de ausencia de una causa de inculpabilidad o exculpación–; pero, en circunstancias disímiles (especiales), quedarían al margen de la valoración, es decir, en un *espacio libre de valoración jurídica*.

De esta guisa, y procediendo bajo la metodología cartesiana, y exclusivamente en este punto, a continuación habrá de escindir la terminología gramatical utilizada con la cual se explica la esencia de mi tesis; esto es, analizar  por separado, de forma muy breve, cada uno de los conceptos que componen mi propuesta, para después analizar la idea de manera íntegra.

4. Cómo concibo aquí los términos espacio, libre y valor(ación)

4.1. El espacio

Al lugar o posición que ocupa un cuerpo en relación con la dimensión de otro, es lo que en física se le denomina espacio. No obstante, aquí tal terminología no habrá de entenderse como un ente real –esto es, no como extensiones territoriales ni temporales- sino como un ente de razón, es decir, una idea de espacio abstracto que sólo existe en la mente, pero fundamentado en la realidad³².

se aplique con estricta objetividad y justicia; que no se desvíe ese fin con una actuación arbitraria del juzgador, ni se cause un estado de incertidumbre jurídica al gobernado a quien se le aplique la norma, con el desconocimiento de la conducta que constituya el delito, así como de la duración mínima y máxima de la sanción, por falta de disposición expresa.”

³⁰ Autoridad o poder despótico.

³¹ GUZMÁN DALBORA, *Op. cit.*, p. 2.

³² En este sentido al espacio no puede identificarse con un vacío ontológico, pues no sería nada y no podría existir como algo real. Para una mejor comprensión de esta idea véase GAY BOCHACA, José, *Curso de Filosofía*, Editorial RIALP, España, 2001, p. 72 ss.

4.2. Libre

Mucho se ha discutido sobre el ideal de la libertad. Desde Aristóteles hasta Savater. De esta manera, se habla, por un lado, de una libertad política o social y, por otro, de una libertad individual, siendo esta última a la que habré de ceñirme, por ser el fundamento racional y científico de la doctrina que se ha venido esbozando, sin soslayar, desde luego, que dicha libertad personal deviene de la relación que todo ser humano tiene con los demás integrantes de su género, mi género (libertad en lo social), y sin la cual no tendría razón de ser.

En tales condiciones, si por libertad entendemos aquella facultad natural que el hombre tiene para obrar de una otra u forma, o de no obrar, entonces comprendemos que la libertad deviene de un sentido de responsabilidad inherente a todo ser humano, el cual por el simple hecho de serlo se considera que tiene implícito un campo de actuación libre³³. Libertad, en sentido afirmativo, es la facultad de autodeterminarse; en sentido negativo, es la ausencia de trabas, estorbos, impedimentos o vínculos, que hace posible autodeterminarse. Luego entonces, la idea de la libertad ha de concebirse como un valor, un valor individual, y, además, social. Ahora, lo que sea un valor lo explico a continuación.

4.3. Valor(ación)

La sola contemplación de los pasajes legislativos en su sentido literal no permite al abogado captar todo el sentido normativo del derecho vigente, por ello, al evaluar cualquier problema jurídico, habrá de tomarse en cuenta una serie de valores y principios insertos en cada sociedad, mismos que sirven de base al contexto cultural de cada grupo.

³³ Arthur Schopenhauer al analizar este concepto lo hizo bajo tres aspectos: libertad física, intelectual y moral. En forma genérica a la libertad la concibió como la "ausencia de obstáculos materiales de cualquier naturaleza, aunque, generalmente, en nuestro pensamiento la idea de libertad, es un atributo de los seres del reino animal, cuyo carácter particular es que sus movimientos proceden de su voluntad, son, como suele decirse, voluntarios, y se les da el nombre de libres cuando ningún obstáculo material se opone a su realización". *Cfr.* Schopenhauer, Arthur, *La libertad*, ediciones Coyoacán, México, 1998, pp. 7 a 17.

De esta manera, se ha dicho que “los valores no existen por sí mismos, sino que descansan en un depositario o sostén que, por lo general, es de orden corporal.”³⁴ Por ser cualidades, “los valores son entes parasitarios –que no pueden vivir sin apoyarse en objetos reales- y de frágil existencia, al menos en tanto adjetivos de los *bienes*³⁵”.

Con todo, ha de ponerse de relieve que existe un valor objetivo y otro subjetivo. El objetivo existe independientemente de un sujeto o de una conciencia valorativa; a su vez, el subjetivo existe si el valor debe su vida, su sentido o validez a reacciones, ya sean fisiológicas o psicológicas del sujeto que valora. A lo sumo, podemos distinguir entre “valores vitales, culturales, del conocimiento, estéticos, de los comportamientos sociales y éticos³⁶”.

Por otro lado, debe cuidarse de no confundir el valor con la valoración, pues el primero es anterior a la segunda, de lo contrario no habría nada que valorar. Abocetado esto, obtenemos que, para los efectos del tema aquí tratado, los objetos de la *valoración* serán aquellas conductas *penalmente establecidas en la ley* que en *situaciones límite*, el derecho dejaría fuera de una valoración jurídica *ex post*.

5. Ubicación gnoseológica y sistemática

La actividad libre de valoración jurídica pertenece de lleno a la iusfilosofía, mientras que la *laguna de la ley* pertenece a la integración de la misma, esto es, a la técnica jurídica –lo que sea una laguna será expuesto más adelante–. Sistemáticamente, como ya expuse, ha de ubicarse en un punto intermedio entre la juridicidad (el tipo penal³⁷) y la antijuridicidad, no siendo, por supuesto, una causa de justificación y menos aún causa de exculpación.

³⁴ Véase FRONDIZI, Risieri, *¿Qué son los valores?*, decimoséptima reimpresión de la tercera edición, edit., Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p.15 y 16.

³⁵ *Id.*

³⁶ INGARDEN, Roman, *Lo que no sabemos de los valores*, Trad., Miguel García-Baró, Ediciones Encuentro, Madrid, España, p. 11 ss.

³⁷ Recuérdese que el tipo penal es el núcleo representado por la acción o la omisión (tipicas), siendo su base la lesión o puesta en peligro de lesión de un determinado bien jurídico.

6. Contenido concreto de la *t.d.e.l.d.d.*

Como ya dije, en esta teoría figuran conductas libres de valoración jurídica, es decir, formas de comportamiento que son, en un primer plano y circunstancias normales, del todo típicas, antijurídicas y culpables, pero que, en circunstancias especiales y por determinados motivos —que pueden ser de política social o política criminal, y tienen como base la dignidad de las personas—, el ordenamiento jurídico prescinde de una valoración jurídica, considerándolas, en palabras de Kaufmann, como *no prohibidas ni permitidas*.

Lo anterior es así, porque sería ingénito que a determinadas situaciones de necesidad o emergencia, el Derecho tropiece con la dificultad insuperable de calificar como lícito o bien como ilícito, el obrar de quien las resuelve; y al no estar en sus manos el suministrar una orientación clara y precisa de conductas prohibidas o a la inversa facultando a quien desata semejantes nudos gordianos, se abstendría de valorar aquello que abandona a la voluntad del sujeto operante, cuya decisión no podría menos que respetar.

El aserto de un espacio libre valoración podría objetarse diciendo que tal no existe, pues el legislador al momento de recoger las conductas transgresoras de los bienes jurídicos en un tipo penal, ya lo ha valorado positivamente (prohibiendo o permitiendo el comportamiento), lo cual es cierto; sin embargo, debe también decirse que, desde mi punto de vista, una conducta socialmente relevante tiene dos momentos de valoración. El primero es precisamente el que realiza de manera abstracta el legislador en el cumplimiento de su labor legisferante, pero hasta aquí se gesta una valoración prejurídica de carácter político social o bien podría ser de político criminal; el segundo momento de valoración se da una vez que ha surgido al mundo fáctico el comportamiento previamente marcada como prohibido o mandado, y que debía observar el ciudadano a quien estaba dirigido, momento en el cual se habla ya de una valoración jurídica *ex post* y así del segundo momento de valoración de la conducta humana.

Por ello, y desde la perspectiva del derecho adjetivo, dependiendo el momento del conocimiento, esta valoración jurídica *ex post* puede realizarla el fiscal o el juez, al momento de emitir el pliego consignatario o el auto de plazo constitucional correspondiente o incluso en cualquier momento —hasta en el amparo directo o el amparo en revisión sustanciado ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación—, por tratarse de la libertad personal; por lo anterior sostengo que existe una valoración *ex ante* y otra *ex post*. Para la doctrina del espacio libre lo que importa desde luego es la exención de la valoración de la conducta realizada *ex post* -ubicada estructuralmente a nivel de la norma primaria-, esto es, una vez acontecido el hecho *típico* y previo a analizar la antijuridicidad del comportamiento. Por lo cual, es acertado el pensamiento de Arthur Kaufmann al expresar que la idea central de esta doctrina debe expresarse con la ya citada máxima: *no prohibido no permitido*.

Ha de quedar claro que para lograr mi objetivo, no es necesario cambiar nada en la ley vigente, ni penal ni constitucional, pues la solución deviene de realizar una adecuada utilización de los métodos de interpretación del ordenamiento jurídico positivo y la argumentación del caso, lo cual exige por supuesto el conocimiento de la ley, la doctrina y la jurisprudencia. Por esta razón debo decir que mi propuesta no se trata de un trabajo reformador de la ley, como casi siempre sucede en las propuestas de tesis.

7. El así llamado *Ámbito primario libre de valoración jurídica*

Para algunos autores como Larenz, existe un ámbito primario libre de valoración jurídica, que no ha de confundirse con la *t.d.e.l.d.d.*, compuesto de puros procesos internos y formas de comportamiento, pensamientos, sentimientos, opiniones, convicciones religiosas, simpatías y antipatías que por su naturaleza no son adecuados para una regulación jurídica. Ellos pueden, sin embargo, ser valorados por el Derecho en relación con los comportamientos en que se exteriorizan, pero no constituyen por sí mismos el objeto de una regulación jurídica, sólo son otras formas de comportamiento, que sin duda se refieren a las relaciones

interhumanas. A esto corresponde, por ejemplo, las formas del saludo y despedida, del trato, de la convivencia social, es decir, todo aquello que corresponde a la esfera del tacto, del buen gusto, de la cortesía.

Del mismo modo, Karl Engisch propone como casos ejemplificativos del ámbito primario libre de valoración jurídica: el amor, matrimonio, amistad, recreación, placer, además de la religión y el arte³⁸. Kaufmann por su lado menciona también pasear, ir a dormir, escuchar música, escribir cartas, concurrir a servicios religiosos, comer y beber³⁹.

8. Argumentos jurídicos que niegan la existencia de la *t.d.e.l.d.d.*

Gustav Radbruch, basándose en razones de teoría del Derecho, negó la posibilidad de un ámbito libre de regulación jurídica. De él es la siguiente frase: *es de la esencia del ordenamiento jurídico el ser universal.*

Bajo esta argumentación el autor en cita consideró que el Derecho no puede llegar a una regulación jurídica parcial sin tomar posición mediante la elección de la parte de las relaciones humanas regladas y, también, respecto de la parte no reglada (precisamente, por la exclusión de consecuencias jurídicas). Por eso, un espacio vacío (libre) de Derecho sólo está vacío gracias a la propia voluntad del ordenamiento jurídico y de ninguna manera vacío de Derecho en sentido estricto, no jurídicamente carente de regulación, sino, en un sentido negativo, reglado por medio de la negación de toda consecuencia jurídica en el ámbito fáctico regulado.

A esto se opuso Kaufmann quien, previa la opinión Engisch, dijo: *“una universalidad tal sólo sería posible al costo de vaciar de sentido el concepto de Derecho: cuando mayor es la abstracción, esto es, cuando más se prescinde del contenido del Derecho, tanto mayor será su ámbito de aplicación”*⁴⁰.

El caso extremo es aquél en el cual se elimina todo contenido con sentido del concepto de Derecho. Entonces, el Derecho tiene de hecho carácter

³⁸ ENGISCH, Kart, *El Ámbito...* Op. cit. p. 20.

³⁹ Este ámbito quedará más claro al momento en que se explique la estructura de los permisos.

⁴⁰ Id.

universal. Pero esto sería un concepto puramente formal del Derecho y, consecuentemente, que nada dice. De esta guisa se infiere que el ámbito de libertad personal es solamente asegurado por el ordenamiento jurídico, no originario, tal como lo concibieron Larenz y Engisch.

El ordenamiento jurídico no tiene el poder sobre sus límites –señala Henrich Comes-, y, conforme a ello, -el autor- quiere convertir al ámbito primario libre de ser regulado por el Derecho en un bastión de la libertad jurídica del gobernado frente al Estado—. “Si se reconoce un ámbito no susceptible de regulación jurídica, él no necesita agotarse en la esfera de la libertad elemental del individuo. Se trata, hasta allí, solamente del núcleo principal. También juegan un gran papel sobre los límites del ámbito de regulación jurídica, precisamente las valoraciones de la sociedad sujetas a transformaciones históricas⁴¹”.

Las barreras normativas para ello no pueden inferirse de un concepto prejurídico del ámbito libre de regulación jurídica, sino que resultan, o de la Constitución o de los *standards* elementales que las leyes deben respetar para su validez. La conciencia social e institucional acerca de que no es tarea del ordenamiento jurídico comprimir todos y cada uno de los comportamientos en el corsé de la reglamentación jurídica es elemental para el logro de esta empresa.

Se ha afirmado que un espacio no jurídico es lógicamente imposible, porque antijurídico y adecuado a derecho son opuestos contradictorios, que excluyen una tercera posibilidad. Lothar Philipps, sin embargo, soluciona esta objeción, que toma en cuenta el *tertium non datur* de la lógica matemática en la cuestión del ámbito libre de regulación jurídica, a través de la lógica del cálculo intuicionista⁴² y, argumenta, que la controversia podría depender, en lo esencial, de que se contraponen conceptos sin dar cuenta previamente de su contenido preciso.

⁴¹ Comes, Heinrich, *Filosofía del Derecho*, editorial Akal, Madrid, España, p. 3

⁴² La lógica del cálculo intuicionista surge como frente al logicismo y formalismo de la matemática. Su antecedente directo, Kant, quien partía de las dos formas puras de intuición: el espacio, el orden de la sensibilidad externa, y el tiempo, orden de la sensibilidad interna. De esta manera, los principios matemáticos son para los intuicionistas, creaciones del espíritu humano. El hombre no es un creador sino un descubridor de la matemática. El creador del intuicionismo matemático fue el holandés Brouwer (1882-1966). Cfr. LARROYO, FRANCISCO, *Filosofía de las matemáticas, Historia, sistema, protocolos*, editorial Porrúa, México, 1976, p. 162.

Si conforme a Derecho –sigue diciendo ese autor- se concibe *a priori* como contenido de una norma jurídica permisiva, simultáneamente se dice que es conforme a Derecho todo lo que no es antijurídico, entonces, de hecho, ya nada queda para un ámbito no regulado por éste. Así, un comportamiento, o choca contra un deber jurídico, o es objeto de una permisión jurídica y lógicamente cierra la posibilidad a un ámbito libre de regulación jurídica. Si se entiende conforme a Derecho, al contrario, simplemente como *no antijurídico*, entonces el concepto solamente indica que un comportamiento no está en contradicción con el ordenamiento legal. Pero esto puede ser así tanto porque el orden jurídico prevé una regla de permiso, como porque ese mismo orden no toma a su cargo la regulación.

Finalmente, puntualiza tal doctrinario, se encuentra el concepto de “*conforme a Derecho*” en el sentido restringido de la mera intervención excepcional de una causa de exclusión del injusto. También entonces la posibilidad de un ámbito libre de regulación jurídica permanece intacto; porque conforme a Derecho se refiere solamente al campo para el cual actúa la excepción. Entonces es un concepto contrario a antijurídico pero no contradictorio. Por ello se propone el estudio de la diferencia entre los conceptos “*antijurídico*” y “*no antijurídico*”, ubicando en éste último todos aquellos casos en los cuales falta un requisito de la antijuridicidad, de cualquier tipo que sea⁴³.

9. Lagunas del Derecho

Las lagunas del Derecho no son las lagunas de éste sino, en todo caso, las lagunas de la ley, es decir, un texto jurídico puede contener lagunas pero no el orden jurídico en su contexto⁴⁴. Así, el Derecho es siempre una totalidad existente

⁴³ Mir Puig —partidario de la teoría de los elementos negativos del tipo— señala que “la antijuridicidad requiere la realización de un tipo penal sin causas de justificación”, acepción de la que desprende como requisitos: a) es un comportamiento típico; y b) la ausencia de causas de justificación. Véase Mir Puig, Santiago, *Derecho penal, parte general*, cuarta edición, Barcelona, 1996, pp.120 a 122.

⁴⁴ Para SANTIAGO NINO, por ejemplo, existe una laguna del Derecho “cuando el sistema jurídico carece, respecto de cierto caso, de toda solución normativa”. Sin embargo, este autor también hace referencia a una laguna axiológica la cual se daría dentro del Derecho pero “cuando un caso

sin lagunas, por lo que no necesita ser llenado desde afuera, pues siempre está lleno, porque su eterna fecundidad, su fuerza de expansión lógica dentro de su propio campo, cubre en todo momento toda la necesidad de los juicios jurídicos. Por todo, considero, todas las lagunas sólo son aparentes o transitorias y no verdaderas y definitivas.

En contraste, y como ya lo referí, el ámbito libre de regulación jurídica debe distinguirse del ámbito susceptible de lagunas legales, porque éste último puede ser integrado legislativa o judicialmente, mientras que en el ámbito libre de regulación jurídica no, pues en este caso, se trata de casos que sí están previstos en la ley jurídico positiva, y por ello dentro del Derecho, por lo que no existe tal laguna.

Si decimos, con Luhmann y Quintino Zepeda, que: “sólo es derecho lo que está dentro del derecho⁴⁵” y que “sólo es derecho lo que el Derecho quiere que sea derecho⁴⁶”, entonces, desde este punto de vista hermético, podemos decir que es un bien mostrenco entre los juristas el de que la ley puede tener lagunas, el Derecho no en su conjunto. Por eso es que el juez que se negare a fallar so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, será perseguido por denegación de justicia, al menos así los disponen algunos ordenamientos jurídicos como el español y el nuestro⁴⁷. Pero, qué pasa cuando el juez, en estos casos, se encuentra con el obstáculo del principio de legalidad —taxatividad penal—, seguramente termina por dictar una sentencia *desigual*, pues el sistema

está correlacionado por un sistema normativo con una determinada solución y hay una propiedad que es irrelevante para ese caso de acuerdo con el sistema normativo, pero debería ser relevante en virtud de ciertas pautas axiológicas”. SANTIAGO NINO, Carlos, *Introducción al análisis del Derecho*, décima edición, Edit. Ariel Derecho, Barcelona, España, pp. 281 y 287.

⁴⁵ LUHMANN, Niklas, “*La observación sociológica del Derecho*”, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, núm. 12, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1993, p. 10.

⁴⁶ QUINTINO Zepeda, Rubén, *Sistema e Identidad Personal*. Tesis de licenciatura, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 324.

⁴⁷ En el caso del Derecho positivo mexicano el artículo 8º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos obliga a toda autoridad que goce de la fuerza del Estado a emitir por escrito un acuerdo de *respuesta*, siempre que la petición se halla formulado también por escrito de forma pacífica y respetuosa. Asimismo, puede verse el título vigésimo, capítulo I, denominado “Retardo o denegación de justicia y prevaricación” del Código Penal para el Distrito Federal vigente.

jurídico, bajo esa restricción (el principio de legalidad), no le permite actuar más allá de lo que ella misma establece⁴⁸.

A lo sumo, el punto de vista de la plenitud inescrutable del ordenamiento jurídico descansa además en el presupuesto de que no hay lagunas que colmar allí donde tampoco llegan las fronteras de Derecho, pues en este caso serían conductas circunscritas al ya explicado *ámbito primario libre de valoración jurídica*.

Debo ser reiterativo al referir que para Karl Engisch el Derecho sí tiene fronteras, pues fuera de los campos jurídicamente regulados existen otros sobre los cuales el Derecho carece de imperio como el puro pensar, la fe o las reglas de urbanidad en el trato social.

Guzmán Dalbora, por su lado, dice que la actividad libre de valoración jurídica significa, implícita o forzosamente, hechos para los que no hay ni podrán estatuirse normas de derecho. Esta limitación genera la siguiente alternativa: *o bien una cuestión está decidida en el Derecho positivo o bien, no lo está y pertenece a lo jurídicamente adióforo o indiferente*. Por tanto, no habría lagunas

⁴⁸ Así se establece en el criterio de interpretación aislado II.2º.P.187.P, emitido por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo, visible a páginas mil ochocientos setenta y nueve, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIII-febrero 2006, de rubro y texto siguientes: *“PRINCIPIO DE LEGALIDAD. LA TIPICIDAD CONSTITUYE SU BASE FUNDAMENTAL Y RIGE, CON LOS PRINCIPIOS DE TAXATIVIDAD Y DE PLENITUD HERMÉTICA DERIVADOS DE AQUÉL, COMO PILAR DE UN SISTEMA DE DERECHO PENAL EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO. El artículo 14 de la Constitución Federal consagra el conocido apotegma nullum crimen sine poena, nullum poena sine lege certa traducible como el que no puede haber delito sin pena ni pena sin ley específica y concreta para el hecho de que se trate; de ello deriva la importancia que la dogmática jurídico-penal asigna al elemento del delito llamado tipicidad, entendido como la constatación plena del encuadramiento exacto entre los componentes de una hipótesis delictiva descrita en la ley y un hecho concreto acontecido y probado en el mundo fáctico. La tipicidad es un presupuesto indispensable del acreditamiento del injusto penal que se entiende como la desvaloración de un hecho sin ponderar aun el reproche posible a su autor, y constituye la base fundamental del principio de legalidad que rige, con todas sus derivaciones, como pilar de un sistema de derecho penal en un estado democrático de derecho. Así, del propio principio se puede encontrar como derivaciones los de taxatividad o exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley, es decir, que la descripción típica no debe ser vaga ni imprecisa, ni abierta o amplia al grado de permitir la arbitrariedad; de igual forma, el principio de plenitud hermética en cuanto a la prohibición de analogía o mayoría de razón en la aplicación de la ley penal, traduciéndose en la exigencia de exacta aplicación de la ley que se contiene de manera expresa, en el caso mexicano en el actual párrafo tercero del artículo 14 constitucional que dice: ‘En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.’”*

en el todo jurídico, porque ese espacio de Derecho está situado más allá del Derecho mismo.

Es sabido que en el caso de nuestro sistema jurídico mexicano, las lagunas son henchidas a través de la labor jurisprudente que realizan el Pleno, las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, los cuales están constitucionalmente facultados para ello, según el artículo 94 de la Constitución⁴⁹ y 192 de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁵⁰, esto a través de la integración e interpretación de la ley; dicha última actividad, es decir, la interpretación de la ley, también pueden realizarla los Tribunales Unitarios de Circuito, los Juzgados de Distrito, los Juzgados locales o Estatales y Salas correspondientes, las Juntas (locales y federales) de Conciliación y Arbitraje, etcétera.

10. Conclusión del primer capítulo

En las primeras líneas de este trabajo he afirmado que Derecho y espacio libre son conceptos que se corresponden uno a otro; asimismo, dije que a este nivel de mi trabajo no tomaría postura respecto del tema tratado, ello por no estar plenamente abordados los elementos que se requieren. Por tal motivo, y dado que al momento no se ha visto lo relativo al Derecho en su conceptualización concreta, únicamente puedo concluir, con la argumentación hasta ahora dada, que:

⁴⁹ Artículo 94. “Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito... La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos locales o federales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación...”

⁵⁰ Artículo 192. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de lo que decreta el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los Juzgados de Distrito, los Tribunales Militares y Judiciales desorden común de los Estados y del Distrito Federal, y Tribunales Administrativos y del Trabajo locales o federales. Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho Ministros, si se trata de jurisprudencia del Pleno, o por cuatro Ministros en los casos de jurisprudencia de las Salas...”

En la *t.d.e.l.d.d.* han de ubicarse aquellas conductas que en determinadas circunstancias, al ser típicas y presentarse al mundo de la realidad, deben dejarse al margen de una valoración *ex post*, y no calificarlas ni de jurídicas ni de antijurídicas, dado la necesidad social de llevarlas a cabo por un ciudadano libre y responsable, que, en el ejercicio de su libertad, opta por actuar en un caso que la mala fortuna le ha puesto frente a su "*camino*". En concreto, se trata de conductas que al haberse constatado, con la tipicidad —integración del tipo objetivo y subjetivo—, así como los elementos normativos del tipo objetivo y no haberse constatado a favor del sujeto que despliega la conducta alguna causa de justificación (por no existir una legalmente adecuada), tal comportamiento no es considerado, ni jurídico ni antijurídico.

Necesario es evidenciar que para lograr mi cometido y concretar así en la vida práctica esta oferta, necesario es realizar un análisis de lo que aquí está en juego, a saber:

- a)** el concepto del derecho;
- b)** la extensión de sus posibilidades regulativas, y con ello, el ámbito de protección de la norma; y, finalmente;
- c)** la naturaleza de sus prescripciones.

De esta guisa —por resultar necesario en la comprensión del tema propuesto—, en mi argumentación que sigue voy a dar tratamiento al concepto del derecho y las implicaciones que del mismo derivan.

CAPÍTULO SEGUNDO EL DERECHO

“El derecho mientras nadie lo perturba y lo contrasta, resulta invisible e impalpable, como el aire que respiramos; inadvertido como la salud, cuyo valor sólo se conoce cuando nos damos cuenta de haberla perdido. Pero cuando el derecho es amenazado o violado, descendiendo entonces del mundo astral en que reposaba en forma de hipótesis al de los sentidos, se encarna en el juez y se convierte en expresión concreta de voluntad operante a través de su palabra.”

Piero Calamandrei, *Elogio de los jueces...*

SUMARIO:

1. ¿Qué es el derecho? 2. Etimología del vocablo. 3. Evolución histórica sobre el concepto del derecho. 4. Otros usos del término. 4.1. Como disciplina social. 4.2. Disgregación del derecho y la justicia. 5. Antinomia sobre los límites del derecho. 5.1. La *tesis* de Radbruch; 5.2. La *antítesis* de Engisch. 6. Determinación e indeterminación del derecho. 7. Toma de postura. 7.1. Los principios. 7.2. La ponderación: **A)** elementos que forman la estructura de la ponderación. **B)** el peso abstracto de los principios. 7.3. Fórmula de peso. 7.3.1. Las cargas de la argumentación. 8. Conclusión provisional del segundo capítulo.

1. ¿Qué es el derecho?

En todas partes y épocas, de alguna forma la humanidad ha hecho referencia de él. En su nombre se han erigido los más bellos palacios del mundo (legislativos y judiciales); en su nombre también se han cometido las atrocidades más grandes de la historia¹; se rumora que la sociedad ya no cree en él; dicen que sirve para alcanzar la justicia, a pesar de, nadie, en realidad, hasta ahora, ha sabido desentrañar lo que ésta y aquél sean - tampoco es mi pretensión -. Me refiero, por supuesto al Derecho.

Muchas son las respuestas que a lo largo del tiempo, filósofos y juristas, han dado a la siguiente interrogante: *¿Qué es el Derecho?*² Nada más formulada,

¹ Recuérdese por ejemplo la época del Fascismo de Benito Mussolini en Italia y la del Nacionalsocialismo en Alemania con Hitler, regímenes que, en su momento, impusieron su voluntad como Derecho.

² Hart, expone que “pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas y aún paradójicas, como la pregunta *¿qué es Derecho?*”. HART, Hebert. L. A. *El concepto del Derecho*, Traducción de Genaro R. Carrio, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, p. 1. Atienza por su lado expone que *“El derecho es... un fenómeno muy complejo y puede contemplarse desde muy diversas perspectivas”*. Atienza, Manuel, *Derecho y argumentación*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá-Colombia, 1997, p.19.

se enreda con otras que obstaculizan y aplazan su respuesta³; tales, por ejemplo, serían: ¿qué es: libertad, norma, ley, justicia, moral, ética, persona (sujeto, hombre, individuo, etcétera), personalidad⁴, realidad, valor, acción, voluntad, sociedad, Estado?, entre otras muchas⁵.

Pero en verdad, *contestadas*, cuántas de estas preguntas pueden ser de utilidad para dilucidar nuestra interrogante o, en su defecto, cuántas de ellas pueden dificultar dicha empresa. Además, todos estos temas han sido ya traídos a la reflexión en el decurso del pensamiento humano. Pretender abordar cada uno ellos resulta una tarea que escapa a las posibilidades de mi entender.

No obstante, hasta donde alcanzo, considero que en las ciencias como en la filosofía es importante, primero que nada, saber a “*qué*” trata de darse respuesta, para de esa forma estar en posibilidad de proponer una “*solución*”⁶ sostenible, que no verdadera en lo que se pretende; de esta forma, y previo al análisis del *centro* de esta mi tesis de licenciatura, es importante a este nivel dar una aproximación de lo que sea el Derecho⁷ o al menos pretender comprenderlo. Lo anterior, porque mi propuesta, esta basada en el análisis de un binomio: *juridicidad-antijuridicidad*, resultante del análisis del concepto del Derecho.

Comienzo diciendo que cuando frescos en los estudios de licenciatura en Derecho, a cualquier alumno nos recuerda que generalmente las primeras

³ En el mismo sentido se expresa Fernando Savater al plantearse la pregunta sobre ¿en qué consiste la libertad?, pregunta que, de igual manera que el Derecho, encierra cuestiones de carácter filosófico. Cfr. SAVATER, Fernando, *El valor de elegir*, Editorial Ariel, España 2003, p. 9.

⁴ Para comprender mejor la distinción entre persona y personalidad Cfr. SALAS SOLÍS, MINOR Enrique. *La mortalidad de la imputación penal*. Criminalia, años LXIX, Enero-Abril, 2003. México. pp. 175- 177.

⁵ El Derecho, dice Minor E. Salas, es “esencialmente, una industria *mitologizante* de la ciencia social, cuyo núcleo básico está dado por prácticas retóricas, por discursos legitimantes, por formulas lingüísticas vacías y por pretensiones pseudo-científicas que en la realidad no existen, ni pueden existir”. Cfr. SALAS SOLÍS, MINOR Enrique. *¿Es el Derecho penal el padre de todas las ciencias? (Reflexiones sobre el papel de la dogmática jurídica en el surgimiento de la mentalidad tecno-científica)*, Revista *Iter Criminis*, mayo-junio 2006 del Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, p. 157.

⁶ Esta afirmación la realiza MINOR E. SALAS en “*Problemas*”, “*soluciones*” y “*unicornios*” en el *derecho penal*. En imprenta del Instituto Nacional de Ciencias Penales de México.

⁷ Contundentemente Henrich Comes afirma que: “Derecho y espacio libre de Derecho son nociones complementarias”. Tomado de GUZMÁN DALBORA, José Luis. *La actividad Libre de Valoración Jurídica y el Sistema de las Causas de Justificación en Derecho Penal*. Clase Magistral impartida el 12 de mayo del dos mil tres, con ocasión de su investidura como profesor titular de Derecho penal y de filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antofagasta (Chile). w.w.w.auntof.cl/es_juridicas/conferencia.pdf.

preguntas y enseñanzas están circunscritas precisamente a dilucidar la interrogante planteada -¿qué es el derecho?-. En forma desafortunada debo decir que los alumnos en esa etapa somos ilustrados a partir de conceptos dados por juristas y filósofos de renombre y pocas veces se nos invita a reflexionar lo que en verdad se estudia; todavía más, algunos profesores, con la finalidad de cumplir con el requisito formal de aprobar el curso, hacen repetir de memoria dichas concepciones.

De esta manera, a la pregunta de examen: *explique qué es el Derecho*, invariablemente el alumno de licenciatura responde más o menos de la siguiente forma: *es un conjunto de normas jurídicas, bilaterales, coercitivas, expedidas por el Estado, a través del órgano facultado para ello, con la finalidad de regular la conducta externa del hombre y así alcanzar una mejor convivencia social*⁸; palabras más, palabras menos, sino, pregúntesele a cualquier alumno que cursa los primeros semestres de la mal denominada *carrera* de Derecho. Pero, ¿esto es el Derecho?, ¿es así como debe entenderse y definirse?

Con la aseveración antes propuesta no quiero decir que los que siguen esa concepción yerren en su definición dada, pues no se trata de la definición en sí mismo, sino de la forma de proceder para comprender el derecho; sin embargo, tal dicho proceder, considero, en poco ayuda al recién ingresado para comprender lo que en el futuro de su vida jurídica será el *objeto* de estudio y trabajo, es decir, el Derecho, no la ley, pues ésta es sólo una de las formas en las que se manifiesta aquél. Concretamente: *todo lo que está en la ley positiva es Derecho* -aunque no justo precisamente-, *pero, el Derecho no es sólo la ley*.

Con tal apuntamiento no pretendo vilipendiar a mis queridos maestros ni a mi querida Universidad, la Máxima Casa de Estudios de México, únicamente ejerzo mi libertad a expresar una perspectiva personal, como dije a partir de mi propia experiencia, de lo que acontece en la enseñanza-aprendizaje de esta bella

⁸ Esta afirmación la hago porque en varias ocasiones, de manera intencional, con amigos y compañeros de la Facultad de la que egresé o de cualquier otra institución, inclusive algunos ya como licenciados en Derecho, les pregunté sobre la definición del Derecho así como la bibliografía que les recomendaron estudiar o la que ahora ellos mismos, ya como profesionales, recomiendan leer para comprender este tópico; a todos ruego, encarecidamente, una disculpa por entender mis *investigativas* intenciones.

profesión, por lo que, por otra parte, no se soslaya la excelencia académica de los profesores que dan cátedra en las diversas Universidades o aposentos del saber jurídico.

Si sirve de consuelo, tal situación de alarma no debe sorprendernos, pues, al parecer, dicha crisis intelectual no es propia de nuestro país y nuestra disciplina. Arthur Kaufmann, por ejemplo, al referirse a la situación de la enseñanza en los estudios de filosofía jurídica en Alemania, señala: “...*Ya el estudiante de Derecho se ve obligado, en atención a la erudición que se le exige en el examen a aprender de memoria soluciones prefabricadas de problemas e invocar autoridades ajenas en lugar de argumentar él mismo ‘racionalmente’⁹ [...] sobre el Derecho, por lo que [...] no es una sorpresa [...] que cada vez sean más escasos los juristas formados.*”¹⁰ Eugenio Triaś por su lado declara que “en el ámbito filosófico fue quizá con la muerte de Heidegger y Wittgenstein con quien se perdió el *gran estilo* de esta disciplina, quedando así sólo el *género chico* de la misma”¹¹.

Así pues, parece que la crisis de la humanidad es ineluctable, aunque, a primera vista, da la impresión de que en el momento presente de la historia se está más maduro para dar una respuesta a interrogantes como la de ¿qué es el hombre?, lo cierto es que, a pesar de la amplia especialización de las ciencias (la biología, fisiología, medicina, psicología, sociología, economía, política, el derecho, etcétera), que intentan aclarar la enorme complejidad del comportamiento humano y proporcionar instrumentos necesarios y utilizables para regular la vida, la miseria del hombre es actualidad; provocada ésta quizá por el dominio del conocimiento técnico y *excesivamente* analítico de la existencia del hombre. Gevaert considera que “*quizá estemos asistiendo actualmente a la más amplia crisis de identidad que ha atravesado nunca el hombre...*”¹².

En este estado de cosas, paso de lleno al desarrollo de mi opinión. Santiago Nino afirma que “*a ningún otro profesionalista o científico se le presentan*

⁹ Las apóstrofe son propias.

¹⁰ Cfr. KAUFMANN, Arthur, *Op cit*, p. 29.

¹¹ TRIAS, Eugenio, *Los límites del mundo*, Ariel filosofía, Ed. Ariel, Barcelona-España, 1985, pp. 10 y 11.

¹² Gevaert, Joseph, *El problema del hombre, introducción a la antropología filosófica*, trad. Alfonso Ortiz, Duodécima edición, Ed. Sígueme, Salamanca-España, p. 12.

*tantas dificultades para definir el objeto de estudio como al jurista*¹³; esto –sigue diciendo- *“no se debe a la incapacidad profesional o a que el Derecho sea tan extraordinariamente complejo, elusivo y variable que escape a los marcos de cualquier definición [...], sino, a la adhesión a una cierta concepción sobre la relación entre el lenguaje y la realidad que hace que no se tenga una idea clara sobre los presupuestos, las técnicas y las consecuencias que deben tenerse en cuenta cuando se define una expresión lingüística”,* en este caso *“Derecho”*¹⁴.

De la anterior aserción obtenemos los siguientes puntos:

1. El Derecho sí puede definirse;
2. La dificultad para hacerlo radica en la adhesión que se haga sobre algún concepto del lenguaje o realidad; esto es, dicha definición ha de realizarse a partir de alguno de estos dos presupuestos fundamentales, conjunta o separadamente;
3. Además de tales presupuestos ha de tomarse en consideración las técnicas y consecuencias que puedan derivarse;
4. Finalmente, y al considerar que el Derecho es una expresión lingüística, es decir, que se manifiesta básicamente en signos que actúan como estímulo humano y que nos hacen pensar en un algo -el comportamiento humano debido-, resulta necesario comprender las reglas mínimas de la técnica investigativa.

La apreciación de Nino respecto al Derecho, hasta donde entiendo, es acertada. Pero, cómo ha de gestarse esto en la mente humana.

El hombre es un animal racional, hábil en la práctica, a veces de manera natural, del arte y la ciencia; para ello, entre otras cosas, utiliza su imaginación, es decir, su concepción del mundo deriva de la producción de imágenes en su mente. Los seres humanos –dice Bronowski- practican sólo dos grupos de artes. “El primero está formado por las artes mediadas por el sentido de la vista, tales como la escultura y la pintura, por ejemplo; el otro comprende las artes mediadas por el sonido y el lenguaje e incluye la novela, la poesía, el teatro y la música”¹⁵.

Esto es, la vista domina nuestra relación con las cosas animadas e inanimadas, mientras que el oído es usado en gran medida para establecer el contacto con otras personas o con otros seres vivos; el mundo de la ciencia, no

¹³ Véase SANTIAGO NINO, Carlos, *Introducción al análisis del Derecho*, 10ª Ed., Ariel Derecho, Barcelona-España, 2001, p.11.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Cfr. BRONOWSKI, Jacob, *Los orígenes del conocimiento y la imaginación*, segunda edición,. Traducción de Enrique Lynch, Editorial Gedisa, Barcelona, 1993, pp. 24 y 25.

obstante, es dominado por el sentido de la vista, y ello explica porqué son importantes los elementos lenguaje y realidad, pues, el primero es algo que proviene de la segunda y ésta última es construida y podemos expresarla a partir del lenguaje.

No hay duda que el Derecho, según tiempo y espacio, es cambiante, lo que depende de las necesidades de cada actualidad. Esta necesidad es precisamente la que debe imperar en todo sistema jurídico, pues para lograr la paz social el ejecutor del derecho ha de considerar lo esencial y básico para lograr la dignidad del hombre.

2. Etimología del vocablo

Esta forma *tradicional* de proceder resulta ser una de las más concurrentes en la mayoría de trabajos de investigación sobre la definición del derecho¹⁶; no obstante, para los efectos que pretendo he considerado importante abordar lo relativo a la cuestión etimológica, pues ha sido desde este punto donde muchas veces no se ha explicado con claridad el punto que en este capítulo se analiza.

Filológicamente, se ha dicho que el origen de la palabra Derecho deriva del término latino *ius*. Recasens Siches, por ejemplo, asegura que Luis Legaz y Lacambra, comprobó que el sentido originario de la palabra Derecho no es el de norma, sino que, originalmente, el *ius* fue una forma de vida, un acostumbramiento, y usar o emplear un Derecho podía tener el sentido no sólo de utilizarlo sino de vivirlo acostumbradamente. Por lo que el sentido originario de *ius* era el de poder o autorización, el *ius* como el que al usarse no hace daño a otro, ha sido traducido por Derecho.

De esta manera, “el que haya dos sentidos coexistentes -continúa Siches- de la palabra Derecho, muestra que la realidad jurídica es más amplia que la que expresa sólo un sentido normativo y que en efecto hay un convencionalismo en base a la ciencia jurídica que ha optado por este último. No

¹⁶ Así por ejemplo RECASENS SICHES, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1997, p. 146 y 147.

obstante, concluye el doctrinario, se sigue hablando del Derecho en sentido subjetivo, o sea, en el sentido de *ius*.”¹⁷ Con todo, Brieskorn señala que “el origen de la palabra *ius* no ha logrado aclararse por completo.”¹⁸

3. Evolución histórica sobre el concepto del derecho

A continuación enlisto algunos de los conceptos del Derecho proporcionados por los más destacados filósofos y juristas de nuestra historia, ello con una sola finalidad, tener apoyo para mi perspectiva personal.

Primeramente, para Ulpiano, el “Derecho (*ius*) deriva su nombre de justicia (*iustitia*) [...] Derecho es el arte de lo bueno y de lo justo; los preceptos del Derecho son vivir de forma honrosa y acreditada, no perjudicar a los demás y dar a cada uno lo suyo”.¹⁹ A manera de comentario y sin ahondar en el punto, considero no se puede afirmar la existencia de una identidad entre las nociones de Derecho y justicia, toda vez que uno es el vehículo (el Derecho) que sirve para alcanzar un fin *supremo* (la justicia).

También en su momento, Tomás de Aquino explicó que “el Derecho o lo justo designa una relación o una pretensión en el otro. La justicia legal ordena al hombre de manera suficiente hacia las relaciones que se orientan al otro, directamente respecto del bien común, e indirectamente respecto del bien de cada persona”²⁰. Como puede advertirse el autor de la *Summa Teológica* pretende acentuar, en lo que él considera como Derecho, la existencia de un imperativo que nos vincula a los demás seres de nuestra especie, esto de manera directa o indirecta; con todo, es evidente que falta una verdadera definición de Derecho en su concepción, al inclinarse más por la idea de justicia.

Por su parte, Thomas Hobbes refirió que “...el DERECHO consiste en la libertad de hacer o de omitir, mientras que la LEY determina y obliga a una de

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ BRIESKORN, Norbert, *Filosofía del Derecho*, editorial Herder, Barcelona, 1993, p. 37.

¹⁹ *Ibid.* p. 47.

²⁰ *Ibid.* p. 48.

esas dos cosas.”²¹ Para el creador del Leviatán, obra maestra de filosofía política, en su definición destacan dos aspectos: libertad y coacción, esto último, en la obligación a la acción o la omisión de “algo”; por lo demás, coincido con el autor en que el Derecho sea por todo y sobre todo libertad.

Immanuel Kant, el filósofo más importante de la modernidad, al definir el Derecho dijo “es [...] el conjunto de condiciones bajo las cuales el libre albedrío de uno puede conciliarse con el libre albedrío del otro, según una ley común de la libertad.”²² Esta definición itera lo dicho por Hobbes y la opinión que aquí sostengo; esto es, que en el Derecho de lo que se trata es de libertad, idea que se encuentra aparejada de otra idea rectora, el *respeto mutuo* entre los individuos.

Una de las expresiones más bellas que pueden leerse a lo largo de la historia sobre la concepción del Derecho, es la que nos ha heredado el gran filósofo alemán Georg Wilhelm Friedrich Hegel²³; este autor expuso que “el terreno del Derecho es lo *espiritual*; su lugar más preciso y su punto de partida es la *voluntad*, que es libre, de modo tal que la libertad constituye su sustancia y determinación, y el sistema del Derecho es el reino de la libertad realizada, el

²¹ HOBBS, Thomas, *Leviatán o la materia forma y poder de una República, eclesiástica y civil*, segunda edición, traducción de Manuel Sánchez Sarto, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 106.

²² *Ibidem*. p. 50.

²³ Nacionalidad Alemana, Stuttgart, nacido el 27 de agosto de 1770 en Berlín 1831. Animado por su padre, un funcionario de hacienda, se matricula en la Universidad de Tubinga, donde estudia para convertirse en pastor protestante. Allí entra en contacto con Hölderlin, el poeta, y el filósofo Friedrich Wilhelm Joseph von Schelling. Ante su escasa vocación religiosa decide que no ejercerá como clérigo. Tras la muerte de su padre recibe una sustanciosa herencia que le permite abandonar su trabajo como profesor. Estando en la Universidad de Jena escribe "La fenomenología de espíritu". En octubre de 1806 los franceses invaden esta ciudad, por lo que el filósofo se ve obligado a huir. A lo largo de estos años fija su residencia en Baviera, donde publica artículos en el diario Bamberger Zeitung. Años después se establece en Nuremberg. Allí dirigió una escuela de enseñanza secundaria y contrajo matrimonio con Marie von Tucher. En 1812 la primera parte de su ensayo "Ciencia de la Lógica" sale a la luz y cuatro años después consigue entrar en la cátedra de Filosofía de la Universidad de Heidelberg. En 1818 se traslada definitivamente a Berlín. Dos años después presenta "La filosofía del Derecho", la última obra que escribe antes de su muerte. También es autor de otros trabajos genéricos como: "Lecciones de filosofía de la religión", "Lecciones sobre la filosofía de la historia" y "Lecciones de la historia de la filosofía". Impresionado por muchos de sus antecesores, siempre se declaró seguidor de Schelling, Spinoza, Rousseau y Kant, entre otros autores. Su pensamiento filosófico recluta las teorías de éstos, aunque goza de verdadera independencia. Para unificar todas las nociones en que se apoya parte de una noción única que representa lo Absoluto: la Idea. Este concepto está unido a la realidad. El propio autor escribió "Todo lo racional es real y todo lo real es racional". La Idea, por otra parte, atraviesa tres estados que resumen su método dialéctico. El primero, tesis, que se refiere a toda afirmación. De esta fase se deriva el segundo estado, Antítesis -negación de la afirmación anterior-; hasta llegar al tercer estado, síntesis, que se traduce en la conciliación de los supuestos contrarios.

mundo del espíritu que se produce a partir de sí mismo como una segunda naturaleza.”²⁴ Con esta idea Hegel quiere expresar que la libertad alcanza su realidad plena cuando no se queda en mera idea, por ello su expresión de *Espíritu Objetivo*²⁵.

Con la pretensión de desenmascarar que el Derecho es producto de un grupo social, Karl Marx²⁶ expuso: “a propósito del carácter clasista del

²⁴ HEGEL, G. W. Friedrich, *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política*, segunda edición, trad. Juan Luis Bernal, Editorial Edhasa, Barcelona, España, 1999, p. 77.

²⁵ Para Hegel todo lo racional es real y todo lo real es racional.

²⁶ Karl Marx, nacionalidad Alemana, nació en Tréveris el 5 de mayo de 1818, muere en Londres el 14 marzo de 1883. Nacido en el seno de una familia hebrea, su madre era de origen holandés y descendiente de rabinos, mientras que su padre, Hirschel, también de ascendencia judía, ejercía la abogacía en Tréveris, su ciudad natal. Su padre es además consejero de justicia, recibiendo fuertes presiones políticas que le obligaron a abrazar el protestantismo para poder mantener el cargo en la administración de Renania. La conversión, real o simulada, le llevó incluso a cristianizar su nombre, que a partir de ahora pasará a ser el de Heinrich. Es deseo del padre dar a su hijo una completa formación humanística, con especial incidencia en la filosofía. Ello es posible gracias a los altos ingresos obtenidos en virtud de su cargo. El joven Marx estudia en el colegio de su ciudad natal, logrando graduarse a los diecisiete años de manera brillante, salvo un único lunar: la asignatura de religión. En la Universidad de Bonn estudia Derecho, por inclinación paterna, si bien sus verdaderos intereses le llevan a ahondar en materias como la Filosofía, la Historia o la Economía. Pasa gran cantidad de horas en su cuarto leyendo, lo que no le impide conocer a Jenny von Westphalen, su amor de juventud. Hija de una familia noble amiga de la familia, el noviazgo no fue aceptado por ninguno de los padres, lo que convierte la relación en básicamente epistolar. Desde Berlín y Viena, en cuyas universidades el joven Marx estudia, envía y recibe cartas de amor a Jenny, con quien podrá al fin casarse siete años más tarde. Entretanto, Marx ha acabado su tesis en 1841, tres años después del fallecimiento de su padre. Junto con sus estudios escribe artículos de análisis de la realidad social, colaborando en el "Rheinische Zeitung", publicación de la que pronto llegará a ser redactor jefe. Funda también el "Deutsch-französische Jahrbücher", revista franco-alemana de la que será director. La regularidad de sus ingresos le anima, como se dijo, a casarse con Jenny, con la que ha mantenido una relación de siete años. Muertos los padres de ambos, ya nada impide complimentar el matrimonio, lo que harán en 1843. La publicación de la nueva revista les lleva a París, manifestando Marx su ambición por desarrollar un producto europeo. Sin embargo, pronto las cosas comienzan a ir mal. La revista no pasa del primer número y las necesidades económicas le obligan a solicitar préstamos. Recurre a sus amigos en Colonia, gracias a cuya aportación podrá el matrimonio mantener a su recién nacida hija Jenny. En París Marx conoce y traba amistad con Friedrich Engels, personaje que será de vital importancia en su vida. Las coincidencias entre ambos no serán sólo ideológicas, sino que el origen burgués de Engels, hijo de un rico industrial de Manchester, permitirá Marx recibir ayuda económica de su amigo en los momentos de mayor apuro. El peso político de los artículos publicados en Francia le hacen ganarse fama de agitador, lo que provoca su expulsión de Francia. Establecido en Bruselas, ingresa en la Liga de los Comunistas. Es entonces cuando se manifiesta su renuncia a las raíces, adoptando para sí la internacionalización que propone la Liga. Así, renuncia a su nacionalidad prusiana y se declara apátrida y revolucionario. Las rebeliones ocurridas en Francia en 1848 asustan al monarca belga, Leopoldo, quien ordena a la policía controlar las calles, reprimir cualquier manifestación y detener a los extranjeros sospechosos. La detención y maltrato de Marx no tarda en producirse, así como la de su mujer. Algo más tarde es expulsado junto con su familia, lo que le obliga a trasladarse a Colonia. En su nueva residencia organiza un periódico diario, el "Neue Rheinische Zeitung". Con treinta años ya es un personaje destacado del mundo

ordenamiento jurídico escriben: los individuos que dominan en esas circunstancias, prescindiendo de que su poder tiene que constituirse como Estado, deben dar a su voluntad, condicionada por esas circunstancias, una expresión general como voluntad de Estado; una expresión, cuyo contenido siempre viene dado por las circunstancias de esa clase, como lo demuestran con toda claridad el Derecho Privado y el Derecho Criminal. Nuestras mismas ideas son producto de las circunstancias de producción y propiedad burguesas, como nuestro Derecho es sólo la voluntad de nuestra clase elevada a ley; una voluntad cuyo contenido está dado en las condiciones materiales de vida de nuestra clase." En suma, para Marx, el Derecho no es una instancia conciliadora neutral ni un instrumento desapasionado para asegurar la paz, sino apenas un instrumento de dominio disfrazado. A este respecto, y según la realidad de nuestra época, había que preguntarse qué tanto hay de razón en esta visión, pues según se ha dicho, a lo

revolucionario. En el plano familiar, su prole ha aumentado con el nacimiento de sus hijos Laura y Edgar. Su nueva publicación alcanza un éxito inmediato, en el contexto de una época de fuerte sentimiento social y compromiso revolucionario. En consecuencia, es prohibido por el gobierno renano, lo que, una vez más, provoca la ruina de Marx, quien deberá empeñarse para pagar las deudas. En busca de recursos la familia se traslada por Alemania y Francia, recalando finalmente en Londres. Su vivienda se halla en uno de los barrios más pobres de la ciudad y la familia Marx, que ha aumentado con el nacimiento de Franziska, se mantiene sólo de los escasos ingresos obtenidos por el padre gracias a la publicación de algunos artículos. La situación se agrava con la enfermedad de la madre, lo que obliga a la familia a vivir de la caridad y la solidaridad de los amigos. Es ahora cuando Marx se dedica a la escritura de una de sus obras fundamentales, "El Capital", que elabora en las salas de lectura del Museo británico, un refugio ante los problemas que le acosan. Algo de luz se vislumbra gracias al encargo de varios artículos que le realiza el "New York Tribune", lo que permite a la familia un desahogo que sólo será temporal. De vuelta a la pobreza, la enfermedad castiga a la familia con la muerte de Franziska y la más absoluta de las penurias. Sólo los préstamos permiten al grupo, incrementado con la niña Eleanor, sobrevivir. En 1885 fallece el único hijo varón, Edgar, con nueve años. Hasta 1864 la situación no empieza a mejorar. Tras recibir aportaciones de Engels, convertido en propietario de la fábrica paterna, una herencia permitirá a la familia incrementar sus ingresos y cambiar de residencia. Un amigo, Wilhelm Wolf, nombra a Marx heredero de sus propiedades; agradecido, el filósofo le dedica el primer volumen de "El Capital". Éste no verá la luz hasta 1867, tras dieciocho años de trabajo y carencias. Sin embargo, en principio no causa el efecto transgresor que Marx esperaba, debiendo pasar mucho más tiempo para que la obra obtuviera reconocimiento. Además de preparar su publicación, Marx colaboró en la organización de la Primera Internacional, participando activamente en las discusiones. Tras la Comuna de París de 1871, que significó un duro golpe para la Internacional, Marx se retiró de la lucha política y se dedicó a la escritura de su pensamiento. El 2 de diciembre de 1881 fallece, tras tres años de dolorosa agonía, su esposa Jenny. Poco más de un año más tarde, el 14 de marzo de 1883, fallece el mismo Marx, uno de los pensadores más influyentes de la Historia y figura clave en el análisis de la historia, la sociedad, la política y la economía. Su pensamiento se prolonga hasta muchas décadas más tarde a partir de su muerte, siendo clave para entender los procesos sociales y políticos que jalonan el siglo XX.

largo de la historia han existido grupos de personas confabuladas para dominar el mundo, utilizando, entre otros *mecanismos*, al Derecho²⁷.

John Austin en su teoría de los imperativos enuncia: “cada norma o regla (en el sentido más amplio, aunque adecuado de la palabra) es un mandato [...] La propiedad característica de una norma jurídica que la diferencia de las otras normas puede describirse en estos términos; cada norma jurídica, es decir, cada norma en sentido propio y restringido, es emitida por una persona o corporación soberana y se dirige a uno o varios miembros de aquella comunidad política independiente, en la cual la persona o la corporación emisora es soberana o está al frente de la misma [...], a la cual la gran mayoría de la población presta habitualmente obediencia [...] mientras que esa persona o corporación no rinde a su vez, habitualmente obediencia a ninguna determinada instancia superior [...]”²⁸.

Para el maestro de Lübeck, Gustav Radbruch²⁹ el derecho se traduce en “bien común, justicia, seguridad jurídica como los objetivos supremos de éste, más no en perfecta armonía sino en abierta desavenencia recíproca”,³⁰ así, el concepto de Derecho lo ve “como último supuesto de todo pensar y fallar jurídico” es “el querer no vulnerable y soberanamente vinculante”.³¹

Rudolf von Ihering define al derecho como “la suma de las condiciones de la vida social en el sentido más amplio de la palabra, aseguradas por poder del Estado, mediante la coacción externa”. Para él “el derecho no es una idea lógica sino una idea de fuera; he ahí por qué la Justicia (Themis), que sostiene en una mano la balanza en donde pesa el derecho (los intereses del hombre), sostiene en la otra la espada para hacerlo efectivo. La espada sin la balanza es la fuerza bruta, y el derecho sin la espada es el derecho en su impotencia”.

²⁷ Paul H. Koch narra, en su extraordinaria novela histórica, que existe un grupo de personas que tiene sojuzgada a la humanidad, para ello implanta una serie de *programas* que se asemejan al pensamiento maquiavélico, “el fin justifica los medios”, por lo que no importa quién deba sufrir, lo que importa es mantener el control a toda costa. KOCH H, Paul. *ILLUMINATI, los secretos de la secta más temida por la iglesia católica*, Editorial Planeta, México, 2004, pp. 272.

²⁸ *Ibidem*. p. 54

²⁹ *Gustav Radbruch (1878-1950) nació en la ciudad de Lübeck (Alemania). Fue profesor en Heildeberg, Koenisberg y Kiel. De 1920 a 1924, miembro del Reichstag y ministro de justicia con Wirth y con Stresemann. Desde 1925, profesor de Derecho penal en Heildeberg.*

³⁰ *Ibidem*. p 55

³¹ KAUFMANN, Artur, *Op. Cit*, p. 266.

Max Weber por su parte refiere que “el sentido de una relación social sólo lo denominaremos ordenamiento, cuando la acción se orienta (de forma media o aproximada) por unas máximas que se pueden indicar (las normas de Derecho); sólo hablaremos de una vigencia de ese ordenamiento cuando esa orientación de hecho en tales máximas se sigue también al menos (es decir, en una medida que prácticamente entra en consideración) por cuanto de alguna manera puede considerarse válida de cara al obrar, en forma obligatoria o ejemplar. Un ordenamiento puede llamarse Derecho, cuando externamente está garantizado por la posibilidad de la coacción física o psíquica, mediante una acción tendente a forzar la observancia o a castigar la trasgresión, que lleva a cabo un estamento de personas instituido expresamente para ello”³².

Por su parte, Hans Kelsen, el creador de la teoría pura del Derecho, “el derecho es un ordenamiento de la conducta humana... un ordenamiento de coacción... un sistema de normas...”; dice que “hay que rechazar una definición del Derecho que no lo presente como un ordenamiento de coacción. Sobre todo porque sólo mediante la incorporación del elemento coacción en el concepto de Derecho se distingue este claramente de cualquier otro ordenamiento social, y con el elemento de la coacción se convierte en criterio un factor muy importante para el conocimiento de las relaciones sociales y a la vez muy característico de los ordenamientos sociales designados como Derecho; factor, que en el caso más significativo para el conocimiento del Derecho –el Derecho Estatal Moderno- está entre el Derecho y el Estado el cual es esencialmente un ordenamiento de coacción y desde un ordenamiento de coacción centralizado y limitado a su ámbito territorial de vigencia. Un ordenamiento es un sistema de normas, cuya unidad se constituye por cuanto que todas tienen el mismo fundamento que les confiere vigencia; y el fundamento de vigencia de un orden normativo es [...] una norma básica [...] de la cual sólo puede derivarse su vigencia, más no el contenido del ordenamiento jurídico”.³³

³² *Ibid.* Págs. 56 y 57.

³³ *Ibid.* Pág. 62.

Finalmente, Niklas Luhmann³⁴, el sociólogo más reconocido de los últimos tiempos, explicó que “la rectitud de las relaciones entre los hombres no puede ya derivarse de su naturaleza ni de sus condiciones de vida como parte de la sociedad [...] Más bien se sigue de los problemas de la complejidad y de la contingencia [...] Por lo cual el Derecho hay que verlo como una estructura que define los límites y los modos de selección del sistema social. En manera alguna es la única estructura social [...]; pero en tanto estructura, el derecho es indispensable, porque sin una congruente generalización de las expectativas de comportamiento los hombres no pueden orientarse entre sí ni podrían confiar en sus expectativas. Y esa estructura tiene que estar institucionalizada en el plano de la misma sociedad, porque sólo ahí puede construirse sin condicionamientos y pueden crearse aquellas instituciones que domestican el entorno para otros sistemas sociales. El Derecho es un ordenamiento autosustitutivo, unas normas jurídicas sólo pueden sustituirse por otras, y no [...] por unos objetivos buenos”³⁵.

Como se ha visto en este recorrido, existe un amplio número de conceptos del Derecho, sin embargo, debe decirse con Kaufmann, que “todos enuncian algo correcto, pero ninguno abarca la totalidad del Derecho”³⁶; tal asidero se consagra con lo dicho por Del Vecchio quien expuso que: “lo que el Derecho sea todo el mundo lo sabe de un modo aproximado, pero la definición precisa del concepto presenta graves dificultades...”³⁷; y con ello también toma relevancia lo destacado por Kant cuando dice: todavía buscan los juristas una definición de su concepto del Derecho.

³⁴ Niklas Luhmann (*Luneburgo, Baja Sajonia, 1927*), considerado como uno de los más relevantes teóricos de la sociología contemporánea, desde 1968 fue profesor en la Universidad de Bielefeld. De 1970 a 1973 ha sido miembro de la Comisión para la reforma de la carrera administrativa en Alemania. Y desde 1974, aceptado como miembro de la Academia de Ciencias de Westfalia del Norte. Asimismo, fue profesor invitado en Francfort (1968), en la New School for Social Francfort Research de Nueva York (1975) y en la Universidad de Edmonton (Canadá) (1980). En 1984 es nombrado doctor honoris causa por la Universidad de Gante y la Universidades italianas de Bolonia y Macerata. En 1988 recibe el premio Hegel de la ciudad de Stuttgart. Luhmann dejó de existir recientemente en el año de 1998.

³⁵ *Ibid.* p. 64. Sobre las ideas de este autor volveré más adelante cuando presente la idea personal del concepto del Derecho.

³⁶ KAUFMANN, Arthur, *Op. cit.* p. 265.

³⁷ DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, Tomo I, traducido por Luis Recasens Siches, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1946, p. 90.

Por lo demás, y sin la necesidad de sustanciar lo relativo a qué escuela (iusnaturalismo³⁸, iuspositivismo³⁹ o de la “tercera vía”⁴⁰) pertenecen dichas concepciones -por no ser aquí ese el objetivo principal-, paso a ver lo que deriva de las propuestas antes transcritas.

4. Otros usos del término

4.1. Como disciplina social

El desarrollo histórico arriba expuesto ha traído como consecuencia que el concepto sea entendido y expuesto con diversas perspectivas. Así, el Derecho desde el punto de vista *formalista*, es considerado como un *paquete de preceptos* del mismo *orden* que se impone a la actividad humana en un campo determinado y para fines precisos. Esto es, que el Derecho se presenta como una “disciplina por excelencia, ya que impone sus normas en el dominio general y en vista de la realización de la armonía social”⁴¹.

De conformidad con su objeto, dichos preceptos, han tomado el nombre de reglas de Derecho y de instituciones jurídicas. En el primer sentido, es decir, como reglas, se designa la disciplina tomada en sí misma, y en el segundo, como institución jurídica, alude a los preceptos constitutivos de esta disciplina, esto es, la disciplina es el continente en tanto que las reglas de Derecho y las instituciones jurídicas representan el contenido. Brevemente, las reglas de Derecho y las instituciones jurídicas son manifestaciones de esa fuerza interna que es una disciplina: ésta le sirve de punto de apoyo.

³⁸ Una corriente del iusnaturalismo señala que el Derecho objetivamente reconocible es predeterminado en el *logos*, en la ley divina, en la razón.

³⁹ Por su parte el positivismo considera que nada está predeterminado, por lo menos no son reconocidos precedentes del Derecho, el contenido del Derecho es discrecional.

⁴⁰ Los representantes de esta “tercera vía” consideran que si bien no es dable conocer todo el contenido concreto del Derecho, sí determinadas estructuras y principios. Dentro de esta percepción encontramos la filosofía del derecho de Gustav Radbruch, la hermenéutica jurídica, la teoría de la argumentación jurídica, entre otras. A esta concepción nos adherimos para exponer nuestro trabajo. KAUFMANN, Arthur, *Op. cit.*, p. 93.

⁴¹ En este sentido véase BONNECASE, Julien, *Introducción al Estudio del Derecho*, segunda ed., editorial Temis, Bogotá-Colombia. 2000, p. 2.

Ahora bien, para que las reglas de Derecho y las instituciones jurídicas lleguen hasta nosotros y se impongan a nuestras conductas, éstas revisten formas usuales de leyes, costumbres, usos, mejor conocidas como fuentes. De esta manera, si frecuentemente se recurre en el lenguaje ordinario (no al metalenguaje), al término Derecho para designar las fuentes formales de las reglas de Derecho y de las instituciones jurídicas, en el estado actual de las concepciones no deja de ser un empleo peligroso; porque como se dijo, lejos de identificarse con la ley, el Derecho puede estar en oposición con ella y en numerosos casos lo está efectivamente en la realidad.

Un precepto de Derecho no existe sino nominal o gramaticalmente. Sin más allá de su existencia formal no se puede percibir su existencia real, esto es, las razones profundas que justifican su aparición y su mantenimiento. Por tal motivo, surge la necesidad de pasar del estudio de las fuentes formales de las reglas de Derecho y de las instituciones jurídicas a las fuentes reales o, más bien, al examen de sus presupuestos, esto es, el lenguaje y la realidad.

Estas fuentes reales se hayan constituidas, por un elemento experimental y otro racional; en este sentido, el término Derecho, sirve para designar las fuentes reales tomadas en sí mismas, como sus presupuestos que son tan variados como constantes.

4.2. Disgregación del derecho y la justicia

El Derecho es comprendido también en sí como la encarnación de la idea *suprema* de justicia, pero sucede que la justicia no tiene en sí misma un significado preciso, y de ahí una de las grandes complicaciones⁴².

Por ello, cuando Bonnacase⁴³ hace alusión a la identidad entre Derecho y justicia, no lo hace sino para descartar esta última, ya que, según su concepto,

⁴² Después de tratar este tópico en su discurso *¿Qué es la justicia?*, Kelsen, no arriba a una conclusión convincente de lo que sea o signifique la justicia, expresándolo con las siguientes palabras: "Comencé este estudio con la pregunta: ¿qué es la justicia? Ahora, al llegar a su fin, sé perfectamente que no la he contestado." Cfr. KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, décima segunda edición, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Editorial Fontamara, México, 2000, p. 83.

⁴³ BONNACASE, Julien, *Introducción al Estudio del Derecho*, segunda ed., Editorial Temis, Bogotá-Colombia. 2000, p.15.

“la justicia no es la noción del Derecho, sino, por el contrario, la observación, la aplicación de los presupuestos de la ciencia del Derecho, tales como se concretan o deberían concretarse en las reglas de Derecho y en las instituciones jurídicas⁴⁴”. El Derecho es pues, para dicho autor, el precepto, y la justicia, la aplicación del precepto, aunque –dice- “ciertas mentes ven el precepto en la justicia y la aplicación en el Derecho⁴⁵”, lo cual es un equivoco. La noción de Derecho domina todas las manifestaciones jurídicas, y la justicia no es sino la obediencia de la noción de Derecho, elemento supremo del orden social.

Así también, el Derecho puede encontrarse en contradicción con la ley, y es por esto por lo que algunos autores estiman que, en esta hipótesis, el Derecho no es otra cosa que la noción de equidad, puesto que no quieren separar el Derecho de la ley. Para otros, la noción de equidad sería la noción de justicia, pero de ahí surge una noción terminológica inadmisibile. La noción de equidad reviste un carácter esencialmente vago. Si queremos poner de relieve el alcance que le atribuyen sus partidarios, nos daremos cuenta de que no es otra cosa que la concepción subjetiva que cada uno tiene del Derecho y de la justicia. Es, ni más ni menos, la noción de Derecho considerada a través del romanticismo jurídico; en la noción de Derecho reducida a un puro sentimiento y desde luego tan variable aún en su fundamento, como lo son los móviles individuales y las circunstancias.

Finalmente, entre Derecho y derechos existe una relación de determinante y determinado. La locución Derecho, cuando se lo opone al vocablo derechos, tiene en cuenta esencialmente el conjunto de reglas y de instituciones jurídicas que aseguran el orden social. Estas reglas y estas instituciones jurídicas se traducen, tanto para los individuos como para los grupos, en prerrogativas que las llamamos derechos.

No obstante, hasta ahora la cuestión principal del Derecho ha sido limitar las acciones de los hombres a partir de prescripción de conductas, es decir, a través de enunciados silogísticos, en los que se describen conductas mandadas, prohibidas y permitidas o simplemente adíáforas, utilizando para ello las normas jurídicas.

⁴⁴ *id.*

⁴⁵ *id.*

5. Antinomia sobre los límites del derecho

Sabido es en el ámbito filosófico jurídico que dos son las posturas que proponen la discusión en lo relativo a los alcances y límites del Derecho. La primera está representada básicamente por Gustav Radbruch, mientras que la segunda por su discípulo Karl Engisch. Veamos pues esta contraposición de ideas entre maestro y discípulo.

5.1. La tesis de Radbruch

Para Radbruch:

“No hay nada en el cielo ni en la tierra que esté vedado al Derecho; el Derecho puede alcanzar y abrazar cualquier sujeto, objeto y acontecimiento⁴⁶”. El iusfilósofo alemán dogmatiza que: “es propio de la esencia del Derecho el ser universal”; que “el Derecho no puede dictar una regulación parcial sin tomar posición –mediante la elección de la parte reglada de las relaciones humanas y la exclusión de efectos jurídicos- frente a la parte no reglada. Por lo tanto, un ámbito vacío de Derecho depende siempre de la propia voluntad del orden jurídico; es un ámbito vacío de Derecho pero no lo es en sentido estricto; no es un ámbito de acción jurídicamente no legislado sino que está legislado en sentido negativo, mediante la eliminación de toda consecuencia jurídica. El orden jurídico no ha querido nada en el supuesto ámbito vacío de Derecho, y no, no ha querido querer, pues esto sería evidentemente una contradicción en sí mismo.”⁴⁷

Este es el sentido más general de la tesis de Radbruch, la cual puede resumirse diciendo que: empíricamente pueden presentarse ámbitos libres de Derecho, pero esto se produce sólo a causa o por disposición del Derecho, debido a la voluntad jurídica de autolimitación, y, finalmente, salvando siempre la posibilidad de una ocupación jurídica ulterior; además, se afirma, que el silencio del Derecho no significa ámbito vacío de Derecho, sino sólo un ámbito tácitamente no reglado. En esos términos el Estado como libre creador del Derecho elige los hechos y conjunto de hechos a los que quiere vincular efectos jurídicos, obteniéndolos del presente, futuro y también del pasado.

⁴⁶ Radbruch, Gustav, *Filosofía del derecho*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936, p. 152.

⁴⁷ *Op. cit.* ENGISCH, Karl, *El ámbito...*, p.33.

Con esta conducta radical se considera que todo comportamiento imaginable es o bien jurídico o bien arbitrario, es decir, contra Derecho, valorable jurídicamente de una u otra manera; esto desde luego afirma el principio latinista del *tertium non datur*, el cual niega una tercera posibilidad dentro y fuera del ordenamiento jurídico; argumento a todas luces inadmisibles como adelante se demostrará.

A juicio de Radbruch, todas aquellas conductas que parecen no estar reguladas por el Derecho, en realidad son conductas que el mismo Derecho ha decidido no asociarles ninguna consecuencia jurídica, por lo que en realidad están permitidas y es la voluntad de ese Derecho el que las ha colocado dentro de lo jurídicamente permitido pero no regulado⁴⁸.

A las ideas de este maestro alemán, Stein abunda que “la actividad de los juristas abarca en su objeto toda la vida de los hombres; no hay ningún hecho, acontecimiento o situación que no pueda ser examinado por los juristas para establecer las consecuencias jurídicas que puedan deducirse directa o indirectamente de aquél.”⁴⁹

Lo anterior, puede apelarse diciendo que:

El principio jurídico fundamental de “*lo que no está prohibido está permitido*” explica los alcances y límites del ordenamiento jurídico, a partir del caso de necesidad, y concretamente el de *necesidad no prohibida*⁵⁰, el cual autoriza desplegar una conducta que normalmente estaría prohibida. Así como el punto cero en el termómetro indica un grado de temperatura, la presunta “indiferencia” del Derecho es, en realidad, un criterio jurídico por lo que considerar a la actuación en caso de necesidad como no culpable significa un juicio de valor y por tanto una tercera posibilidad.

En el mismo sentido Stammler sostuvo que “cuando un orden jurídico permite a sus miembros, dentro de ciertos límites, decidir libremente su contribución a la acción en común, ésta es sólo una forma y tipo especial de

⁴⁸ Dicha cuestión será retomada al momento de explicar lo relativo a los permisos. *Vid supra* Capítulo El binomio juridicidad-antijuridicidad.

⁴⁹ Citado por ENGISCH, Karl, *El ámbito...* nota 27 p.27.

⁵⁰ El parágrafo 54 del Código Penal Alemán establecía: “54. No existe acción punible, si la acción, además del caso de legítima defensa, ha sido cometida en un estado de necesidad no culpable, no removible de otra manera, para la salvación de un peligro actual, para el cuerpo o la vida del autor o de un pariente.” Véase, Código Penal Alemán, Parte General, trads. Marcelo Finzi y Ricardo C. Núñez, ediciones Depalma, Córdoba-Argentina, 1945, p. 81.

ordenación de la vida comunitaria respectiva [...] de la decisión del Derecho se deriva la libertad de los que están a él vinculados en el actuar recíproco.”⁵¹

De esta primera postura, denominada *tesis*, se entiende, resumidamente que:

Tanto la autorización como la libertad y los límites, descansan sobre el mismo Derecho. Específicamente, sobre el Derecho se apoya también el ámbito vacío de Derecho del cual Lange comprendió como “*un ámbito reglado jurídicamente en sentido negativo*”, ello si se parte de la acción en sentido social sobre la cual el legislador ya ha pronunciado un juicio de valor al declararlas libres de penalidad.

5.2. La *antítesis* de Engisch

Por otro lado, y como *antítesis* a la propuesta de Radbruch, Engisch (discípulo del primero) argumentó su postura más o menos del siguiente modo:

El Derecho está limitado por todos sus costados, por lo que hay un *ámbito vacío de Derecho* pluridimensional y más o menos extenso; el Derecho sólo está dirigido a los hombres, por lo que existen seres incapaces de ser destinatarios de una norma; e inclusive el mismo individuo, situado dentro de un determinado orden jurídico, no está sometido a éste en la totalidad de su existencia anímico-corporal, es decir, sólo su conducta con respecto a los demás se encuentra limitada y no así su conducta respecto a sí mismo⁵².

Con esta postura queda justificada la tesis de por qué el Derecho es creado con la finalidad de servir a las necesidades sociales y espirituales del hombre, por lo que, cuando el Derecho no cumple con este cometido, no estaría ya contra el Derecho sino la naturaleza contra la naturaleza misma.

En ese contexto puede afirmarse que el punto angular sobre la deliberada auto limitación del Derecho es la tendencia a la libertad, la cual obliga siempre al Derecho a dejar a la actividad humana un campo de acción vacío (libre) de Derecho; lo anterior, ya que el Derecho no instruye a los hombres, sino que limita solamente en interés del prójimo y de la comunidad; corresponde al

⁵¹ ENGISCH, Karl, *El ámbito...* nota 41 p.39.

⁵² A esto se le conoce como *ámbito primario libre de valoración jurídica*, el cual es distinto a la *t.d.e.l.d.d.*, tal como arriba se expuso.

concepto del Derecho la exigencia de que la esfera de las facultades constituya un *maximum* y la limitación *un minimum*; así el fundamento del Derecho no es solamente el instinto de conservación, sino lo que se busca, insisto, es la tendencia a la libertad, lo que obliga a dejar a la actividad humana un campo de acción libre de Derecho.

En este punto es en el cual caen también los hechos que no son susceptibles de protección jurídica, en los que falta, unas veces la sanción, otras, la posibilidad de invocar un tribunal de justicia, y otras, la vía jurídica que conduzca a un tribunal de justicia ordinario o la posibilidad de ejecución. Para poder explicar tal disyuntiva han existido esfuerzos, sobre todo en la teoría del derecho; veamos a continuación de que se trata.

6. Determinación e indeterminación del derecho

El problema de la determinación e indeterminación del Derecho es de carácter epistémico relativo a la cognoscibilidad-incognoscibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones. Comanducci⁵³ enseña que:

“El contenido del Derecho está determinado frente a una acción si son cognoscibles las consecuencias jurídicas de aquella acción, y está totalmente determinado si son cognoscibles las consecuencias jurídicas de cada acción; al revés, el contenido del Derecho está indeterminado frente a una acción si no son cognoscibles las consecuencias jurídicas de aquella acción, y está totalmente indeterminado si no son cognoscibles las consecuencias jurídicas de ninguna acción”.

Conceptualmente, dos son los momentos relevantes, a saber: el primero es anterior al cumplimiento de una acción, el segundo es sucesivo a la primera acción; por tanto, el contenido del Derecho está determinado/indeterminado *ex ante* si son seguramente previsibles/no

⁵³ COMANDUCCI, Paolo. *Principios jurídicos e indeterminación del Derecho*. Doxa 21-II (1998), p. 101.

previsibles las consecuencias jurídicas de acciones futuras; mientras que está determinado/indeterminado *ex post* si se pueden/no se pueden reconstruir.

Tanto Kelsen como Hart han afirmado la tesis de la parcial indeterminación *ex ante* del Derecho. El maestro de Viena puso el acento sobre la estructura dinámica del sistema jurídico, que lleva al Derecho a desarrollarse en el tiempo, sobre la base de actos de voluntad cuyo contenido no es completamente previsible. Por su parte Hebert Hart situó el acento sobre la *open texture* (sentido abierto) del lenguaje jurídico que deja un margen de discrecionalidad a los jueces en la solución de los casos difíciles generando de nuevo, la parcial imprevisibilidad de las decisiones judiciales.

Con este asidero se puede decir que el contenido del Derecho está, desde luego, al menos parcialmente indeterminado *ex ante*, aún si es determinable (y por lo tanto generalmente determinado *ex post*). Es más: en las organizaciones jurídicas modernas, los jueces tienen la obligación de determinar el contenido del Derecho, frente a una acción o un conjunto de acciones sometidas a su juicio. Para ellos, entonces, y para los que adoptan un punto de vista interno, el Derecho no sólo es determinable, sino que tiene que serlo. Pero este punto de vista no es el externo de la teoría. Insisto, con que hay que diferenciar la actividad cognoscitiva de la teoría, en este caso predicativa, con la actividad práctica de quien, en una cultura todavía impregnada por la ideología positivista, tiene que determinar el Derecho, y motivar su actividad, y, por tanto, tiene que actuar como si el Derecho fuera completamente determinado *ex ante*.

Las causas de la parcial indeterminación del Derecho son básicamente aquellas, estructurales y lingüísticas, indicadas por Kelsen y Hart, a lo que se debe añadir una causa, por así decir, subjetiva: el legislador formula a menudo las normas de una manera que hace indeterminable *ex ante* su contenido. Y esto no pasa sólo por incapacidad técnica, o por razones de acuerdo político: a veces se trata de una elección consciente, que tiende a delegar en otras instancias normativas, como el poder judicial, la posibilidad de

reducir la indeterminación, ello a través de la utilización de la hermenéutica, la interpretación y la argumentación jurídica.

Por todo puedo concluir, al igual que los adeptos a la postura de la “tercera vía”, que en la indagación del concepto (determinabilidad o indeterminabilidad) del Derecho:

Si bien no es dable conocer *todo el* Derecho (contenido concreto), sí determinadas estructuras y principios; esto es, que lo que se puede determinar sería el *cómo* del Derecho (procedimiento de creación y aplicación del mismo), no así el *qué* (contenido concreto del mismo).

7. Toma de postura

Como se puede apreciar de lo relatado, no han sido infrecuentes, tanto en la docencia como en la *praxis*, los esfuerzos realizados por aclarar cada vez más la idea o concepto del Derecho. Así, los teóricos con sus teorías de los más diversos tipos, los prácticos con conceptos surgidos de la experiencia cotidiana, han agotado sus fuerzas con un solo objetivo, aportar un grano de arena a la ciencia jurídica para aclarar cuestiones que devienen de la complejidad de nuestra disciplina. Hacía allá, tiende también mi objetivo.

Considero -junto con Luhmann- que hoy día el Derecho no puede seguirse comprendiendo en la forma tradicional en la que estaba expuesto, esto es, como un conjunto de normas de estructura tradicional simplemente, sino que ahora habrá de ajustar el pensamiento jurídico a la creciente autoorganización de la sociedad, comprendiéndolo entonces como un (sub)sistema de operaciones que maneja esquemas propios, selecciona y genera una lógica peculiar para poder dar respuesta a sus problemas, utilizando para ello constantemente la autorreferencia con la que trabaja y se reproduce.

Bajo esta perspectiva es sostenible que el derecho sea sobre todo comunicación, pues ésta permite entender los procesos que tienen lugar en la

interacción, las organizaciones y la sociedad. Dicho sea de paso, en esta idea el hombre no está incluido, es decir, el hombre no pertenece al derecho sino a su entorno, toda vez que lo importante para el desarrollo de su pensamiento deviene del concepto de la equivalencia funcional del sistema, de la cual Luhmann afirma que no es un efecto a ser logrado, sino un esquema regulador de sentido, que organiza un ámbito de comparación de efectos equivalentes.

Concretamente de lo que se trata con esta nueva forma de ver al derecho es reducir la complejidad⁵⁴, objetivo que ha de alcanzarse a través de la confianza y la solidaridad social. Esto es, el derecho no se mueve ya, como con Kelsen, por esquemas jerárquicos ni teleológicos, sino por diferencias y por tensiones, que le llevan a multiplicar sus propias definiciones, esto es, *el derecho es manejo de diferencias*. Los elementos de que se compone no son identidades sino contrastes. El derecho, en tanto subsistema de la sociedad, ha de contar con las racionalidades de los otros (sub)sistemas, que tienen sus propias lógicas de desarrollo.

En esta avanzada el objetivo del sistema jurídico, por ser éste una estructura de acogida cada vez más abierta y sensible, será adaptarse al cambio. El sistema sólo tiene capacidad para evolucionar cuando es capaz de decidir sobre lo que no puede decidir. En resumen, la sociedad es un sistema autopoético, es decir, todo nuevo derecho habrá de fundarse en el viejo derecho, y como tal, es una red de producción de componentes que produce sus propios componentes. Para que esto pueda ocurrir, el sistema ha de ser capaz de operar de manera autorreferente, esto es, habrá de ser derecho lo que el derecho decida que sea derecho, distinguiendo así lo propio de lo ajeno.

Ahora bien, sin soslayar la ideas de Luhmann, considero que el derecho, *ex ante*, es un concepto que emerge de la mente del hombre - percibido éste como un ser individual, no aislado del mundo social-, resultante

⁵⁴ Luhmann entiende a la complejidad no como un peligro o una dificultad, sino como una condición de posibilidad.

de la expresión de sus sentimientos valorativos,⁵⁵ ⁵⁶ esto es, a partir la percepción de la *realidad*; a lo sumo, el hombre primeramente da valor aquellas cosas⁵⁷ que considera indispensables para su subsistencia, luego vuelve a valorar para objetivar a través de una expresión lingüística que codifica en enunciados o preposiciones normativas (normas), contenido potencial propio del derecho, todo ello, a través de un órgano facultado inferior legisferante como parte de la función de otro órgano superior legitimado como lo es el Estado, teniendo en todo momento como presupuesto el respeto mutuo que cada hombre observe por su semejante y tomando en consideración, desde luego, el egoísmo natural que le caracteriza. Resumiendo, el derecho surge del conflicto: para prevenirlo, o, una vez que ha surgido, para disuadirlo⁵⁸.

En este sentido Roxin expone que “las materias de la regulación jurídica no reciben su contenido de sentido del legislador, del juez o del investigador, sino que éste es algo previo, dado a través de legalidades y estructuras de desarrollo ontológicas, éticas –en sentido lato- sociales [...] Pero depende del arbitrio del legislador y de sus *criterios valorativos*⁵⁹ cuál de las

⁵⁵ Hebert Hart alude que “todo lo que hay, por detrás de los claros hechos verificables de la conducta del grupo y de la reacción predecible ante la desviación son nuestros poderosos ‘sentimientos’ que nos compelen a comportarnos de acuerdo con la regla y a actuar contra aquellos que no lo hacen. No conocemos en estos sentimientos lo que ellos en verdad son, sino que imaginamos que hay algo externo, alguna parte invisible de la textura del universo, que nos guía y controla en esas actividades. Estamos aquí en el reino de la ficción, con lo cual se dice el Derecho ha estado siempre conectado. Solo por que adoptamos esta ficción se puede hablar solemnemente del gobierno de leyes y no de hombres”. HART, Hebert, L. A. *Op. cit.*, p.14.

⁵⁶ Para Edmund Mezger, uno de los representantes de la escuela neokantina del Derecho penal, “el Derecho es un fenómeno social, una regulación de la colectividad. Pero tiene su origen psicológico en la condición humana, y es comprensible sólo si se toman en cuenta los movimientos instintivos del primitivo sentimiento de venganza, en el cual se ha visto con acierto una forma de proyección externa el concepto de la personalidad”. MEZGER, Edmund, *Derecho Penal Parte General. Libro de estudio*, segunda ed., Editorial Cárdenas editor, México, 1990, p.31.

⁵⁷ Aquí, con el término “cosas”, sin ser peyorativo, aludo también a los seres humanos o cualquier otra circunstancia a la que el hombre le ha otorgado un valor “fundamental” con el fin de preservar la especie animal humana, mi especie.

⁵⁸ Muñoz Conde señala que el derecho penal también forma parte de la violencia, pues señala: “Hablar de Derecho penal es hablar, de un modo u otro, de violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa (robo, asesinato, terrorismo, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona estos casos (cárcel, internamientos psiquiátricos, suspensiones e inhabilitaciones de derechos). El mundo está preñado de violencia y no es, por tanto, exagerado decir que esta violencia constituye un ingrediente básico de todas las instituciones que rigen este mundo. También del Derecho penal.”. Cfr. *Op. cit.*, Muñoz Conde, Francisco, y Mercedes García Arán, *Derecho penal...*, p. 29.

⁵⁹ Las cursivas son propias para resaltar lo dicho.

numerosas diferenciaciones previas, dadas, quiere convertir en base de su regulación”⁶⁰.

Gimbernat⁶¹, al presentar las ideas de Henkel, mismas que no me resisto a transcribir, señala:

“El <<espíritu común>> es el <<elemento conformador de las formas sociales de vida>> en una comunidad, es el creador del Derecho. Derecho es, pues, una objetivación <<del espíritu común>>; mediante la objetivación, el <<contenido espiritual [...] recibe [...] su ser propio; se convierte así en un objeto perceptible por el mundo real>>. <<Considerándolo desde el creador, el contenido espiritual en el que se piensa se desprende de él, como una exteriorización, mediante la objetivación, haciéndose independiente de él>>. <<La positivación del Derecho en proposiciones jurídicas es el fundamento de su ser y de su efectividad; con ella se fundamenta algo esencial: la transmisibilidad del Derecho. Como todos los contenidos espirituales objetivados [...] las proposiciones jurídicas reciben el modo de ser peculiar de las objetivaciones espirituales: Se han desprendido de su autor y llevan ahora una existencia independiente. Ciertamente que su sentido y fin es el ser actualizadas en sus contenidos, siempre de nuevo, por el espíritu común vivo que las produce, y el de determinar así, continuamente, la vida jurídica de la sociedad. Pero con su conformación poseen un ser que, desde ese momento, se hace independiente de las ejecuciones espirituales actuales de su correspondiente creador –por ejemplo, del legislador o tribunal- y pueden sobrevivirle. La forma objetiva que han adoptado permite que las proposiciones jurídicas sean perceptibles para muchos que anteriormente no conocían o no comprendían el contenido jurídico existente en ellas. Permanecen abiertas a la comprensión de muchas personas indeterminadas, a la recepción de espiritual y a su transmisión con el cambio de los individuos con la sucesión de las generaciones>>. El espíritu común, sigue actuando y, <<como espíritu objetivo cambiante, es capaz de llenar con contenidos jurídicos distintos, conforme al movimiento y a los cambios de las épocas, la forma dada, la proposición jurídica positiva, dándoles nuevo sentido sin cambiar la forma para nada. Como es sabido, este proceso se da con frecuencia en el cambio de la praxis interpretativa de los tribunales. Aquí se manifiesta, patentemente, la continua participación del espíritu objetivo vivo en los productos espirituales objetivados por él”.⁶²

El Derecho positivo, por tanto, no figura dentro de la sociedad cambiante como bloque ordenador rígido; sino antes bien, como aquélla, figura también en flujo, siempre vivo, de desarrollo y de transformación. Se halla incluido dentro del proceso de vida de la sociedad en cuanto que el proceso jurídico de objetivación está orientado a una adaptación ininterrumpida del Derecho a las

⁶⁰ ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Editorial Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A, Madrid, España, 1998, p.37.

⁶¹ GIMBERNAT, Enrique, *El concepto y el método del Derecho*, Editorial Tecnos, p 38.

⁶² HENKEL, *Introducción a la filosofía del Derecho, Fundamentos del Derecho*, Traducción de E. Gimbernat, Madrid, 1968.

correspondientes necesidades vitales y de orden de la sociedad⁶³; en su dación de sentido y de fin, la proposición jurídica no incorpora una declaración jurídica sustraída al transcurso del tiempo y que consta de una vez para siempre; antes bien, entra en el tiempo histórico como sustentadora de contenidos jurídicos de significado y que tiene que “*ir con el tiempo*”⁶⁴.

Por ello Rudolf Stammler⁶⁵ pensaba que “para determinar qué es Derecho no basta intentar describir mediante rasgos externos aquellas reglas (leyes) que de modo vago se califican de jurídicas. Para dilucidar su esencia – refiere- será menester ver cuáles son las notas conceptuales, condicionantes cuya unidad constituye la característica de lo jurídico, como manifestación específica de la voluntad”. Ernst Mayer, al buscar la justificación de nuestra disciplina y, en particular, la obligatoriedad de la ley, narra que “las normas jurídicas están en correspondencia con normas de cultura, cuya obligatoriedad el individuo conoce y acepta”⁶⁶.

Así, entre otros, los cometidos del Estado son tratar de impedir que el pueblo provoque su autodestrucción por vía de la autodefensa o del delito, como ocurrió por ejemplo en esta capital de México con el linchamiento de los policías federales preventivos en la delegación Tláhuac, cuestión que no debe dejarse de mencionar cuando de lo que se trata es de emitir un concepto de la realidad del Derecho en México, pues esto pone en tela de juicio el quehacer del Soberano en su función de velar por la seguridad y la paz social.

Itero, la finalidad del hombre al crear el Derecho⁶⁷ es dar y restringir la libertad del hombre en la sociedad, a partir del *respeto mutuo*, naciendo con

⁶³ GIMBERNAT, Enrique, *Op. cit.*, p. 70.

⁶⁴ *Ibid.* p. 38

⁶⁵ STAMMLER, Rudolf, *Tratado de Filosofía del Derecho*, Editorial Reus, S. A., 1930, p. 69.

⁶⁶ MAYER, Max Ernst, *Normas jurídicas y normas de cultura*, traducido por José Luis Guzmán Dálbora, Editorial Hammurabi, Argentina, 2000, p. 55.

⁶⁷ *Id.* Rudolf Stammler decía que “el Derecho es un modo especial de ordenar la convivencia humana”.

ello la *norma original* a la que atinadamente Rubén Quintino⁶⁸ alude, todo esto como producto de la comunicación.

Concluyentemente: *el derecho es norma, principios y ponderación*, pero sobre todo, vida, y por tanto, libertad, misma que se condensa cuando le comprendemos como comunicación, es decir, como un subsistema de la sociedad.

Esta postura expuesta básicamente por Luhmann, coincide también, en mayor o menor medida, con las expuestas por Robert Alexy y su discípulo Bernal Pulido, las cuales explican que “para la teoría del derecho contemporáneo los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, es decir, por el tipo tradicional de normas jurídicas, sino también por principios y la ponderación⁶⁹”. Definitivamente entonces el Derecho es un conjunto de normas de estructura tradicional, que tienen como única forma de aplicación la subsunción, así como un conjunto de principios, ejemplo de ello serían los derechos fundamentales aplicables a través de juicio del ponderación.

7.1. Los principios

Los principios “son normas, pero no normas dotadas de una estructura condicional hipotética con un supuesto de hecho y una sanción bien determinados como arriba señalados, sino que son *mandatos de optimización* que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario⁷⁰”. Un ejemplo claro de dichos principios son los conocidos y muy de *moda* Derechos

⁶⁸ Las normas pueden ser definidas como aquellas relaciones derivadas de la comunicación que coaligan identidades personales. La norma, en este contexto, es prueba plena de que el hombre es persona, pues se ha identificado así mismo y con los demás. La perfección de la norma está tanto en la perfección de la comunicación, como en la perfección de la identidad (personal colectiva) de las personas. Rubén Quintino, *Sistema e Identidad Personal*. Tesis de licenciatura.

⁶⁹ Bernal Pulido, Carlos, *La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales*, Doxa, cuadernos de filosofía, p.17.

⁷⁰ Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 95.

Fundamentales, los cuales no son más que normas que no tienen, desde luego, estructura condicional hipotética, clásica de las reglas o normas de estructura tradicional.

7.2. La ponderación

La ponderación es la manera de aplicar los principios, y lo más importante es que con ellos se busca resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario.

La palabra ponderación deriva de la locución latina *pondos* que significa peso. Esta referencia etimológica es significativa, porque cuando el Juez u Órgano acusador pondera, su función consiste en, metafóricamente, pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto. Ronald Dworkin dejó bien claro que los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: *el peso*. Los principios tienen un *peso* en cada caso concreto y ponderar consiste en determinar cuál es el peso específico de los principios que entran en colisión.

El axioma de los principios es: *el principio que tenga mayor peso será aquel que triunfe en la ponderación y aquel que determine la solución para el caso concreto.*

Desde esta perspectiva entonces la ponderación es una actividad consistente en sopesar dos principios —no dos bienes jurídicos como las causas de justificación en derecho penal— que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos determina la solución al caso.

Existe una *colisión entre principios* cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas supremas que fundamentan *prima*

facie dos normas compatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso.

A) Elementos que forman la estructura de la ponderación

Para establecer la procedencia condicionada entre los principios en colisión, es necesario tener en cuenta tres elementos que forman la estructura de la ponderación, a saber:

1. La ley de la ponderación.
2. La fórmula de peso, y
3. Las cargas de argumentación.

La ley de la ponderación reza en los siguientes términos:

*Quando mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.*⁷¹

Si se sigue esta ley, la ponderación se puede dividir en tres pasos. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo plano, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer momento, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.⁷² Alexy sostiene que el grado de afectación de los principios puede determinarse mediante el uso de una escala triádica o de tres instensidades, esto es *leve*, *medio* o *intenso*. Por ejemplo, la vida y la salud.

⁷¹ Alexy, Robert, *Teoría de los Derecho fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdéz, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p.161 y ss.

⁷² Cfr. Alexy, Robert, *Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, REDC, núm., 66, 2002, p. 32.

B) El peso *abstracto* de los principios

La variable del peso abstracto se funda en el reconocimiento de que, a pesar de que a veces los principios que entran en colisión tengan la misma jerarquía, en razón de la fuente del derecho en que aparecen, en ocasiones uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominantes en la sociedad.

Existe otra variable de los principios relevantes, y es donde ubicamos el tema del espacio libre, que sostiene las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en colisión pueden tener un distinto grado de certeza, y, dependiendo de ello, mayor o menor deberá ser el peso que se reconozca al respectivo principio.

7.3. Fórmula de peso

7.3.1. Las cargas de la argumentación

Las cargas de la argumentación operan cuando existe un *empate* entre los valores que resultan de la aplicación que resultan de la fórmula del peso, es decir, cuando los pesos de los principios son idénticos. Estas cargas de la argumentación serán analizadas con mayor detalle al momento de resolver los casos prácticos.

No obstante lo dicho ha de decirse que la ponderación no es un procedimiento que por sí mismo garantice la obtención de una única respuesta correcta a todos los casos. Por el contrario, tiene diversos límites de *racionalidad* que deparan al intérprete un irreducible margen de acción, en el que pueden hacer valer su ideología y sus propias valoraciones.

8. Conclusión provisional del segundo capítulo

El derecho a partir de la complejidad del mundo no ha de concebirse más sólo como un conjunto de normas de estructura tradicional en las que su forma de aplicación sea la subsunción, sino, además, como un conjunto de principios. Ejemplo de ello serían los derechos fundamentales y su forma de aplicación, la ponderación. Pues sólo concibiendo así al Ordenamiento jurídico (y al penal como parte del todo) se estaría en posibilidad de dar solución a los problemas que la complejidad nos depara y con ello los asuntos ubicables en la *t.d.e.l.d.d.*

CAPÍTULO TERCERO TEORÍA DE LA NORMA JURÍDICA

“La norma jurídica configura la realidad a través de una descripción de actos de conciencia y de razón (instrumentada).”

SUMARIO:

1. Capitularmente. 1.1. Normas definitorias. 1.2. Normas técnicas. 1.3. Normas preceptivas o jurídicas. 1.4. Normas ideales. 1.5. Normas sociales. 1.6. Normas constitutivas. 1.7. Normas morales. 2. Características particulares de la norma jurídica de estructura tradicional. 3. La norma como principio. 4. Criterios de clasificación jurídica en general. 5. La norma penal. 5.1. Estructura. 5.2. Función o fin de protección de la norma. 5.3. Clasificación de la norma penal. 5.3.1. Norma completa e incompleta. 5.3.2. Norma penal en blanco. 5.3.3. Norma primaria y norma secundaria. 6. Conclusión de este capítulo.

1. Capitularmente

“Para todo el que se ocupe del Derecho, sea como estudiante, sea desempeñando una profesión, lo que figura en absoluto primer plano es la aprehensión del contenido de las normas jurídicas vigentes, su interpretación y su aplicación al caso de la vida real¹”. Lo anterior tiene asidero porque la composición del ordenamiento jurídico está condensado básicamente, aunque no de forma exclusiva, por normas jurídicas de estructura tradicional, pues son éstas las que determinan lo prohibido e impuesto de los comportamientos humanos en lo jurídico; por esa razón he considerado la necesidad de continuar mi argumentación con este tópico, no obstante de que éste es un ámbito en el que tampoco la ciencia jurídica ya haya dicho la última palabra; con todo, de manera aventurada y breve, me dispongo a dilucidar algunos embarazos relativos a la misma. Empiezo con un recuento.

“Todo en la vida es norma. Desde el hombre hasta el mineral, todo lo que existe está sometido a un orden”². Con estas palabras Gonzalo Martín Vivaldi inicia la introducción de su magnífica obra *Curso de redacción*; la duda que surge

¹ Henkel, Heinrich, *Introducción a la filosofía del Derecho*, trad. Enrique Gimbernat Ordieg, edit. Taurus, 1968, p. 11.

² MARTÍN VIVALDI, Gonzalo, *Curso de Redacción, del pensamiento a la palabra*, novena ed., Editorial Paraninfo, Madrid, 1971, p.14.

es, si como lo declara el autor, todo en la vida sea norma, entonces, para poder descifrarla (a la vida) habría que determinar primeramente lo que ésta sea (es decir, la norma), los tipos que existen, cuál es su estructura, contenido y función.

Desde un punto de vista gramatical, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua³, define a la norma como la “regla que se debe seguir o a que se deben ajustar las conductas, tareas, actividades, etcétera”. Bajo este asidero a la norma en el Derecho se le ha entendido como una regla, una medida de la conducta humana (norma primaria) y de la actuación del Estado (norma secundaria).

El hombre es un *Ser* práctico, esto es, un *Ser* que actúa cotidianamente. Ahora, actuar no es sólo ponerse en movimiento para satisfacer un instinto, sino llevar a cabo un proyecto que trasciende lo instintivo hasta volverlo irreconocible o suplir su carencia; la acción está vinculada a la previsión pero también a lo imprevisto⁴. Según explican las ciencias exactas, el cerebro es el órgano específico de la acción, es decir, que es a partir de éste por el cual el hombre conoce, delibera, valora y decide.

Desde la perspectiva de Aristóteles, “acción no es fabricación de objetos o de instrumentos sino creadora de humanidad, por lo que la perfección del hombre no esta en cumplir el programa determinado de su *Ser* sino en inventarlo y orientarlo hacia lo mejor”⁵. De este entendimiento podemos concluir que es de la naturaleza del hombre actuar, por lo que, se puede elegir cómo y cuándo actuar, pero es necesario hacerlo. En esa búsqueda de invención y orientación de las cosas, el hombre ha encontrado una forma de cumplir su programa de vida; esta forma, entre otras, son las normas; pero insisto, qué es una norma.

“El término norma carece de un significado preciso y es utilizado en diversos contextos, por lo que, como ya vimos, expresiones como regla, pauta,

³ Léase la voz norma.

⁴ SAVATER, Fernando, *Op. Cit.*, p.31.

⁵ *Ibidem*.

guía, precepto, modelo, patrón, prescripción, directiva, disposición y directriz son utilizados como sinónimos del vocablo norma⁶.

A manera de introducción podemos decir que la norma es un juicio de valor del ser a partir del deber ser, es decir, la expresión de un Ser que debe ser. Toda norma es un valor, y un valor es un bien. La norma según la teoría de la doble naturaleza, se divide —para efectos penales— en dos: una valorativa (en la antijuridicidad) y otra imperativa (para la culpabilidad). La norma surge a partir de la existencia de dos o más individuos en un lugar y tiempo determinado, con divergencia y convergencia de intereses, en la que el lenguaje es el vehículo (medio de comunicación) que el hombre utiliza para expresar dichos intereses.

Para Austin, la norma o regla, es un mandato emitido por una persona o corporación y que se dirige a uno o varios miembros de aquella comunidad política independiente, en la cual la persona o la corporación emisora es soberana o está al frente de la misma, a la cual la gran mayoría de la población presta habitualmente obediencia. Francisco Muñoz Conde entiende a la norma como toda regulación de conductas humanas en relación con la convivencia.

De esta guisa se entiende que las “normas jurídicas no son meras declaraciones valorativas acerca de un hecho deseable o indeseable sino que son instrumentos de modificación de la realidad que operan creando deberes jurídicos de hacer u omitir, que en determinados contextos son cumplidos por sus destinatarios⁷” y si no es así, son hechos valer por una autoridad coercitivamente.

Existen otras maneras de comprender a la norma, veamos una clasificación general de ella.

1.1. Normas definitorias. Estas se definen como “aquellas que precisan o determinan una actividad o un concepto, ejemplo de ello serían las reglas de un juego o las reglas de la gramática⁸.

⁶ MENDOCA, Daniel. *Las claves del Derecho, Serie filosofía del Derecho*, edit. Gedisa, Barcelona, 2000, p.46.

⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, editorial Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 29.

⁸ *Ibidem* p.46.

1.2. Normas técnicas. Orientadas a lograr un fin determinado, las normas técnicas no tienen como finalidad regir la voluntad de los sujetos a los cuales se dirigen, sino que ésta se halla condicionada a esa voluntad; por lo que presuponen fines de acción humana y conexiones necesarias entre los fines y los actos que sirven como medios para alcanzarlos. Genéricamente este tipo de normas se hallan formuladas condicionalmente y en su antecedente aparece mencionada la voluntad del destinatario. Para ejemplificar a estas normas podríamos referirnos por ejemplo a las instrucciones que normalmente son agregadas a los manuales de uso de diversos artefactos peligrosos.

1.3. Normas preceptivas o jurídicas. Derivadas de la voluntad de una autoridad y destinadas a algún sujeto específico con el propósito de hacer que se conduzca de determinada manera, es la naturaleza propia de las normas prescriptivas. Este tipo de normas sí van dirigidas específicamente a “gobernar” la voluntad de los agentes normados, por lo que para que éstos las puedan cumplir, la autoridad promulgatoria las da a conocer, y para que se de efectividad a la voluntad de éstas, es decir, para que los destinatarios hagan o no hagan lo que las normas prescriben, se les agrega una sanción o amenaza de castigo. Como normas prescriptivas pueden considerarse a los mandatos, permisos y prohibiciones que el Ordenamiento jurídico contiene. De la lectura de lo anterior se advierte claramente que es a este grupo de normas al cual pertenecen las normas jurídicas.

1.4. Normas ideales. Este tipo de normas no están referidas directamente a acciones sino que establecen ejemplares arquetipos dignos de seguir o imitar y mencionan las virtudes características dentro de una clase dada, por lo que tienen relación mas bien con un modo de ser que con un modo de hacer. De allí la estrecha relación de las normas ideales con la bondad y las

virtudes, ya que estas reglas exigen que estén presentes ciertas propiedades en los miembros de un grupo. Ejemplo de normas ideales, serían, aquellas que establecen cómo debe ser un buen padre de familia, un buen profesional o un buen marido.

1.5. Normas sociales. Estas marcan regularidades de conductas, disposiciones o tendencias a hacer cosas similares en situaciones semejantes. En forma genérica, este tipo de normas son patrones de comportamiento compartidos por los miembros de un grupo social, y son sostenidas, al menos en parte, por su aprobación y desaprobación. De forma frecuente estas normas se hacen cumplir mediante sanciones sociales de severidad muy variable.

1.6. Normas constitutivas. Finalmente, las normas constitutivas son comprendidas como a aquellas que crean, modifican o extinguen ciertos estados de cosas, o bien, adscriben cualidades a determinadas entidades. Por su forma y función, este tipo de normas pertenecen al género de las expresiones ejecutivas, cuyo origen puede hallarse en el uso operativo del lenguaje. En el ámbito de la teoría del Derecho, por lo común, se ofrecen como ejemplos clásicos de normas constitutivas las llamadas “normas derogatorias” y las “normas de competencia”⁹.

1.7. Normas morales. Cabe destacar que es por demás difícil caracterizar una norma moral dado la falta de criterios identificadores. Tres son las concepciones que, desde el punto de vista filosófico, tratan respecto de a qué tipo de norma pertenecen las normas morales.

Primeramente, la *interpretación teológica* explica que éste tipo de normas emanan de una autoridad sobrenatural (Dios) y deben ser consideradas

⁹ MENDOCA, Daniel. *Op cit...* p.48.

como prescripciones. Por su parte la *interpretación teleológica* explica que tales normas (morales), deben ser consideradas como reglas técnicas que indican los medios para obtener un fin (la felicidad de los individuos en la interpretación eudemonista o el bienestar de la sociedad en la utilitarista). Finalmente, y desde el punto de vista de la *interpretación deontológica* se explica que las normas morales constituyen una categoría *sui generis*, una clase especial y autónoma de normas.

La distinción entre las normas morales y las jurídicas radica generalmente en que éstas últimas siempre son exigibles en virtud del bien común y las morales sólo en razón del perfeccionamiento integral del individuo. Las normas jurídicas que tienen sanción pública forman el derecho positivo, esto es, son las reglas de conducta establecidas o admitidas por el Estado, mediante las cuales se mantienen el orden y la seguridad social, de acuerdo con los principios certeza y seguridad. En esta definición se considera a las normas desde el punto de vista de su finalidad, no de su contenido o materia. Si se toma en cuenta a esta última, hay que definirlas como las reglas de conducta que establecen derechos y obligaciones, poderes, facultades, sujeciones y cargas.

2. Características particulares de la norma jurídica de estructura tradicional

Es menester esbozar que las normas de estructura tradicional son aquellas que dentro de un ordenamiento jurídico concreto se encuentran bien determinadas y están provistas de una estructura condicional hipotética; su única forma de aplicación es la *subsunción*. Su estructura es la siguiente: a) Toda norma de este tipo cuenta con un supuesto de hecho; y, b) una sanción o consecuencia jurídica.

Explico lo anterior con un ejemplo:

Si *A* —supuesto de hecho— entonces (deber ser) *B* —consecuencia jurídica—.

En esta estructura, *A* es el supuesto de hecho de la norma y *B* la consecuencia jurídica. Aquí lo que la norma prevé es que, en caso de que en la realidad ocurriese el supuesto de hecho *A* de la norma, entonces el ejecutor del derecho debe imputar la sanción *B* al agente que hubiese cometido la acción prevista como prohibida en el supuesto de hecho. Por lo que, como ya expresé, la única forma de aplicar este tipo de normas es la *subsunción*, entendida ésta como un procedimiento racional integrado por dos premisas y una conclusión, en donde la premisa mayor es la norma con su estructura condicional hipotética (si *A* entonces *B*), al paso que la premisa menor es un enunciado subjuntivo de la forma *x* es *A*, con lo que *x* es un enunciado de *A*. Finalmente la conclusión se deriva de las premisas mayor y menor y establece que debe aplicarse la sanción y al caso *x*, por ser el caso de *A*.

De esta manera se dice que la norma jurídica de este tipo tiene como características específicas el ser bilateral, coercitiva, heterónoma, externa, con sanción, correlativa y codificable. Brevemente. Es bilateral porque se trata de un juicio enunciativo que impone deberes a alguien, correlativos de facultades a favor de alguien, o concede derechos a alguien, correlativos de obligaciones impuestas a alguien. Coercible porque es un juicio imperativo, categórico que de manera expresa o implícita establece la posibilidad de que la norma sea cumplida con el derecho de la fuerza, en forma no espontánea e incluso en contra de la voluntad del obligado. Asimismo, es heterónoma ya que las obligaciones y facultades provienen de una voluntad ajena al individuo. Las crea el poder público siguiendo ciertas formalidades exigibles por una ley específica para la creación de normas jurídicas (artículos 71 y 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos). También es externa pues el cumplimiento de una obligación o la exigencia de una facultad se circunscribe a la conducta, hechos, omisiones establecidas, sin tomar en cuenta los motivos interiores de su cumplimiento. El obligado o facultado puede hacerlo de buena o mala gana, lo que importa es la concordancia entre lo que norma prescribe y la conducta exigida. Respecto de la sanción puedo decirse que en caso de incumplimiento se da una consecuencia jurídica que puede ser la declaración de inexistencia, la nulidad, el castigo, la

indemnización u otras sanciones. Es correlativa por que en las normas jurídicas se da un curiosa relación de juicios conexos, que van desde la exigencia por el facultado del cumplimiento de un deber y cumplido éste, ahora el facultado se convierte en obligado frente quien ahora está facultado para exigirle una contra prestación. Finalmente, es codificable porque el derecho, visto como norma o ley, requiere para su validez de una formalidad externa, expresa, pública, y de iniciación determinada en cuanto al tiempo, para considerarse obligatoria frente a los ciudadanos u obligados en general.

3. La norma como principio

A las reglas y la subsunción se suman, con las investigaciones de Dworkin en el mundo anglosajon y Alexy en el germánico, los principios y la ponderación como contenido del derecho. Esto es, que junto a las reglas de estructura condicional hipotética, existen los principios, lo cual implica a su vez el reconocimiento de una nueva forma de aplicación del derecho: *la ponderación*; ejemplo de este tipo de normas son los derechos fundamentales.

4. Criterios de clasificación de la norma jurídica en general

Muchos son los criterios que la teoría utiliza para clasificar a la norma jurídica. De cada uno se puede hacer una tratamiento completo, sin embargo, dado que no es mi objetivo, a continuación únicamente enuncio cuáles son esos criterios de que se habla, tomando para ello el criterio de uno de los grandes iusfilósofos de nuestro país, Eduardo García Máynez.

Así a la norma de derecho se le puede clasificar desde el punto de vista: **a)** del sistema a que pertenecen; **b)** de su fuente; **c)** de su ámbito espacial de validez; **d)** de su ámbito temporal de validez; **e)** de su ámbito material de validez; **f)** su ámbito personal de validez; **g)** de su jerarquía; **h)** de sus sanciones;

i) de su cualidad; j) de sus relaciones de complementación; y, k) de sus relaciones con la voluntad de los particulares¹⁰.

Bajo este asidero, si el Derecho (positivo) es comprendido como un sistema de mandatos establecidos por el hombre mediante actos de voluntad, dirigidos a los hombres, dotados de coacción organizada, y que, en general resultan eficaces, luego entonces, el Derecho positivo debe concebirse como un sistema de normas jurídicas. Arthur Kauffmann¹¹ por ejemplo refiere que la norma jurídica no es un juicio asertórico, ella no dice qué es o qué no es, sino que es una disposición de validez o una norma de valoración que dice qué es lo que debe o no debe ser. Mayer sostiene por su lado que las normas son reglas, y, por cierto, reglas de tipo práctico, esto es, instrucciones para la conducta humana. Por su parte, Díaz Aranda conceptúa a la norma jurídica como “una proposición expresada en forma lingüística en la que se describe las características generales de una conducta o una situación (supuesto de hecho) a la cual se asocian consecuencias jurídicas”¹².

Hasta aquí con el recuento de la norma vista desde un punto de vista genérico, para lo cual pasó a explicar lo relativo a la norma, pero ahora desde el punto de vista exclusivamente penal.

5. La norma penal

Arriba quedó expuesto que la norma penal no es diferente sustancialmente a los demás arquetipos de normas jurídicas, la única variante es la sanción con la que están conminadas las conductas allí previstas. La norma penal pues constituye un sistema de expectativas, es decir, se espera que no se realice la conducta en ella prohibida, y, que si se realiza, se reaccione con la pena en ella prevista como contradicción a la contradicción que del comportamiento prohibido hizo el destinatario de la norma. Así, la realización de la conducta prohibida supone la frustración de una expectativa, y la consiguiente aplicación de una pena.

¹⁰ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Intruducción al estudio del derecho*, 17a ed., Edit. Porrúa, México, 1970, pp. 78 a 96.

¹¹ KAUFMANN, Arthur. *Op cit.*, p.206.

¹² DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*. Porrúa, México, 2003, p.21.

5.1. Estructura

Como toda norma jurídica, la penal consta de un **supuesto de hecho** y de una **consecuencia jurídica**. La diferencia entre la norma penal y las demás normas jurídicas radica en que, en la norma penal, el supuesto de hecho lo constituye un delito y la consecuencia jurídica es una pena o una medida de seguridad¹³. Con lo anterior se constata lo dicho, en el sentido de que la norma penal no cambia estructuralmente de los demás tipos de normas; su contenido, en cambio, sí es distinto, por que la frustración, insisto, de la expectativa debe ser en la norma penal un delito y la reacción frente a ella una pena y, en determinados casos, lo que se llama una medida de seguridad o de rehabilitación o una reparación del daño civil causado, que se aplican alternativa o juntamente con la pena principal.

No ha de confundirse sin embargo la norma penal con los artículos del derecho positivo de cualquier legislación que establezca una norma penal, por ejemplo el código penal de cualquier localidad o el Código Fiscal de la Federación, por ejemplo, que también establecen conductas penalmente relevantes, ya que más bien de lo que ahí se habla es de ley penal. Normalmente pueden coincidir, pero otras veces el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica se encuentran repartidos en diferentes artículos. Cuando los artículos entre los que se reparte el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica están en inmediata conexión, dentro de la misma sección o capítulo, no hay dificultad en considerar también estos casos como normas penales completas.

Con todo, no siempre se encuentra tan claramente en la configuración legislativa de la norma penal esta sencilla estructura. Muchas veces, para complementar el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica hay que acudir a distintos artículos de la ley penal que no están en inmediata conexión o, incluso, a

¹³ En este sentido cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al derecho penal*, segunda ed. Editorial BdeF, Argentina, 2001, p. 44 y 45; Bustos Ramírez, Juan, *Introducción al Derecho penal*, segunda edición, editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1994, pp. 62 a 64. Últimamente, con la tercera vía, se propone también en la teoría de la pena la reparación del daño.

una norma jurídica de carácter extrapenal¹⁴. Esto plantea dos problemas: el de las normas penales incompletas y el de las normas penales en blanco.

5.2. Función o fin

Desde el punto de vista funcional, la norma jurídica penal tiene algunas características específicas que la distinguen de los demás arquetipos de normas, porque en ella la protección de la convivencia se lleva a cabo a través de un complicado proceso psicológico de intimidación (función preventivo general) y represión de los individuos que no es característico de las demás.

Así, ha de ponerse de relieve que la convivencia humana es el fin y a la vez la base del sistema social; luego, en tanto la norma penal posibilite una mejor convivencia, ésta será funcional, ello por que la norma jurídicopenal funciona protegiendo las condiciones elementales mínimas para la convivencia y motivando en los individuos que se abstengan de dañar las referidas condiciones elementales. Desde esa idea se puede entender que la norma cumple una doble función, la de protección y la de motivación¹⁵.

5.3. Clasificación de la norma penal

La idea de que el derecho no tiene lagunas y de que éstas se encuentran sólo en la ley, se obtiene de que no todas las normas jurídicas cuentan con una estructura "perfecta", por lo que la doctrina se ha encargado de resarcir esa deficiencia legislativa, a veces por falta de técnica o simplemente por falta de una deficiente preparación jurídica del legislador, y clasifica las normas jurídicas de la siguiente manera.

¹⁴ Así lo veremos al momento de analizar lo relativo a la antijuridicidad de la conducta.

¹⁵ Entre otros JAKOBS, Günther, *Sociedad norma y persona*, Edit. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1996, pp. 16 a 19; *Op cit.*, MUÑOZ CONDE. Francisco, *Introducción...*, pp. 88-103.

5.3.1. Norma penal completa e incompleta

La norma jurídica completa es aquella que consta de un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica. Claro ejemplo de este tipo de normas sería a la norma que regula la figura típica de Abandono de personas, previsto en el numeral 335 del Código Penal Federal, el cual a la letra reza:

*“Artículo 335. Al que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo la obligación de cuidarlos (**supuesto de hecho**), se le aplicará de un mes a cuatro años de prisión (**consecuencia jurídica**), si no resultare daño alguno (**circunstancia de hecho relativa al tipo descriptivo**), privándolo, además, de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuera ascendiente o tutor del ofendido.*

Por su parte, las normas penales incompletas o dependientes son aquellas que completan o aclaran el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica descritas en otro lugar. Su fundamento es una razón de técnica y economía legislativa¹⁶. A este tipo de normas pertenecen las reglas previstas en la parte general del código penal, como las reglas para la autoría y participación, la tentativa (ampliación de la punibilidad), las causas de justificación, etcétera.

5.3.2. Norma penal en blanco

En la norma penal en blanco el supuesto de hecho está consignado en una norma de carácter no penal, aunque algunos consideran también como norma penal en blanco aquella en la que el supuesto de hecho se consigna en otro precepto contenido en la ley penal. Para otros sólo es norma penal en blanco aquella en la

¹⁶ Op. cit. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción...*, p. 45.

que el supuesto de hecho se determina por una autoridad de categoría inferior a la que dicta la norma penal¹⁷.

5.3.3. Norma primaria y norma secundaria

Las proposiciones jurídicas que señalen una pena a un determinado comportamiento cumplen, sin duda, una función de información y aviso al ciudadano. Pero aquí nos interesa analizar únicamente su función más específica de transmisión de normas. En este sentido, no se dirigen literalmente al ciudadano, sino que solo transmiten de forma expresa un mandato dirigido al juez que el obliga a imponer la pena llegado el caso. Es lo que sucede con los preceptos de la Parte Especial del Código Penal. Al señalar una pena para el homicidio, el legislador pretende algo más que informar y castigar: pretende prohibir, bajo la amenaza de la pena, el homicidio por ejemplo. La conminación penal del homicidio transmite no sólo un aviso al ciudadano y la voluntad normativa de que el juez castigue llegado el caso, sino, ante todo, la voluntad normativa de que los ciudadanos no maten –salvo que concurra una causa de justificación-. El enunciado legal que castiga un hecho con una pena ha de interpretarse, pues, como forma de comunicación de dos normas distintas: de una norma prohibitiva dirigida al ciudadano, que llamaremos norma primaria y de una norma que obliga a castigar dirigida al Juez, la cual designaremos como norma secundaria.

La existencia de la norma primaria no se deriva del texto legal, que sólo se refiere a la norma secundaria, pero es admitida con razón por la doctrina. En el propio Código Penal se califica de infracciones a los delitos, lo cual supone que la realización de un delito no solo hace aplicable la norma que señala su castigo, sino que también entraña la infracción de una norma que prohíbe la conducta al ciudadano. En efecto: sí solo existiera la “norma secundaria” el delito no sería infracción alguna, puesto que aquello no prohíbe el hecho al ciudadano, sino que se dirige al Juez. Con esto quiero decir que tanto la norma primaria como la secundaria gozan de una valoración y una determinación, discusión doctrinal que a la fecha

¹⁷ *Ibidem.* p 49.

sigue vigente y en la que no he de entrar por la razón de que esto requiere un tratamiento completo¹⁸.

Con todo, las normas penales, tanto las secundarias como las primarias, deben de entenderse, pues, ante todo como expresión de un imperativo. Las normas primarias están destinadas a apelar a la motivación del ciudadano, prohibiéndole delinquir. Las normas secundarias refuerzan esta motivación mediante la amenaza de la pena. Evidentemente, al imperativo precede la valoración negativa de la conducta prohibida u ordenada, pero para la efectividad de la norma penal lo decisivo es que se le asigne la virtualidad de un imperativo. Esto es lo que distingue una norma vigente de una valoración jurídica.

6. Conclusión de este capítulo

Dado que el concepto de norma es el punto de partida en la construcción del sistema, resulta imperioso acotar sobre su significado, función y estructura. Así, a las normas jurídico penales se les entiende como prescripciones de comportamiento, cuya infracción queda perfecta cuando se dan tanto el disvalor del resultado (aspecto objetivo) como el disvalor de acción (aspecto subjetivo), sólo de esta manera se podrá afirmar que el autor (o partícipe) infringe la norma —o concreta un tipo de injusto—. Más breve, el comportamiento realizado por el autor ha de infringir una norma (primaria o secundaria, es decir, el ciudadano o la autoridad), que puede consistir en un mandato o en una prohibición, cuando el destinatario no ajusta su conducta a lo que prescribe el orden jurídico a través de la misma norma. Con razón afirmo pues, que la norma jurídicopenal configura la realidad a través de una descripción de actos de conciencia y de razón (instrumentada).

¹⁸ Para una mejor comprensión de este tema véase Mir Puig, Santiago, *Valoraciones, normas y antijuridicidad*, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 2004, núm. 6,-02, pp. 19, <http://criminet.ugr.es/recepc/06/recepc06-02.pdf>.

CAPÍTULO CUARTO ANTI JURÍDICO

El problema de la antijuridicidad tiene relación con la dogmática del delito, hasta el punto de que constituye la piedra angular del mismo; y con la Teoría General y la Filosofía del Derecho...

Ricardo Franco Guzmán, Delito e injusto.

SUMARIO:

1. Cuestión introductoria. 2. La juridicidad. 2.1. Mandatos y prohibiciones. 2.2. Los permisos en el Derecho y Derecho penal específicamente. 2.2.1. De los permisos en general. 2.2.2. Permisos y supuestos constitucionales flexibles e inflexibles. 2.2.3. Permisos en sentido fuerte y en sentido débil. 3. La antijuridicidad. 3.1. Concepto y naturaleza. 3.2. Antijuridicidad formal y antinormatividad. 3.3. Antijuridicidad material. 3.4. ¿Antijuridicidad formal o material? 3.4.1. Tesis de la independencia. 3.4.2. Tesis de la correspondencia. 3.4.3. Tesis intermedia (von Liszt). 3.5. ¿Es la antijuridicidad un concepto propio del Derecho penal o un concepto genérico del Ordenamiento jurídico? 3.6. La antijuridicidad vista como elemento práctico de la sistemática que sirve para resolver problemas penales. 3.7. La antijuridicidad y la culpabilidad. 4. Antijuridicidad: requisitos para su constatación. 5. Lo objetivo y subjetivo de la antijuridicidad. 6. Las causas de justificación. 6.1. Las causas de justificación como excluyentes de la antijuridicidad. 6.2. Causas de exculpación. 6.3 Distinción entre causas de justificación y causas de exculpación. 6.4. Causas de justificación y política criminal. 7. Coexistencia de dos o más causas de justificación. 8. Toma de postura.

1. Cuestión introductoria

Todo en este trabajo tiene una pretensión, haber esbozado lo que el Derecho es, y tratar también, aunque de manera sucinta, lo relativo a la norma jurídica, contenido propio del derecho, da ahora la necesidad de considerar otro tópico que también suscita reflexión. Me refiero por supuesto a la teoría de la juridicidad y su *contrario*, la antijuridicidad, temas hermanados de por sí con la propuesta que aquí sostengo. Con la exposición de este apartado, me acerco cada vez más al objetivo central de esta tesis.

Para iniciar, es pertinente formular las siguientes interrogantes: ¿qué son la juridicidad y la antijuridicidad?, ¿cuál es su esencia?, ¿a partir de qué se determina que una conducta sea antijurídica?, ¿es la antijuridicidad un concepto propio del Derecho penal o se utiliza como concepto genérico en la totalidad del

ordenamiento jurídico?, a estas interrogantes trataré de dar respuesta en las líneas siguientes.

Otra vez Kaufmann señala que “...*Quien no pueda decir, al menos de forma aproximada, lo que es jurídico, tampoco puede decir lo que es antijurídico*”¹. Así, siguiendo el tenor literal de esas palabras, recorreremos primero lo que la doctrina ha dado por llamar la teoría de la juridicidad.

2. La juridicidad

He dicho que el Derecho, al emerger al mundo social (*facticidad*), es objetivado en normas y compilado en leyes de derecho público y privado, las cuales tienen como finalidad determinar a los hombres para que actúen de un modo específico. En la lógica deóntica la expresión “*nada obligatorio es antijurídico o dicho de otro modo: en la medida en que algo es obligatorio, es también lícito*”², expresa claramente el *principio de juridicidad*.

Con todo, la dificultad que presenta esta cuestión es de índole pragmática, ya que suelen usarse las terminologías “*es lícito*” o “*se tiene derecho a*” para los casos en que la acción lícita es potestativa, o sea es lícito hacerla y es también lícito no hacerla; percepción ésta que desde luego es muy corta, tal como lo veremos adelante al tratar lo relativo a los permisos.

Ahora bien, a los actos entendidos *conforme a Derecho o jurídicamente adecuados* son definidos como aquellos en los que el hombre (*in genere*) actúa conforme a los mandatos dados por el propio Derecho, se abstiene de realizar las prohibiciones, existe un permiso jurídico de actuar (como en las causas de justificación en Derecho penal, por ejemplo) o, simplemente, la conducta resulta

¹ Kaufmann, Arthur, *Op. cit.*, p. 277.

² AUSÍN TXETXU Y LORENZO PEÑA, *La deducción normativa*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. número 23, año 2000, p. 472.

jurídicamente irrelevante o adífora³. Veamos pues a qué se refieren cada una de estas ideas.

2.1. Mandatos y prohibiciones

En el capítulo anterior vimos que la proposición jurídica de mandato establece el *deber ser* del comportamiento esperado del gobernado, esto es, que éste cumpla con el imperio del emperador (el Estado). Así, se puede decir que un mandato, en sentido jurídico, es una proscripción que obliga, determina la actuación para realizar algo y tiene dos destinatarios. Por un lado, el gobernado, al cual compele a que actúe *adecuadamente*; por el otro, manda a las autoridades que gozan del imperio estatal para que impongan las sanciones aplicables cuando no se infrinjan las expectativas normativas mejor conocidas como normas primarias.

De esta guisa, queda explicado por qué una parte de la doctrina sostiene que tanto en la norma primaria como en la norma secundaria existe una valoración-determinación, pues el legislador al emitir la norma jurídica determina al ciudadano y a la misma autoridad a respetar su voluntad, limitándolo al mismo tiempo, teniendo como base la dignidad del mandante. Concretamente, ambos están obligados a omitir o realizar el comportamiento mandado, pues de no hacerlo se les impondría una sanción terrenal organizada, establecida previa y objetivamente en el ordenamiento legal, lo cual se traduce en el principio de legalidad.

Por otro lado, es entendible, al menos para los que gozamos de una capacidad de entendimiento medio, que con el término prohibir se compele a alguien a no realizar alguna conducta; es decir, se trata de un imperativo pero en sentido negativo, pues de realizarla (la prohibición) estaríamos contraviniendo una obligación jurídica de abstenerse. Tales dichas prohibiciones están dirigidas, igual que en las normas de mandato, tanto al gobernado como al soberano.

³ *Vid. infra*. Las conductas jurídicamente adíforas son aquellas conductas que resultan irrelevantes en todo tiempo para el derecho, tal como se vio en el espacio primario libre de valoración jurídica.

Resumidamente se puede decir con Roxin que *“los mandatos sólo pueden exigir la producción de un resultado deseado por el legislador y las prohibiciones, la evitación de un resultado no deseado por el legislador, en tanto le sea posible su producción o evitación a la persona que está en la situación que el legislador presupone, es decir, de un resultado que esa persona pudiera prever, y, por ello, también producir o evitar”*⁴.

Estudiemos ahora lo relativo a los permisos.

2.2. Los permisos en el Derecho y Derecho penal específicamente

2.2.1. De los permisos en general

Para la exposición de este subtema parto de la siguiente idea. He reiterado que el Derecho es parte de un orden social, y que se integra por normas jurídicas, básicamente, las cuales la doctrina ha clasificado en tres grupos: normas de mandato, prohibición y permisos, y de las que, excepto las últimas, ya he dado cuenta sucinta, por lo que en las siguientes líneas me abocaré explicar lo relativo a los permisos.

En una primera aproximación se entiende que una norma jurídica permisiva no constituye razón alguna ni para realizar la acción ni para omitirla. Sin embargo, quien perciba así los permisos estaría errando, pues existen algunos que derivan de una imposición normativa, caso ejemplar pueden ser las causas de justificación para el Derecho penal. Más claro, es incorrecto entender una norma permisiva como aquella que en un determinado caso admite tanto la realización o la omisión de una acción determinada, es decir, se comprende como aquella que no ordena nada, pues ésta puede operar como una excepción a la prohibición. Veamos un ejemplo del primer caso:

⁴Cfr. Roxin, Claus, *Problemas Básicos del Derecho penal*, trad. Diego Manuel Luzón Peña, edit. Reus, Madrid, España. 1976, p.129.

“A partir de hoy estará permitido cazar los martes y los jueves”.

La anterior formulación normativa, determina un permiso para cazar dos días de la semana, pero no hace pronunciamiento alguno respecto de los restantes días, por lo que resulta pertinente formular las siguientes interrogantes:

¿Qué pasa con los demás días de la semana de los que no hace pronunciamiento alguno dicha proposición normativa?, ¿podrá cazarse o no?

En dicho ejemplo advertimos cómo una norma de permiso tiene la función normativa de indicar, dentro de un sistema de normas, cuáles son las excepciones a las normas de obligación del sistema; es decir, son modificativas de una prohibición, y, por tanto, interpretable como la negación de una obligación.

2.2.2. Permisos y supuestos constitucionales flexibles e inflexibles

Hay garantías constitucionales que otorgan libertad y que se constituyen también en derechos fundamentales, así que restringen por ese hecho el poder del legislador y de cualquier otra autoridad; es pues, una incompetencia que corresponde a una *inmunidad* por parte del ciudadano, es decir, el ciudadano se vuelve una especie de intocable en ese tipo de proscripciones.

En otras palabras, el legislador no promete no usar un poder que posee, sino que más bien su poder (o competencia) está definido de tal modo que no puede jurídicamente interferir en las libertades garantizadas. Cualquier acto de autoridad al efecto sería anticonstitucional, y, por tanto, nulo. Este tipo de garantías constitucionales son espacios (*libres*) de incompetencia del legislador y de los tribunales, puesto que tampoco existe un derecho absoluto por parte del poder del Estado para pronunciarse respecto de ese tipo de prerrogativas.

Es opinión dominante la idea de que “no existen derechos absolutos”, ni del gobernado ni del Estado. Sin embargo, si hay derechos que son tan esenciales para la vida de un gobernado y para la sociedad, que el mismo Estado tiene

impedimento para actuar; esto es, no puede interferir, pues de hacerlo, su actitud no iría sólo contra Derecho sino contra la existencia misma del ser humano, y por ende, el de la sociedad y del Estado.

Dichos derechos han sido denominados supuestos constitucionales inflexibles, pues de ellos se deduce que si bien el orden Constitucional otorga un derecho (ello a través de un permiso) para realizar determinada conducta, y otro ordenamiento los restringe, extiende o suspende, sería realizado de manera anticonstitucional, pues sólo el ordenamiento constitucional, y sólo él, puede hacerlo⁵.

Por otro lado, existen también hipótesis constitucionales en los que es admisible una extensión o restricción de derechos, definidos como **derechos constitucionales flexibles**. Entendemos por tales a aquellos en que de acuerdo con sus propios términos pueden ser modificados por el órgano legislativo ordinario mediante el procedimiento ordinario de formación de las leyes o interpretado por los tribunales.

Con lo anterior se puede formar esta conclusión intermedia:

No hay normas “puramente” permisivas, pues el permiso no constituye una modalidad independiente, sino la excepción o derogación a normas de mandato o la formulación indirecta de normas de mandato.

De esta guisa, se infiere que en Derecho hay una división de los actos: **a)** actos que han sido, y **b)** actos que no han sido regulados, es decir, mandados, prohibidos o permitidos. Los actos que no han sido sometidos a una norma son *ipso facto* no prohibidos. Si una persona actúa conforme a un permiso no puede acusarse de infringir la ley, pues a partir del **principio de no vulneración** se puede decir que: *en la medida en que algo es lícito, es ilícito impedirlo, estorbarlo*

⁵ El artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la facultad que tiene el Presidente de la República para suspender las garantías individuales, ello con acuerdo de los titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República y con aprobación del Congreso de la Unión, y sólo en los supuestos que la misma Carta Magna determina. En este sentido también puede consultarse FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El Estado de Excepción en el Derecho Constitucional Español*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1977, pp. 478.

u obstaculizarlo, pues se entiende que el derecho de alguien a algo acarrea un deber de los demás a ciertas abstenciones⁶.

2.2.3. Permisos en sentido fuerte y en sentido débil

Algunos autores coinciden en clasificar a los permisos en *fuertes* y *débiles*.

Un acto está permitido en *sentido fuerte* cuando:

- a) No está prohibido (*primera condición*), pero está sometido a norma (*segunda condición*), es decir, debe estar prohibido o bien ser obligatorio o mandado (nuevamente el ejemplo de las causas de justificación en derecho penal);
- b) La autoridad ha considerado su *status* normativo y decide permitirlo (una sola condición), siendo este el lugar en el que podemos ubicar el espacio libre de derecho del que aquí sirve como tema de tesis.

Por su parte, los *permisos débiles* son aquellos en los que existe la mera ausencia de una norma que regule determinado acto humano que no resulte relevante para el derecho, lo cual es traducido en el aforismo de que **“lo que no está prohibido está permitido”**.

Con todo, a los permisos se les ha traducido desde tres perspectivas: *permiso como tolerancia*, *permiso como derecho* y *permiso como habilitación*. Por ejemplo se dice que:

Si un padre le dice a su hijo que tiene permiso para bajar al jardín no parece difícil concordar en que el padre adquiere la obligación de no castigarle por ello en caso de que ejecute la acción de bajar al jardín o también en caso dado de que no lo haga.

Lo que hace entender entonces que la función normativa de los permisos es la de derogar prohibiciones (por derecho, por excepción o por habilitación).

Los permisos débiles pueden surgir por las siguientes razones: **a)** por defectos del legislador constitucional; o también, **b)** por razones objetivas, esto es, con posterioridad al establecimiento de las normas del sistema constitucional han

⁶ A dicho principio también le es conocido como “*principio de obligaciones sobrevenidas por derechos*”.

surgido nuevas circunstancias que el legislador no pudo prever. En ambos casos el Derecho no está o no estaba interesado en regular dichas conductas, por lo que tal comportamiento puede considerarse como una **conducta natural**⁷.

En conclusión podemos resumir lo anterior con el siguiente pensamiento:

De los permisos constitucionales **inflexibles** derivan prohibiciones al legislador, y en general a cualquier tipo de autoridad que se encuentre investida por el poder del Estado, para extender, restringir y suspender las garantías y derechos fundamentales del gobernado. El permiso constitucional está así en un plano justificativo superior, porque la fuerza expansiva de los permisos constitucionales no se agota en las correspondientes prohibiciones de interferencia. Las autoridades no pueden crear los valores sino simplemente reconocerlos; luego entonces, los permisos constitucionales no son sólo normas sino también juicios de valor y su fuerza expansiva es mayor a las normas de mandato.

3. La antijuridicidad

3.1. Concepto y naturaleza

Una vez considerado, hasta donde alcanzo, cuándo una conducta es jurídica, podemos abocarnos ahora a la antijuridicidad, la cual abordaremos a partir del concepto del Derecho⁸.

Históricamente la construcción del concepto de la antijuridicidad ha sido abordado desde tres perspectivas: la primera como contradicción al ordenamiento jurídico; la segunda como una lesión (detrimento) o puesta en peligro de los bienes jurídicos fundamentales; y, finalmente, como un concepto que sirve a la construcción sistemática del delito, es decir, como parte fundamental de la sistemática jurídico penal. De la anterior aserción se obtiene la triple naturaleza jurídica de la antijuridicidad, a saber: a) como contradicción de una conducta (por acción y omisión) con la norma jurídica; b) como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos penalmente relevantes; y, c) como concepto indispensable para la construcción sistemática del delito.

⁷ Una conducta natural es entendida como aquella conducta que no consiste en el ejercicio de un poder normativo.

⁸ Molina Fernández, ha considerado, igual que el que aquí escribe que “el concepto de la antijuridicidad debe buscarse a partir del concepto propio de derecho, determinando qué características definen la contrariedad al mismo”. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 47.

Sin embargo, se dice que un “hecho antijurídico es el que reúne las características materiales que, con arreglo al criterio del legislador, justifican su prohibición”⁹. Por otro lado, el Código Penal alemán en el parágrafo 11, inciso (1), número 5, refiere:

“Hecho antijurídico: sólo aquél que realice el tipo objetivo”¹⁰.

El Código Penal para el Distrito Federal establece que:

“ARTÍCULO 4 (Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material). Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal”.

¿Será esto así?, ¿cuál de los dos preceptos legales enuncian mejor la idea de antijuridicidad?, veámoslo a continuación.

3.2. Antijuridicidad formal y antinormatividad

Una conducta humana es considerada antijurídica, desde el punto de vista formal, cuando está comprendida en una figura de delito (tipicidad) y no lo está en ninguna de las eximentes (permisos fuertes) que se acostumbra llamar causas de justificación¹¹. También se dice que un hecho es antijurídico cuando, además de contradecir al orden jurídico, lesiona, pone en peligro o tiene aptitud para poner en peligro, según la previsión legal, bienes jurídicos tutelados por la ley penal¹².

Interminable es la lista de autores que han considerado el concepto formal de la antijuridicidad. Mencionamos a continuación algunos de esos autores con sus respectivas concepciones.

⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando... *Op. cit.* p. 58.

¹⁰ LÓPEZ DÍAZ, Claudia, *Código Penal Alemán (StGB), del 15 de mayo de 1871, con la sexta reforma del 26 de enero de 1998*, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 16.

¹¹ Ruben Quintino refiere que “lo común a toda causa de justificación es precisamente que (en casi todas) se presenta un *conflicto de intereses*, si esto es así, entonces la antijuridicidad es el campo en que se ofrece la solución a un conflicto presentado entre los intereses de cuando menos dos personas. Diccionario de Derecho penal, *Op. Cit.* p. 41.

¹² FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal, Introducción y parte general*, Duodécima edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 271.

Para von Liszt, por ejemplo, “el acto es *formalmente* contrario al Derecho, en tanto que es trasgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico.”¹³ Mezger por su lado expuso que “actúa antijurídicamente el que contradice las normas objetivas del Derecho.”¹⁴ Para Welzel, el creador de la teoría de la acción final, consideró que “la antijuridicidad (formal) es siempre la contradicción entre una conducta real y el ordenamiento jurídico.”¹⁵ Maurach dijo que “una acción es formalmente antijurídica cuando se haya en oposición a un mandato normativo contenido en una norma penal.”¹⁶ Jescheck, discípulo de Welzel, refiere que “antijuridicidad significa *contradicción con el Derecho*. Esta contradicción ha de entenderse del siguiente modo: el legislador establece para la protección de la convivencia del hombre en la sociedad preceptos vinculantes de comportamiento que se denominan normas jurídicas (...) Por ello, hay que ver la esencia de la antijuridicidad en un comportamiento contrario al deber de actuar o abstenerse establecido en una norma jurídica. A esta faceta se le denominó antijuridicidad formal, porque en ella únicamente se considera la oposición de la acción a la orden normativa.”¹⁷ Stratenwerth expuso que “la tarea del Derecho consiste en ordenar la vida social mediante normas que delimitan los comportamientos admisibles de los que no lo son. De esta manera, se elevan barreras dentro de las cuales el individuo puede decidir auto-responsablemente sobre la dirección que otorga a su vida; por el contrario, el traspaso de tales límites da lugar a la coacción jurídica y, se interviene en el ámbito de libertad de otro, inclusive genera derechos de defensa del afectado. El concepto de *antijuridicidad*, que ya de acuerdo con el sentido de la palabra señala una contradicción con el orden jurídico, se refiere

¹³ LISZT VON, Franz, *Tratado de Derecho penal, Tomo II*, 4ª edición, trad, de la vigésima edición alemana por Luis Jiménez de Asua y adicionado con el Derecho penal español por Quintiliano Saldaña, Madrid, Reus, 1999, p. 336.

¹⁴ MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal. tomo I*, trad. de la segunda edición alemana 1933 y notas del derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1957, p. 279.

¹⁵ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 60.

¹⁶ MAURACH, Reinhart y Hein ZIPF. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I, 7ª edición, trad. de Jorge Boffill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, supervisada por Edgardo A. Donna, editorial Astrea Buenos Aires, 1994, p. 421.

¹⁷ JESCHECK, Hans Heinrich, *Op. cit.*, p. 210.

precisamente al traspaso de las barreras puestas por el derecho”, por ello, los elementos del injusto “solo pueden ser aquellos que determinan la medida de la desviación del comportamiento con respecto a la norma.”¹⁸ Finalmente, para el precursor del funcionalismo menos radical, el teleológico racional o funcionalmente final, Claus Roxin, “una acción antijurídica es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una prohibición o un mandato legal.”¹⁹

Con lo arriba expuesto podemos concluir que la antijuridicidad es una característica calificativa de la acción y por cierto, la relación que expresa un desacuerdo entre la acción y el orden jurídico en su integridad²⁰.

De ahí precisamente la diferencia entre la antijuridicidad y antinormatividad, pues en esta última se trata de la contradicción que existe entre una conducta con una norma jurídico penal en concreto, mientras que en la

¹⁸ STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte General. “El hecho punible”*, traducción de la segunda edición por Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1976, pp. 67-69.

¹⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General...*, p. 558.

²⁰ Así lo ha interpretado el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, en el criterio de interpretación aislado 163 P, visible a fojas mil cuatrocientos veinte, Novena Época, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXI, Abril de 2005, Materia(s): Penal, de rubro y texto siguiente: *“INJUSTO PENAL. SU ACREDITAMIENTO ES UN PRESUPUESTO DE APLICACIÓN DEL DERECHO PUNITIVO Y REQUIERE LA JUSTIFICACIÓN NO SÓLO DEL ENCUADRAMIENTO TÍPICO FORMAL, SINO TAMBIÉN DEL ANÁLISIS DE ANTIJURIDICIDAD EN UN CONTEXTO NORMATIVO INTEGRAL. Para lograr la debida motivación respecto del acreditamiento de un delito, no basta con articular dogmáticamente una serie de razonamientos referentes a los componentes del delito en abstracto, entendidos como conducta, antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad, sino que dependiendo de cada supuesto ese contenido de motivación, particularmente por lo que se refiere al encuadramiento típico y a la presencia de la antijuridicidad de la conducta, amerita un estudio completo, en su caso, de la normatividad existente aun de manera complementaria en el ámbito integral de la legislación del Estado de que se trate, es decir, que cuando la figura delictiva se vincule con un comportamiento previsto u objeto de regulación en otros ámbitos de las ramas del derecho, además de la penal, ello hace indispensable para lograr el acreditamiento auténtico de la tipicidad conglobante, esto es, con la constatación de lo antijurídico, el que ese conjunto normativo se analice e interprete de manera sistemática, a fin de establecer, de ser el caso, cuál es la hipótesis conductual que realmente, por su nivel de afectación al bien jurídico, amerite ser digna del exclusivo universo de comportamientos penalmente relevantes. En otras palabras, la tipicidad y antijuridicidad penal presuponen, en casos como el que se menciona, que no cualquier comportamiento sea potencialmente encuadrable, sino únicamente aquel que descartado de los diversos ámbitos normativos, justifiquen la existencia del reproche penal. Lo anterior muestra mayor relevancia cuando la propia descripción típica de que se trate, ya sea de manera expresa o implícita, hace referencia, por ejemplo, a la “ilegalidad”, forma “indebida”, “ilicitud” o “incorrección” respecto del particular modo de ejecución del hecho, pues en tal supuesto se hará necesario confrontar el total de la normatividad a fin de establecer ese carácter que sin duda se traduce en un elemento normativo del propio delito en cuestión. **Precedentes:** Amparo en revisión 141/2004. 10 de septiembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Alma Jeanina Córdoba Díaz.*

antijuridicidad la contradicción surge, como ya dije, del análisis de la conducta con la totalidad del ordenamiento jurídico.

Hasta aquí algunos de los criterios más importantes que determinan la antijuridicidad formal y la distinción que de ella se hace con la antinormatividad. Estudiemos ahora la antijuridicidad material.

3.3. Antijuridicidad material

También interminable es la lista de autores que se han pronunciado al respecto, citamos algunos de ellos.

Empezamos de nuevo con Liszt para quien “el delito es, además, un acto *contrario al derecho*; es decir, un acto que, contraviniendo, formalmente, a un mandato o prohibición del orden jurídico, implica, materialmente la lesión o peligro de un bien jurídico. El acto es materialmente ilegal, en cuanto significa una CONDUCTA CONTRARIA A LA SOCIEDAD (antisocial). El acto contrario a Derecho es un ataque a los intereses vitales de los particulares o de la colectividad, protegidos por las normas jurídicas; por consiguiente, una lesión o riesgo de un bien jurídico.”²¹

Para Mezger “el contenido material del injusto de la acción típica y antijurídica es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (del objeto de protección, del objeto de ataque)”.²² Welzel, refiere que “una acción se convierte en delito si infringe el ordenamiento de la comunidad en algún modo normado por los tipos penales y puede serle reprochada al autor a título de culpabilidad.”²³ Maurach, por su parte afirma que “la antijuridicidad material alude al contenido del concepto de antijuridicidad y se relaciona con el bien jurídico protegido en la respectiva norma penal; de este modo, la consideración material del delito es

²¹ VON LISZT. *Op. cit.* p. 262 y 336.

²² MEZGER. *Op. cit.* p. 329

²³ WELZEL, Hans, *Derecho penal, parte general*, trad. Carlos Fontán Balestra editorial Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 57.

continuada mediante la determinación de contenido del juicio de antijuridicidad.”²⁴ Jescheck, afirma que “en sentido material una acción es antijurídica en atención al menoscabo del bien jurídico protegido por la correspondiente norma.”²⁵ Para Fontán Balestra, “la acción es sustancialmente antijurídica cuando, siendo contraria al Derecho, lesiona, pone en peligro o es idónea para poner en peligro un bien jurídico, según la extensión de la tutela penal al (sic) través de la respectiva figura.”²⁶ Rubén Quintino señala que la antijuridicidad material “se presenta cuando se pone en riesgo o se lesiona algún bien jurídico-penal.”²⁷ Y, finalmente, Díaz-Aranda, a partir del funcionalismo social, dice que materialmente una conducta es antijurídica cuando “la conducta típica generó una lesión o puesta en peligro del bien fundamental para la vida en sociedad”²⁸.

La concepción material de la antijuridicidad tiene una característica particular: todas hacen referencia al bien jurídico, ya sea que se lesione o ponga en peligro.

Por lo pronto, atendiendo a las anteriores transcripciones, tanto las de la antijuridicidad formal como de las de la material, podemos observar que no existe consenso para comprenderlas solas o de manera conjuntamente, veamos cuál es esa divergencia y cómo se explica.

3.4. ¿Antijuridicidad formal o material?

Hemos visto que al tratar de explicar los conceptos antijuridicidad formal o material parece que los tratadistas hacen referencia a dos conceptos de antijuridicidad totalmente distintos; sin embargo, esto no es así, ya que con dicha distinción tan sólo se hace reseña de dos aspectos o perspectivas de un mismo concepto. Esto es mejor explicado a través de diversas tesis que al respecto se han formulado, la

²⁴ MAURACH, Reinhart. *Op. cit.*, p.421.

²⁵ JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, parte general*, Trad, Doctor José Luis Manzanares Samaniego, cuarta edición, editorial Comares, Granada 1993, p. 211.

²⁶ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Introducción y Parte general*, décimo segunda edición, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, p.275.

²⁷ QUINTINO ZEPEDA, Rubén. *Diccionario...*, p.48.

²⁸ Díaz Aranda, *Derecho penal parte general, (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social*, coedición, Porrúa y UNAM, México, 2003, ps. 304 y 305.

tesis de la independencia, la de la correspondencia y la intermedia, mismas que a continuación se explican.

3.4.1. Tesis de la independencia

Para la tesis de la independencia, “la antijuridicidad material es un concepto sociológico en el que se evaluaría la lesividad social del hecho al margen de las concretas disposiciones del derecho positivo”.²⁹ Desde esta perspectiva, la antijuridicidad formal como la material, pueden concordar en sus contenidos, pero también discrepar, por lo que puede ocurrir que un hecho formalmente antijurídico no lo fuere materialmente, y a la inversa.

3.4.2. Tesis de la correspondencia

Por otro lado, Molina Fernández³⁰ sostiene que “entre la antijuridicidad formal y material, hay [...], una plena correspondencia”; es decir, “todo hecho formalmente ilícito es a la vez materialmente ilícito a la luz de lo que dispone el derecho”; concepto el cual comparto, pues como lo señala el autor en cita “la antijuridicidad debe responder a las necesidades sociales, y en esta medida los conceptos sociológicos o políticos de dañosidad social son fundamentales como referencia crítica del derecho positivo”; asimismo, “si la antijuridicidad se entiende como antijuridicidad penal, la situación es similar en cuanto a las valoraciones extrajurídicas, pero además, y ya desde una perspectiva estrictamente jurídica, la creación y derogación de tipos penales debe responder también a los principios y valoraciones que presiden el ordenamiento jurídico, de manera que sólo sea penalmente ilícito lo que deba serlo con arreglo a estos principios.”

Así la tesis de la correspondencia puede traducirse brevemente de la siguiente manera:

²⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Op. cit.*, p. 49.

³⁰ *Ibid.* p. 59.

“Si la antijuridicidad es un concepto jurídico y se determina por la contrariedad del hecho y el ordenamiento jurídico es su conjunto, entonces todo hecho formalmente antijurídico tiene un contenido material que es el que explica su prohibición, y todo hecho materialmente antijurídico sólo lo es si se corresponde con una prohibición formal”.³¹

3.4.3. Tesis intermedia (von Liszt)

A todo esto, existe una tesis intermedia, sostenida básicamente por Franz von Liszt, la cual admite que “un hecho en un mismo sistema jurídico podría ser formal pero no materialmente antijurídico, o al revés.”³²

Dicha teoría intermedia la podemos leer en el Tratado de Derecho penal de Liszt, donde señala que el “contenido material (antisocial) de la infracción es independiente de su exacta apreciación por el legislador. La norma jurídica se encuentra ante él; ella no lo crea. La ilegalidad formal u material pueden coincidir, pero puede también discrepar. No es presumible una contradicción semejante entre el contenido material del acto y su apreciación jurídica positiva, pero no es imposible. En caso de que exista, el juez está obligado por la ley; la rectificación del Derecho vigente está más allá de los límites de su misión”.³³

En conclusión:

La antijuridicidad de una conducta se constata, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes, con el disvalor de la acción y el disvalor del resultado.

Pues como lo expuso Jiménez Huerta “para que una conducta pueda considerarse delictiva, necesario es que lesione un bien jurídico y ofenda los ideales valorativos de la comunidad”³⁴.

³¹ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Op. cit.* p. 61.

³² *Idem.* p. 59.

³³ VON LISZT, *Op. cit.*, p. 337.

³⁴ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *La antijuridicidad y jurisprudencia novena época*, Ediciones jurídicas del norte, México, 1998, p. 9.

3.5. ¿Es la antijuridicidad un concepto propio del Derecho penal o un concepto genérico del Ordenamiento jurídico?

Como quedó expresado en líneas precedentes el orden jurídico es una unidad totalizadora en el que la antijuridicidad cumple la función de determinar la *litis* del conflicto, por ello, sería un error ceñirlo al campo de nuestra disciplina. Distinto es cuando se habla de injusto, pues en este caso, aunque también es frecuente que se utilice en el ámbito civil o mercantil, para el Derecho penal éste se compone de una conducta típica y antijurídica.

Por todo lo anteriormente dicho queda explicado por qué para determinar la antijuridicidad de una conducta típica, no debe procederse como lo preceptúa el aludido Código penal alemán, pues ha de tomarse en cuenta, no sólo el tipo o tipos penales sino la totalidad del ordenamiento jurídico. Así, se afirma que la antijuridicidad es una contradicción al orden jurídico en su totalidad y se niega, por consiguiente, la antijuridicidad especial penal³⁵.

3.6. La antijuridicidad vista como elemento práctico de la sistemática que sirve para resolver problemas penales

Antes de abordar esta problemática haré la siguiente precisión. Si entendemos, igual que Quintino Zepeda, quien cita por cierto en esta parte a Roxin, que “sólo la *acción* (primer nivel del delito) que configura un *tipo* penal (segundo nivel del delito) puede ser o no valorada como *injusto* (tercer nivel del delito)”³⁶, entonces, sería mejor hablar de injusto y no de antijuridicidad.

Ahora, desde el punto de vista sistemático, la antijuridicidad la han ubicado entre los predicados tipicidad y culpabilidad, y con la cual se hace un juicio sobre el hecho y no sobre el autor, el cual se reserva para la categoría de la culpabilidad. No obstante ello, se sostiene que “tanto la tipicidad como antijuridicidad, ambas, en sí determinan la prohibición de un comportamiento.

³⁵ Isidro De Miguel Pérez, refiere que “una conducta es antijurídica cuando se encamina en contra del derecho”. DE MIGUEL PÉREZ, Isidro, *Derecho penal, principios generales*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Carácas, 1963, p. 243.

³⁶ QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *Diccionario...*, p. 42.

Evidentemente, en los tipos penales se describen los comportamientos prohibidos, e igualmente es correcto decir que todo comportamiento antijurídico es un comportamiento prohibido”³⁷.

Así, los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo sostienen que existe una estrecha relación entre tipicidad y antijuridicidad, considerando así que la tipicidad abarca no sólo las circunstancias típicas del delito, sino también todas aquellas circunstancias que afectan a la antijuridicidad³⁸. Dicha teoría se basa en el supuesto de que la tipicidad, al describir la conducta prohibida, no sólo contiene una valoración abstracta de una acción, sino que la tipicidad igualmente contiene un concreto juicio de desvalor sobre la acción³⁹.

De esta manera es que se atribuye a la tipicidad una función exclusiva de la antijuridicidad: la función de desvalorar el acto del autor. Y para llevar a cabo esta desvaloración del acto a partir de la tipicidad, se requiere formular en el propio juicio del *tipo subjetivo*, es decir en el *dolo*, la pregunta en el sentido de si el autor tiene o no conocimiento de la ausencia de *todas* las causas de justificación; pero, todo esto, extendería con amplitud insólita el contenido del *dolo*, “pues se requeriría por parte del autor del hecho, un conocimiento de la ausencia de todas las causas de justificación, lo cual sería no sólo psicológicamente absurdo, sino además imposible si se refiere a la *totalidad* de los tipos de justificación⁴⁰”. Por todo ello, opina Quintino que “el error sobre los elementos fácticos de alguna

³⁷ *Idem*. En esta parte Rubén Quintino cita al maestro Ricardo Franco Guzmán, quien define al delito como una “*Conducta humana antijurídicamente típica, culpable y sancionada con una pena.*” dándole con esto a la antijuridicidad el primer lugar de análisis dentro de los elementos del delito; Quintino opina que “este cambio de posiciones, propicia ciertos cambios dogmáticos que dan lugar a una reestructuración general del delito, lo cual depende de qué se entienda por “antijuridicidad tipificada” (antijuridicidad recogida en el tipo legal)”; además, el joven penalista argumenta que “la prohibición de una conducta no queda garantizada con el sólo encuadramiento de la conducta en el tipo (tipicidad). Ello es así porque una conducta típica, pero justificada, en realidad no ha estado prohibida, a pesar de representar un comportamiento típico. Con dicha opinión estoy totalmente de acuerdo. También véase FRANCO GUZMÁN, Ricardo, *Delito e Injusto*, México 1950, p 29, 75 y 174.

³⁸ Entre otros véase GALLAS, Wilhelm, *La teoría del delito en su momento actual*, trad. Juan Cordoba Roda, edit. Bosch, Barcelona, 1959, p. 7 y 8, quien sostiene que “la subsunción en el tipo neutro valorativamente, no permite fundar aún la antijuridicidad. La tipicidad, sin embargo, proporciona indicios de ella, desde el momento en que la conducta descrita como delictiva será, por regla general, objeto también de prohibición.

³⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Op. cit.*, pp. 338 y 339. Jescheck no comparte la teoría en comentario.

⁴⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General...*, p. 191.

causa de justificación, es un error de tipo que excluye el dolo, y no un error de prohibición”⁴¹. Resumidamente se dice que “la teoría de los elementos negativos del tipo entiende que la ausencia de causas de justificación es un elemento (objetivo) del tipo”⁴².

3.7. La antijuridicidad y la culpabilidad

He dicho que desde el punto de vista sistemático, la antijuridicidad está relacionada, verticalmente, en forma ascendente y descendente con otras categorías del delito. Con respecto a la culpabilidad, trasciende que ésta relación es importante sobre todo para diferenciar a los autores de los partícipes, pues con dicha distinción, se explica el principio de *accesoriedad limitada*, así como aquellos casos de justificación o exculpación, de error de tipo o error de prohibición.

4. Antijuridicidad: requisitos para su constatación

Para poder comprobar objetivamente la existencia de la antijuridicidad se exigen dos requisitos básicamente: **a)** adecuación de una conducta a un tipo penal; es decir, la presencia de una *acción típica*; y, **b)** Que la acción típica no esté amparada por una causa de justificación⁴³.

Dicha comprobación es realizada a través del *juicio de antijuridicidad*, con el que se pretende evaluar si una acción típica es o no susceptible de calificarse como *acción típica desvalorada*. Tal desvaloración se obtiene de saber que a dicha acción típica no le asiste alguna causa de justificación; asimismo, es trascendente señalar que para dicho juicio de antijuridicidad son importantes tanto el *desvalor o disvalor de acción* (desvalor de intención, traducido en la idea de *qué quiso el autor*) y el *desvalor o disvalor de resultado*, (*qué hizo el autor*).

⁴¹ QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *Diccionario...* pp. 42-44.

⁴² ULLRICH, Paeffen, “*Observaciones del error de tipo permisivo*”, *Op. cit.*, p. 186.

⁴³ QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *Diccionario...*, p.45; PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, *Op.cit.*, pp. 376 y 377; en el mismo sentido *Op. Cit.*, Mir Puig, Santiago, *Derecho penal...*, p. 120 a 122.

Así pues, “para llevar a buen cause el denominado juicio de antijuridicidad se requiere de ciertos elementos, a saber: **1.** Que se trata de una acción típica; **2.** Que no existe ninguna causa de justificación; **3.** Que existe pleno desvalor de acción; **4.** Que existe pleno desvalor de resultado⁴⁴”.

5. Lo objetivo y subjetivo de la antijuridicidad

Como se ha dicho, la antijuridicidad, con Jhering, se trató de crear un *injusto objetivo* distinguible plenamente de la culpabilidad, que era entonces el *injusto subjetivo*⁴⁵. Desde entonces, hasta no haberse descubierto los *elementos subjetivos del injusto*, la antijuridicidad se definió desde un punto de vista meramente objetivo (como injusto objetivo, precisamente).

Por su parte, los elementos subjetivos del injusto han permitido evidenciar cómo el sujeto que se defiende de otro, necesita por ejemplo, *saber* que sin motivo está siendo agredido, y conforme a ello *querer* defenderse. Y si sucede esto, a pesar de que el sujeto erróneamente consideró ser agredido (error sobre los presupuestos fácticos de la defensa legítima), se puede decir que la antijuridicidad de su hecho es inobservable únicamente desde el punto de vista objetivo (antijuridicidad material) y que hay necesidad de atender a los elementos subjetivos del injusto antijurídico. De igual manera, imagínese el caso en que alguien *quiere* actuar antijurídicamente, y así lo hace, sin saber que durante su hecho estaba siendo amparado por alguna causa justificante.

6. Las causas de justificación.

Dado que algunos autores ubican a las conductas que se analizan en el espacio libre de Derecho, para descartar esta posición, a continuación analizó brevemente

⁴⁴ Quintino Zepeda, Rubén. *Diccionario...*, p. 47.

⁴⁵ “La posibilidad de separar la culpabilidad creando un ‘injusto objetivo’ fue ideada por Ihering”, SACHER DE KÖSTER, Mariana, *Evolución del Tipo Subjetivo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá-Colombia, 1998, p. 15.

lo que son las causas de justificación y las causas de exculpación, sin entrar desde luego a la amplia polémica que de ellas se desprende.

Así, brevemente de las primeras puedo decir, que las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad; dicho de modo más apropiado, las causas de justificación impiden calificar la antijuridicidad de un hecho. Entre las causas de justificación (escritas) se encuentran: la defensa legítima, el estado de necesidad justificante, el consentimiento justificante, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.

6.1. Las causas de justificación como excluyentes de la antijuridicidad

No es verdad que las causas de justificación excluyan la antijuridicidad de un hecho, más bien, las causas de justificación impiden que el hecho sea antijurídico; las causas de justificación le dan al hecho típico un carácter jurídico.

Si como generalmente se dice: las causas de justificación excluyen la antijuridicidad, es lo mismo que decir: la antijuridicidad existe o se presume ya desde la constatación del hecho típico, pero, si se presenta una causa de justificación, entonces, la antijuridicidad —previamente existente— se excluye. Desde luego, a pesar de que generalmente se dice: las causas de justificación excluyen la antijuridicidad, nadie defendería sin embargo lo que en sentido estricto ello significa.

Cualquier causa de justificación impide la antijuridicidad de un comportamiento, de un comportamiento que no obstante esté señalado como comportamiento típico-prohibido. Hay quienes sostienen que un comportamiento típico (prohibido) pierde su antijuridicidad (cuando en él opera una causa de justificación), esto debido a la falta de la existencia de un *interés preponderante*.

La justificación sobre la base del *principio del interés preponderante* significa que el Ordenamiento jurídico permite una acción peligrosa, porque valora más las posibilidades de salvación generadas por la peligrosidad que le es inherente.⁴⁶ En definitiva, las causas de justificación (casi todas) se deciden a

⁴⁶ RUDOLPHI, Hans-Joachim, “*El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal*”, en: *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*, Op. cit., p. 88.

partir de la *preponderancia de un interés sobre otro*, cuando los mismos están contrapuestos; en esta forma: *existe una causa justificante cuando del conflicto de dos intereses uno de ellos sobresale como socialmente más valioso*. La diferencia entre la ponderación de las causas de justificación y el espacio libre de derecho radica en que en este último se contraponen derechos fundamentales, al que se agrega un elemento diferenciador, la dignidad humana.

Al igual que la antijuridicidad, las causas de justificación derivan del Ordenamiento jurídico en general y no solamente de las causas de justificación escritas, esto demuestra el carácter general de la antijuridicidad y además confirma la no contradicción del Ordenamiento jurídico⁴⁷.

6.2. Causas de exculpación

Las causas de exculpación disculpan una culpabilidad existente, pero de escasa gravedad. En el primer capítulo dejé apuntado que algunos autores dan solución a algunos de los casos tratados bajo la teoría que propongo a este nivel de la teoría del delito.

6.3. Distinción entre causas de justificación y causas de exculpación

Las causas de justificación, a diferencia de las causas de exculpación, tienen las siguientes características:

- a) Impiden la imposición de penas y/o medidas de seguridad.
- b) Impiden la legítima defensa frente a un comportamiento justificado.
- c) Imposibilitan la participación, pues toda participación sobre una conducta justificada, queda impune.⁴⁸

6.4. Causas de justificación y política criminal

La *inserción* de las decisiones político-criminales en la dogmática penal, conlleva a entender la antijuridicidad, y con ello a las causas de justificación, a partir de

⁴⁷ El principio de legalidad no afecta a las causas de justificación no escritas, ello en razón de que las causas de justificación no determinan la aplicación de una pena, sino una restricción a la misma. En este sentido, Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Op. cit., p. 447.

⁴⁸ LARRAURI, Elena, "*Causas de justificación: criterios de identificación*", en: Justificación Material y Justificación Procedimental en Derecho Penal, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 51.

ciertos criterios *preventivo-especiales* y *preventivo-generales* de merecimiento y de necesidad de pena.

7. Coexistencia de dos o más causas de justificación

Hay concurrencia cuando un mismo comportamiento está justificado por varias causas de justificación, para ello, es innecesario que el autor tenga conocimiento de todas las causas de justificación que operan en su favor, por tanto, el comportamiento estará justificado aunque el autor sólo tenga conocimiento de una de ellas que lo ampara.

Relativo al tema, Jakobs acertadamente comenta lo siguiente: “Un comportamiento puede estar justificado por varias causas de justificación. La acumulación es importante cuando aquel de cuyo comportamiento se trata conoce sólo una de las situaciones justificantes; entonces está tan justificado como si hubiera conocido otras situaciones de justificación, o todas ellas acumuladas.”⁴⁹

8. Toma de postura

Una conducta puede ser considerada como antijurídica cuando, en contravención a la totalidad del ordenamiento jurídico, infrinja una norma penal y no exista otra que autorice o permita dicha transgresión. Por tanto, el injusto penal sólo estará integrado cuando se demuestre que *en un caso concreto* existe la infracción a la norma primaria y no se presente el aspecto negativo de la misma, esto es, que la conducta que infringe la norma penal no se presente como autorizada, permitida o justificada. De este modo, las normas primarias perfectamente pueden asociarse con lo que técnicamente se conoce como “*tipo de lo injusto*”⁵⁰.

No puede dejarse de apuntar que lo común a todas las causas de justificación es que estas se comprenden en la doctrina como *tipos permisivos*, que de presentarse en un caso concreto, cumplen con justificar el comportamiento

⁴⁹ JAKOBS, Günther, *Op. cit.*, p. 430.

⁵⁰ WESSELS, Johannes, *Derecho Penal Parte General*, tr. Conrado A. Finzi, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 38.

típico. Sin embargo, es un tema en extremo discutido el saber si el esquema “prohibido-permitido” puede o no adecuarse al tratamiento de las causas de justificación.

CAPÍTULO QUINTO

DERECHO PENAL Y PRINCIPIOS BÁSICOS QUE RIGEN EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

“El Derecho penal debe crear, mediante el rechazo de la violencia y la arbitrariedad, un espacio de juego dentro del cual se pueda decidir libremente y adoptar sus resoluciones según su propia discrecionalidad. Por ello, el Derecho penal no sólo limita, sino que también crea libertad.”

Jescheck, Hans Heinrich, Tratado de derecho penal.

Sumario:

1. Alusión a los presupuestos. 2. Aspecto fenoménico-normativo del actuar delictivo. 3. Derecho penal como ciencia. 4. El problema y el sistema en el Derecho penal. 5. Principios del Derecho penal. 5.1. Principios básicos: a) *accesoriedad*, b) *fragmentariedad*; y, c) *ultima ratio*. 5.2. Principios complementarios. 5.2.1. Principio de tipicidad. 5.2.1.1. Principio de tipicidad inequívoca. 5.2.2. Principio de proporcionalidad. 5.2.3. Principio de responsabilidad subjetiva. 5.2.4. Principio de retroactividad de norma favorable. 5.2.5. Principio acusatorio. 5.2.6. Principio *ne bis in idem* o *non bis in idem*. 5.2.7. Principios de certeza y seguridad jurídica. 5.2.8. Principio *in dubio pro reo*. 5.2.9. Principio de presunción de inocencia. 5.2.10. Principio de legalidad. 5.2.11. Principio de acto. 5.2.12. Principio *non reformatio in peius*. 6. Análisis estructural del delito. 7. Presupuestos especiales y generales del injusto. 8. Ecuación dogmática o estructural del delito. 9. Circunstancias generales y especiales del delito. 10. Conclusiones de este apartado.

1. Alusión a los presupuestos

De lo aducido hasta ahora debo decir que la exposición no ha provocado mayor problema, pues lo único que hice en los capítulos anteriores fue tomar postura de lo aseverado por otros autores de la doctrina, así como interpretar la ley, asumir y criticar algunos criterios de jurisprudencia que han emitido los tribunales de nuestra Nación; todo con una sola intención, dar sustento al trabajo que aquí me ocupa.

De esta manera, por ejemplo, respecto del concepto del derecho hice mía la postura de Bernal Pulido, quien, retomando ideas de su maestro Robert Alexy, considera que, para su integración, el Derecho no ha de conformarse ya exclusivamente por un conjunto de normas de estructura tradicional, las cuales tienen como única forma de aplicación la subsunción, sino que, además, ha de agregarse a ello un conjunto de principios, que tienen como ejemplo los derechos fundamentales y su forma de aplicación la ponderación, bajo la fórmula de peso.

Lo anterior es así, porque, tomando en cuenta que vivimos en una sociedad que se distingue por la complejidad y los riesgos plurales, la primera idea resulta ya insuficiente¹ –esto es, considerar al Derecho, *in genere*, y con ello al Derecho penal, sólo como un conjunto de normas de estructura tradicional–, pues tal concepción limita al abogado a analizar un caso en el ámbito de Derecho penal más o menos de la siguiente forma:

a) primero, cuando presumimos que una conducta es relevante, verificamos si ésta se encuentra descrita por el legislador en una ley –penal– (verificación del tipo);

b) luego, se procede a la adecuación típica, objetiva y subjetivamente, esto a través de un procedimiento de subsunción de la conducta al tipo, no del tipo a la conducta (tipicidad);

c) seguidamente, ha de constatarse, negativa o positivamente –lo último en los tipos abiertos como lo propone Roxin–², su antijuridicidad, analizando si el comportamiento actualizado no se encuentra amparado por alguna de las causas de justificación previstas en la ley penal; ya que si esto no sucede, la conducta es considerada contraria a Derecho, y por tanto, relevante en el ámbito de nuestra disciplina;

d) finalmente, debe analizarse si en la conducta típica y antijurídica quedan actualizados los presupuestos normativos de la culpabilidad para poderla reprochar a su autor.

Debo decir, sin embargo, que tal dicho proceder (la subsunción) no es propio del penalista, sino de todos aquellos que de alguna forma practican cualquier otra vertiente del Derecho (civil, mercantil, etc., que desde ya, aquí no importan), la cual, por supuesto, no comparto, ello por la razones que mas adelante expondré³.

¹ En este sentido Roxin señala que “...no puede negarse que la limitación del Derecho penal a la protección subsidiaria de bienes jurídicos, ya no puede hacer justicia a las exigencias de un moderno Derecho penal. Esto tampoco sorprende si se piensa que esta concepción tiene sus bases espirituales en la época de la Ilustración (es decir tiene una antigüedad de más de 300 años) y ya por eso no puede solucionar todos los problemas que han sido creados por el desarrollo posterior de la ciencia, la técnica y la industria”. Roxin, Claus, *¿Qué puede reprimir penalmente el Estado?, acerca de la legitimación de las conminaciones penales*, en Problemas actuales de Dogmática penal, trad. Manuel A. Abanto Vásquez, Edit. ARA editores, Lima-Perú, 2004, p. 42.

² Roxin, Claus, *Teoría del tipo penal, tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, trad. Enrique Bacigalupo, edit. Depalma, Argentina, 1979, p. 6 y ss.

³ Véase el criterio de jurisprudencia 100/2006, emitido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, derivado de la Acción de Inconstitucionalidad 4/2006, propuesto por el Procurador General de la República, de rubro y texto siguientes: “*TIPICIDAD. EL PRINCIPIO RELATIVO, NORMALMENTE REFERIDO A LA MATERIA PENAL, ES APLICABLE A LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS. El principio de tipicidad, que junto con el de reserva de ley*

Por lo que hace a la norma jurídica, me ceñí al criterio de Mir Puig⁴, quien en contestación a una crítica formulada por Ruiz Manero y Manuel Atienza, concluye que tanto en la norma primaria como en la secundaria se da una valoración-determinación.

En el ámbito de la juridicidad-antijuridicidad (“anti”juridicidad), y después de haber analizado el pensamiento de algunos penalistas, así como de autores como Kelsen y Bulygin –estos últimos en lo que hace a los permisos–, expuse que la antijuridicidad es un concepto de la sistemática en donde se encuentra el punto controvertido (la *litis*) y, desde luego, donde surge solución a los conflictos que se generan entre los hombres, aunque no específicamente los del derecho penal, y que para las causas de justificación no es suficiente la idea de la ponderación de los bienes, ni lo objetivo y subjetivo de éstas, sino un poco más.

Por todo lo anterior, en este capítulo me propongo analizar, críticamente, los principios que deben regir en el derecho penal de un Estado Social y Democrático de Derecho del que mucho se habla. Con todo, también aquí deseo agregar algunas ideas que complementarían mi propuesta.

2. Aspecto fenoménico-normativo del actuar delictivo

Comienzo por aducir que el problema de la criminalidad es multifactorial, por lo que la raíz en la que habrá de buscarse una solución a la delincuencia es muy

integran el núcleo duro del principio de legalidad en materia de sanciones, se manifiesta como una exigencia de predeterminación normativa clara y precisa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. En otras palabras, dicho principio se cumple cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción y de la sanción; supone en todo caso la presencia de una “lex certa” que permita predecir con suficiente grado de seguridad las conductas infractoras y las sanciones. En este orden de ideas, debe afirmarse que la descripción legislativa de las conductas ilícitas debe gozar de tal claridad y univocidad que el juzgador pueda conocer su alcance y significado al realizar el proceso mental de adecuación típica, sin necesidad de recurrir a complementaciones legales que superen la interpretación y que lo llevarían al terreno de la creación legal para suplir las imprecisiones de la norma. Ahora bien, toda vez que el derecho administrativo sancionador y el derecho penal son manifestaciones de la potestad punitiva del Estado y dada la unidad de ésta, en la interpretación constitucional de los principios del derecho administrativo sancionador debe acudirse al aducido principio de tipicidad, normalmente referido a la materia penal, haciéndolo extensivo a las infracciones y sanciones administrativas, de modo tal que si cierta disposición administrativa establece una sanción por alguna infracción, la conducta realizada por el afectado debe encuadrar exactamente en la hipótesis normativa previamente establecida, sin que sea lícito ampliar ésta por analogía o por mayoría de razón.”

⁴ En este sentido véase Mir Puig, *Valoraciones, normas y antijuridicidad*, Doxa, www.criminet.com.

profunda, y no ceñirse así a la dogmática penal o la ley⁵, pues éstas, vistas de forma aislada, no solucionan nada.

La explosión demográfica, por ejemplo, aunado a la falta de solidaridad de la sociedad y la escasez de los productos que satisfagan las necesidades primarias —dignas de todo hombre—, y la globalización del mundo, entre otras, son factores que favorecen el conflicto, pues sabido es que la humanidad tiene como características esenciales el intercambio, la colaboración y la confianza recíproca⁶, y al no actualizarse estos presupuestos surge como consecuencia dicho trance.

Sin embargo, insisto, su evitación no es una tarea propia del derecho, sino —conjuntamente— del orden social y del jurídico en su integridad. En este último aspecto, el Estado primeramente hecha mano de las otras ramas que componen el orden jurídico, tales como el Derecho administrativo, civil, laboral, etc, y al no encontrar solución satisfactoria, el Soberano da cabida a la *ultima ratio*, pero habrá de hacerlo bajo los principios que lo rigen y los avances de la ciencia, por ser este instrumento el que más hace sufrir una disminución de sus bienes jurídicos al autor, al utilizar la pena criminal; aunque, para ser sinceros, es el Derecho penal el que realmente garantiza la convivencia, la paz y el progreso de cualquier sociedad, para decirlo mejor, es un mal necesario, pero no por eso debe abusarse de su aplicación arbitraria.

Esa es la razón por la que este instrumento represivo, no puede configurarse con independencia de la existencia del orden en que se pune ni de la comprensión de su sentido, pues, para ser reiterativo, el poder punitivo ni puede ser ejercido de cualquier modo y sin cualquier consideración de su alcance, sino en base a principios bien establecidos que legitimen su aplicación, para lo cual resulta útil la ciencia del Derecho. Por ello, en lo que sigue, voy a exponer cómo,

⁵ Desde mi punto de vista la fuente directa del Derecho penal no es sólo la ley positiva, sino que para el análisis y aplicación del derecho ha de tomarse en consideración también las circunstancias culturales que en cada época prevalezcan, y que sirvan de base para normar el criterio de aplicación del *ius puniendi*.

⁶ Así por ejemplo véase Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, Trad. Miguel Olmedo Cardenete, Quinta edición, Edit. Comares, Granada-España, p. 2.

desde mi punto de vista, debe configurarse la realidad social mexicana a través del Orden penal y sus principios.

Parto por considerar que el Derecho penal tiene como fin proteger la convivencia de las personas en sociedad, evitando, por un lado, la comisión de futuras infracciones a la norma y, por otra, reprimir aquéllas que han acaecido, con una sola intención, reinsertar al delincuente a la sociedad. Pero ¿puede alcanzarse esta última cuestión cuando el legislador en su “*labor*” califica cada vez más tipos –que trae como consecuencia el agravamiento de las penas– y crea otros tipos de delitos (expansión irracional del derecho penal)?, yo creo que no, pero esta es una discusión a la que aquí no le daré mayor relevancia.

Llegados a este punto se puede advertir que, de todas las actuaciones que de manera natural el hombre ejecuta en la vida cotidiana, al derecho sólo le interesan aquellas que son lesivas de los bienes jurídicos y que se encuentran además previamente prohibidas o permitidas en una norma jurídico penal cualquiera -luego explicaré esto último-. Hay que decir que no todas las conductas que lesionan bienes jurídicos están prohibidas ni todas las que están prohibidas lesionan bienes jurídicos, necesariamente, por lo que lo ideal es que éstas quedaran al margen del análisis en los tribunales; todavía más, hay conductas que aún de lesionar voluntariamente bienes jurídicos o infrinjan la norma primaria, en su parte valorativa, ni encuentren amparo en alguna de las causas de justificación, tales conductas han de ser consideradas no *prohibidas-no permitidas*.

Ahora bien, en una primera aproximación, debe considerarse que “el derecho penal no es todo el control social, ni siquiera su parte más importante, sino sólo la superficie visible de un *iceberg*, en el que lo que no se ve es quizá lo que realmente importa⁷”. El Derecho es un todo organizado, por lo que no hay un Derecho penal, otro civil, laboral, etcétera, sino que el Derecho es un todo, integrado por todas las normas de un sistema jurídico, es un orden en donde las cosas están colocadas en el lugar que les corresponde, pero que se encuentran íntimamente relacionados.

⁷ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed, revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995, Tirant lo blanch. Valencia, 1996, p. 27.

Por ello, el Derecho penal, para efectos prácticos, es definido como “el conjunto de normas de Derecho público que determinan el delito, las penas, y las medidas de seguridad aplicables⁸”. Hans Welzel lo define como “aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas y medidas de seguridad⁹”. El maestro español, exiliado argentino, Don Luis Jiménez de Asúa expuso que el Derecho penal es el “conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora¹⁰”.

Cabe destacar que el nombre del Derecho penal surge a partir de la *consecuencia* principal¹¹ que resulta del desacatamiento de sus normas, tal consecuencia principal es la *pena*, de ahí la denominación: Derecho penal. No obstante, Roxin señala que “la denominación correcta debería ser *Derecho penal y de medidas de seguridad*, pues la pena no es la única consecuencia que surge de la infracción de las normas del Derecho penal, sino también las medidas de seguridad¹²”.

Desde esa perspectiva, el objeto del *ius puniendi* lo forman las normas jurídico penales, las cuales están compuestas, como ya se vio, de dos elementos: **a)** supuesto de hecho y **b)** la consecuencia jurídica o sanción¹³. En el supuesto de hecho está descrita la figura delictiva a la que se refiere la norma penal; tal precepto funciona *positiva* o *negativamente*, según sea que *mande* o *prohíba* un

⁸ QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *Diccionario de Derecho penal*, Edit. Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, México, 2004, p 212.

⁹ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte General*, cuarta edición castellana, décima primera edición alemana, Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1993, p. 1

¹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. 7, tercera reimpression, editorial Harla, México, 1997, p. 2.

¹¹ *Idem*.

¹² Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General...*, p. 44 y ss.

¹³ En este aspecto también Filippo Gramática, quien al analizar el contenido de la norma penal señaló que ésta consta de dos elementos: el precepto y la sanción. “*El precepto expresa la disposición, la prohibición o el permiso referidos a la conducta. La sanción denota el efecto de la inobservancia de tal precepto contenido en la norma, siendo por eso, la sanción, propia de la norma penal.*” Gramática, Filippo, *Principios de Derecho penal subjetivo*, trad. Juan del Rosal y Víctor Conde, edit. Reus, Madrid-España, 2003, p. 13.

comportamiento humano. Por otro lado, la *sanción* incluye la punibilidad, es decir, la pena y/o medida de seguridad aplicables al delito de que se trate. Concluyentemente podemos decir que la finalidad del Derecho penal, consiste en estabilizar el sistema penal normativo que han sido quebrantado¹⁴.

3. Derecho penal como ciencia

“La ciencia dogmática del derecho penal es una ciencia prácticamente aplicada que estudia el contenido de las normas jurídicas vigentes, su interpretación y aplicación a la vida real, así como a la ordenación sistemática de los diversos sectores de normas del derecho positivo. Específicamente, tiene por objeto el orden jurídico dado en una sociedad y época determinada¹⁵”. La dogmática está dirigida a promover la solución de problemas jurídicos concretos mediante la correcta interpretación de las normas jurídicas, y a garantizar, mediante la aplicación de los resultados logrados, el adecuado tratamiento jurídico de los casos de la vida real que hay que regular.

Pero, qué pasa con esta concepción en la realidad. En los pasillos de la práctica del Derecho penal mexicano algunas veces se comenta que el doctrinario o científico del derecho, es un ser que vive en un mundo de ideas del que le es difícil descender. Que sabe mucho, pero que ese conocimiento (dogmático), desafortunadamente, no puede aplicarse –bajarse dicen ellos– en la *realidad práctica*, habida cuenta del extranjerismo del que procede el movimiento, pues no resulta congruente con la realidad social de nuestra Nación. En lo anterior, quizás haya un poco de razón, aunque no totalmente, veamos por qué.

Para quienes algún día hemos tenido la oportunidad de leer el escrito de algún insigne tratadista, nacional o extranjero, que a su lectura nos haya provocado cierto entusiasmo por la forma científica en que expone sus ideas, lo arriba expuesto resulta contundente –sobre todo para los que iniciamos el camino en esta bella profesión– para pensar seriamente en no volver a tomar un libro más

¹⁴ En esta parte del discurso no entramos a la discusión respecto si la misión del Derecho penal es proteger bienes jurídicos, valores ético-sociales o únicamente la norma penal quebrantada.

¹⁵ Op. cit. Henkel, H., Introducción..., p. 1.

y dedicarse a aprender y aprehender la profesión desde la práctica exclusivamente.

Con todo, ya en la *práctica*, nos damos cuenta que, no obstante dicha excitación, invariablemente, tanto el resolutor como el solicitante del derecho en los tribunales, actúan de tal modo que, pretendiendo o no, dan solución a los casos siguiendo la sistemática de alguna de las corrientes doctrinarias que, aunque no de forma exclusiva, nos ha sido heredada por los alemanes con la creación del sistema Liszt-Beling¹⁶.

Luego entonces, *¿Qué sucede, por qué ese reniego a la dogmática?!* No será más bien lo que se pretende es justificar el desconocimiento de la evolución científica¹⁷ sin reconocer nuestro atraso en las ideas penales.

Lo que es cierto es que, dadas las características de la sociedad que nos ha tocado vivir, el penalista no puede seguirse resistiendo a, siquiera una reflexión, de los avances que la ciencia del derecho penal aporta, y así ambicionar la aplicación de un derecho penal más actual en cuanto a la ciencia se refiere, dejando atrás la cerrazón a no querer admitir los avances con argumentos que no justifican de entrada dicha negativa, pues tal actitud sería tanto como pedirle a un

¹⁶ En la práctica los tribunales, para emisión de algunos criterios, han seguido alguna de las corrientes doctrinarias como el causalismo, finalismo o funcionalismo.

¹⁷ Ya el maestro universitario Don Luis Garrido, en el prólogo que realizo de la primera edición a la obra de otro insigne penalista mexicano como lo fue Don Celestino Porte Petit Candaudap (Programa de Derecho penal), señaló que: *“...algunos miembros de la judicatura se moñan de las doctrinas científicas, refugiándose en un conocimiento imperfecto de los códigos, sin alcanzar a comprender que no bastan los rígidos y fríos artículos de una ley para administrar justicia, sino que se requiere una capacidad para interpretarla recta y humanamente, lo cual sólo se logra mediante la cultura jurídica.”*

De igual manera el maestro, ex ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Don Ignacio Villalobos, señaló, en el prólogo de la primera edición de su Derecho penal mexicano (1948), que: *“si se pretende que el jurista no sea un mero elemento conservador sino, por el contrario, un factor apto para impulsar la evolución del Derecho Positivo, habrá que despertar el entusiasmo por las innovaciones, por los adelantos en ese terreno; si bien encareciendo el espíritu crítico que discierne lo racional y lo justo de lo simplemente nuevo, pues sólo de esta suerte se alcanza el progreso, sin ahogarse en el constante malestar y los continuos trastornos de quien gusta de “romper los viejos moldes” sin estar preparado para crear nada nuevo; o implanta sistemas caducos y abandonados históricamente, por el hecho de que, para él, resultan una novedad y un descubrimiento.”*

Finalmente, mi maestro, el Doctor Enrique Díaz-Aranda, expone el siguiente pensamiento: *“Una de las críticas más comunes a la doctrina es su alejamiento de la realidad, por lo cual se llega a afirmar que la teoría del delito es sólo una elucubración mental ¡Nada más alejado de la realidad! Quienes critican de esta manera a la teoría en el fondo la desconocen...”*. Cfr. Díaz-Aranda, Enrique y otros, *Manual Teórico-Práctico en materia penitenciaria y de la defensa penal*, Edit. por el Gobierno del Estado de Hidalgo, México, 2005, P. 163.

médico que siga realizando las intervenciones quirúrgicas bajo los procedimientos que se utilizaban hace cien o cincuenta años, lo cual, desde luego, resultaría inaceptable para esa ciencia. Sin embargo, no es mi propósito, al proponer esta investigación, iluminar al mundo con ideas nuevas o concepciones brillantes ni enriquecer la doctrina penal, demasiado divulgada ya por muy valiosa y abundante literatura, sino sólo destacar una inquietud personal, de cómo es que podría minimizarse la utilización del *ius puniendi* y con ello también la criminalidad; acaso también sugerir una aclaración sobre puntos mal comprendidos y aun discutir, por vía de la investigación, lo que parezca inaceptable o erróneo.

Lo que es cierto es que el penalista no debería tener esa actitud negativa ante tal pronunciamiento, pues como se ha dicho, la dogmática penal es una ciencia práctica; entonces, toda dogmática que no sirva para los fines prácticos es infructuosa. Aunque lo común es que se emita un juicio de autoridad para negar, sin entrar concienzudamente al tema del que se hable, lo que con argumentos científicos se propone que se conceda¹⁸.

¹⁸ Así por ejemplo véase el criterio de interpretación I.10º P. emitido por el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, visible a páginas mil quinientos cuarenta y cinco, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, tomo XVIII, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Agosto de 2003, J/1, Jurisprudencia, Materia(s): Penal, de rubro y texto siguientes: *“DOLO GENÉRICO. SU ANÁLISIS DEBE HACERSE AL EXAMINARSE LA CULPABILIDAD (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). No es legalmente aceptable que la Sala responsable analice el dolo genérico tanto en el injusto como en la responsabilidad penal, pues con independencia de que este tribunal de amparo considera respetable su posición ideológica welzeniana, o su simpatía con la llamada doble posición del dolo (doppelstellung), sea en el tipo o en la culpabilidad, sostenida por Jescheck, el legislador mexicano, desde el tres de mayo de mil novecientos noventa y nueve, consideró que el dolo debe estudiarse en la culpabilidad y así lo estableció en las reformas al artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; por lo que debe estarse a lo que disponga la ley y no a lo que digan respetables doctrinarios.”* Es importante destacar que el debate doctrinal no puede quedar al margen de un argumento autoridad como el que realizó dicho Tribunal, pues éste en su considerando “SEXTO” de manera tajante dijo: *“Antes de analizar la responsabilidad penal del quejoso, conviene aclarar a la responsable que es equivocado su análisis del dolo en el tipo, pues con independencia de que este tribunal de amparo considera respetable su posición ideológica welzeniana, o su simpatía con la llamada doble posición del dolo (doppelstellung), sea en el tipo o en la culpabilidad, sostenida por Jescheck, el legislador mexicano, desde el tres de mayo de mil novecientos noventa y nueve consideró que el dolo debe estudiarse en la culpabilidad y así lo estableció en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; por lo que se debe de estar a lo que disponga la ley y no a lo que digan respetables doctrinarios; sin que tal consideración trascienda al resultado de la presente resolución, puesto que al acto reclamado no le hacen falta sino le sobran motivaciones adecuadas.”*

Tampoco podemos empecinarnos en trasladar aquéllos avances que no guardan congruencia con nuestra realidad, pues cada sociedad, como es sabido, tiene características que le son inherentes, por lo que será desde estas mismas donde debe partir toda investigación científica del derecho, si se pretende que ésta sea útil.

4. El problema y el sistema en el derecho penal

El fin primordial de esta investigación es el intento por superar el positivismo jurídico que impera en nuestro derecho mexicano, según el cual, la tarea del jurista consiste en interpretar el derecho a través de un sistema cerrado, conforme a principios lógico deductivos y los preceptos concretos de la ley.

Así, parto por dejar de restarle importancia al sistema y tampoco sustituir éste por el pensamiento problemológico. Lo anterior porque el pensamiento problemático en el que la solución se deriva de la respectiva estructura de los factores que sirven de base al problema y no de los axiomas previamente dados de un sistema determinado por el procedimiento de la deducción lógica, no siempre resulta congruente, y, además de que tal dicho proceder nos lleva, a veces, a dar solución a los casos bajo una idea de justicia material a costa de la violación de garantías del procesado.

Por tal motivo mi tendencia será la de analizar los asuntos penales penetrando en el problema sin renunciar al sistema, pues, considero, el pensamiento problemático tiene que desembocar, si se quiere mantener el carácter científico de la actividad jurídica, en un sistema: el pensamiento sistemático tiene que estar orientado, si se quiere encontrar la solución justa de un caso, en el problema, pero fundado en el problema.

De esta guisa, continuando con mi argumentación, digo, con Bern Schünemann, que el sistema científico es una ordenación lógica de los conocimientos particulares, es decir, una ordenación y regulación del saber existente, así como la averiguación de las contradicciones que se den y disponibilidad permanente de dicho saber en forma orientada al problema. El

sistema es imprescindible para cualquier construcción sistemática, dado que un razonamiento asistemático, no es posible en la ciencia del derecho, porque su objeto –las relaciones sociales de los hombres- de antemano sólo puede ser aprehendido mediante el lenguaje ordinario.

Por lo anterior, una renuncia a toda construcción jurídica sistemática significaría que la solución de los conflictos sociales permanecería en el ámbito del obrar cotidiano y en el marco sistemático del lenguaje ordinario que lo expresa y conforma; por tanto, tendría lugar mediante la pluralidad de opiniones y puntos de vista, de argumentos y reflexiones, de conceptos y de resultados que pueden encontrarse aquí. En el sistema axiomático el conocimiento científico se retrotrae a un número limitado de formulas fundamentales (axiomas) de las que pueden derivarse todos los restantes enunciados por los medios de la lógica deductiva y que deben cumplir tres exigencias básicas:

1. *Ausencia de contradicción* (ningún axioma puede contradecir otro axioma)
2. *Independencia* (ningún axioma puede ser derivable de otro), y
3. *Plenitud* (todo el saber necesario para la derivación de los enunciados particulares debe hallarse contenido en los axiomas).

Este tipo de sistemática es conocida como sistema cerrado, la cual no ha cubierto las expectativas puestas en ella por la ciencia jurídica. Así, lo ideal para la ciencia del derecho penal es un tipo de sistema abierto, el cual no debe prejuzgar las cuestiones jurídicas aún no resueltas, sino que las canalice para que se planteen en los términos correctos; de modo que, en todo caso, garantice orden y ausencia de contradicciones en el conjunto de problemas jurídicos que están resueltos, cada vez para más largos períodos de tiempo. Para el desarrollo de este tipo de sistema, la ciencia jurídico penal ha establecido un sistema conceptual cuyos materiales integrantes vienen dados por términos jurídicos definidos de modo exacto, en parte por descripciones tomadas del lenguaje ordinario y precisadas parcialmente en sentido jurídico y en parte por predicados puramente valorativos completamente indeterminados en cuanto al contenido.

La opción de un sistema abierto implica que el conocimiento existente se dispone en un orden removible en cualquier momento; y por otro, que los casos

y problemas todavía no advertidos no se juzgarán sin reparos por el riesgo rasero, sino que siempre habrá ocasión para modificar el sistema dado. El alcance de este tipo de sistema depende únicamente de sus cualidades y principios en cuanto al contenido, esto es, de cuántos puntos de vista hayan sido tenidos en cuenta a la hora de su construcción y de cuándo un nuevo estado de cosas muestre también nuevos aspectos de valoración. Por ello, a continuación reproduzco algunos de los principios más importantes bajo los cuales se tiene que regir todo orden jurídico penal de un Estado Social y Democrático de Derecho.

5. Principios del Derecho penal

Como ya quedó apuntado, para prevenir y reprimir las conductas transgresoras de los bienes jurídicos fundamentales, el Estado cuenta, entre otros instrumentos de control, con el Derecho penal, del cual sólo puede y debe echar mano cuando ya no le funcionan otros medios de control ético, social y jurídico; es decir, sólo cuando sea *estrictamente necesario*.

Es por ello que tratadistas y prácticos se han esmerado en indagar e implantar una serie de principios observables, tanto en la dogmática penal como en el proceso. Fernández Carrasquilla explica que “estos principios son formulaciones generalísimas y abstractas de los que no puede separarse ninguna práctica (teórica o judicial) del derecho penal positivo...”, ya que éstos, “sirven para determinar (y detectar) la orientación ideológica y funcional del sistema penal y para manejar las normas penales y controlar su alcance, racionalidad y legitimidad”¹⁹.

A un principio, en forma general, se le entiende como la causa primera de todas las cosas, por lo que resultan inobjetables (axiomas), asimismo, un principio juega, dentro del Derecho penal, una función de trascendental relevancia, ya que es a partir de ellos que deberá iniciar todo razonamiento e investigación de las causas criminales.

¹⁹ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal fundamental. Tomo II*, segunda edición, Temis, Bogotá, 1989, pág. 7.

Los principios jurídico penales son formulaciones conceptuales abstractas, no reductibles a otros conceptos del derecho penal (como acción, tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad), de los que deriva o en los que se funda todo conocimiento y toda norma jurídico penal y de los que, en consecuencia, no puede separarse ninguna práctica (teórica o judicial) del derecho penal positivo.

Los principios normativos y las normas rectoras del Derecho penal muestran el fundamental, originario e indivisible punto de contacto permanente entre el derecho penal positivo y la política criminal y evidencian que el primero no es otra cosa de realizar la segunda en la vida institucional del Estado de Derecho.

De ahí se infiere que los principios de que se trata sirven para determinar y detectar la orientación ideológica y funcional de sistema penal y para manejar las normas penales y controlar su alcance, racionalidad y legitimidad. Manejando de modo coherente los principios sabemos de dónde provienen las instituciones penales, hacia dónde va la práctica del derecho penal, cuál es la orientación del sistema y del cual parte el derecho positivo, qué es lo que verdaderamente pretenden las normas penales y, sobre todo, cuál es el marco de referencia dentro del cual forzosamente ha de moverse cualquier interpretación de las normas subordinadas. No haya derecho penal sin principios, pero sí con malos principios, y en él siempre *“a mal principio, mal fin”*.

A continuación veremos pues, cuáles son esos principios que deben operar en el análisis de un caso en el derecho penal.

5.1. Principios básicos: a) accesoriadad, b) fragmentariedad; y, c) ultima ratio

“El Derecho penal presenta las siguientes características:²⁰ es *accesorio* (*principio de accesoriadad*), porque protege bienes jurídicos que deben su existencia a valoraciones precedentes y procedentes de otros ámbitos del Derecho (por

²⁰ SCHÖNE, Wolfgang, *“La protección del hombre en el mundo moderno (algunas consideraciones sobre el papel del Derecho penal)”*, Cuadernos de la Facultad de Derecho, núm. 12, Palma Mallorca, 1985, p. 52.

ejemplo del Derecho constitucional). Es *fragmentario* (*principio de fragmentariedad*), porque no protege todos los bienes jurídicos, y sobre todo porque no los protege contra todo tipo de ataques”. El Derecho penal es *ultima ratio* (*principio de ultima ratio*) de la política social, pues el empleo de sus medios significa lesionar bienes jurídicos normalmente protegidos y que pueden ser regulados por otras áreas. La *ultima ratio* del Derecho penal significa que el Derecho penal actuará únicamente cuando otras áreas jurídicas sean insuficientes.

A lo antes dicho es necesario abundarlo con lo siguiente: las normas penales facultan al Estado para la imposición de penas, pero, por esa misma circunstancia, el Estado no debe rebasar el alcance de dichas normas. Es decir, las normas penales cumplen con una doble función: por una parte facultan al Estado a castigar, y por otro lado lo limitan para que él mismo no rebase el alcance de dichas normas, por ello no está de más mencionar que antes que ser un derecho –el penal– represor, es un derecho de garantía al acusado, pues tal como lo consideró Liszt²¹, el derecho penal es la magna carta del delincuente, y así debe aplicarse, es decir, bajo los principios fundamentales que lo rigen, de los cuales más adelante daré tratamiento, pero pueden mencionarse aquí como ejemplo el *onus probandi* e *in dubio pro reo*.

De esto deducimos la singular relación existente entre Derecho penal objetivo (*ius penale*) y el Derecho penal subjetivo (*ius puniendi*). Pues si bien es cierto que el *ius penale* obtiene su justificación del derecho de castigar del Estado (*ius puniendi*), también es cierto que ese mismo derecho de castigar está limitado por las normas del Derecho penal objetivo (*ius penale*).

²¹ En este sentido Roxin expone que la ciencia del derecho penal tiene una doble connotación como ciencia social y como ciencia jurídica. En el primer aspecto, visto como política criminal, el derecho penal, incluye los métodos adecuados, en sentido social para la lucha contra el delito, es decir, la llamada misión social del Derecho penal”; en sentido jurídico, “debe corresponder la función liberal del Estado de derecho, asegurar la igualdad en la aplicación del Derecho y libertad individual frente al ataque del ‘Leviathan’, del Estado... El Derecho penal como magna carta del delincuente, según expresa confesión de Liszt, protege no a la comunidad, sino al individuo que se ‘revela contra ella’, garantizándole el derecho ‘de ser castigado sólo bajo los presupuestos legales y únicamente dentro de los límites legales’. En Roxin, Claus, Política criminal y sistema del derecho penal, trad. Francisco Muñoz Conde, 2ª edición, edit. Hamurabi, Buenos Aires-Argentina, pp. 32 y 33.

5.2. Principios complementarios

5.2.1. Principio de tipicidad

Recuérdese que la existencia del tipo es lo que autoriza al Estado a reprimir conductas. La tipicidad consiste en que el comportamiento se encuentre adecuado al tipo que describe la ley penal. El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su párrafo tercero establece que:

“En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

De la transcripción de este artículo hay que distinguir la tipificación en ley, es decir, el principio de tipicidad y los principios de aplicación analógica y por mayoría de razón, los cuales están implícitos en este artículo y que obliga al legislador a la descripción precisa de la conducta que prohíbe y consiguiente determinación del correctivo, con absoluta proscripción de la aplicación analógica de las normas sancionadoras. Así, se infiere que los preceptos sancionadores en blanco son el primer enemigo del principio de tipicidad.

Esta garantía constitucional se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, obligando al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción penal y las sanciones que les sean de aplicación sin que sea posible que a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de ley, que en el caso sería los códigos penales existentes en la república mexicana o cualquier ley que contenga prescripciones penales.

5.2.1.1. Principio de tipicidad inequívoca.

Para que la garantía de tipicidad no sea, en el moderno derecho penal liberal, objeto de burla, es absolutamente indispensable que la ley describa el hecho punible de manera inequívoca. Este criterio es conocido por la doctrina internacional como “*principio de determinación del hecho y de la pena*”.

5.2.2. Principio de proporcionalidad.

La proporción se hace operativa en el derecho penal en dos campos perfectamente diferenciados: a) la denominada *proporcionalidad abstracta*, que sujeta al legislador a observar la ecuación conducta/correctivo en la redacción de la norma. Ejemplo de ello puede ser el artículo 156 del Código Penal para el Distrito Federal que dice:

*“Artículo 156. Al que abandone una persona incapaz de valerse por sí misma teniendo la obligación de cuidarla, **se le impondrán de tres meses a tres años de prisión** si no resultare lesión o daño alguno. Además, si el activo fuese ascendiente o tutor del ofendido, se le privará de la patria potestad o tutela”.*

O, b) *la proporcionalidad subjetiva*, que se traduce en el llamado a la aplicación singular de aquella norma, en la que los jueces en definitiva han de ponderar todas las circunstancias del hecho –fracciones I, II, III y IV; y las personales del delincuente, fracciones VI, VII y VII²², todas del artículo 52 Código Penal Federal y

²² Artículo 52. El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;

II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;

IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

V. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

72 del Código Penal para el Distrito Federal, como directrices para graduar la responsabilidad.

5.2.3. Principio de responsabilidad subjetiva

Este principio es exigente de la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto sancionado; una mirada a la vieja doctrina arroja el siguiente resultado: ni la ausencia de intención ni el error tiene virtualidad, al no requerirse dolo sino simplemente una conducta irregular. En extremo, la responsabilidad penal de toda persona ha de cimentarse en que el comportamiento sea doloso o, cuando menos, culposo, con total rechazo de la responsabilidad puramente objetiva. Es decir, dentro del *ius puniendi* del Estado resulta inadmisibles un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa.

Los criterios jurisprudenciales deben ser las directrices estructurales del ilícito tendientes a conseguir la individualización de la responsabilidad y vedar sistemáticamente cualquier veleidad de crear una responsabilidad objetiva o basada en una simple relación de causa-efecto.

5.2.4. Principio de retroactividad de norma favorable

La irretroactividad en la aplicación de la ley debe estar naturalmente referida a la norma jurídica no favorable o restrictiva de derechos. Las elaboraciones jurisprudenciales de los Tribunales Colegiados y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en torno a este principio en el ámbito del Derecho penal, deben dirigirse a la estricta prohibición de retroactividad, y específicamente la referida a la retroactividad en perjuicio del reo, dado que aquella ha de ceder allí donde en lugar de cumplirse el fin perseguido por la irretroactividad –protección del autor frente a penas sobrevenidas producirá un perjuicio frente al sujeto.

5.2.5. Principio acusatorio

Este principio, se desarrolla en el campo del Derecho procesal penal, donde sirve a tres finalidades: **1)** delimitar el objeto del proceso; **2)** posibilitar una defensa

eficaz; y **3)** fijar anticipadamente los límites de la sentencia. Tal principio encuentra lucidez en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, apartado “A”.

5.2.6. Principio *ne bis in idem* o *non bis in idem*

El artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dice:

“Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia”.

La garantía constitucional inserta en este artículo, referida a que *“nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito”*, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene, es lo que en estricto sentido constituye la aplicación del principio derecho de penal *non bis in idem*.

La actualización del aludido principio, requiere que entre las causas penales exista coincidencia subjetiva, esto es, que el procesado en ambas causas sea el mismo sujeto. También exige que los procesos traten de los mismos hechos, sin importar la clasificación legal, pues cuando refiere el artículo en comento *“nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito”* indudablemente, refiere a la prohibición de juzgar por los mismos hechos, una interpretación a contrario, daría lugar a que con la simple circunstancia de cambiar la clasificación legal de los hechos, podría juzgarse dos veces o más a una persona por la comisión de un solo hecho, en franca violación al principio que se analiza.

Conviene precisar que el concepto *“juzgado”* a que refiere el citado principio, no debe entenderse sólo como aquél cuyo proceso termina con sentencia ejecutoriada, sino que debe interpretarse de manera extensiva, es decir, como sinónimo de someter a un procedimiento penal y no de una manera restrictiva, como sinónimo de sentenciar. En el derecho penal rige para este tipo de interpretación el aforismo *“lo favorable al reo debe ampliarse y lo que le perjudica, limitarse”*.

Así es que, una interpretación restrictiva y contraria a los fines de un derecho penal democrático, del concepto *“juzgado”* nos llevaría a la conclusión de

que debe existir sentencia ejecutoriada en dos procesos o más seguidos contra la misma persona y por los mismos hechos, para que se actualice la violación al principio *non bis in idem*; conclusión del todo incorrecta, ya que la garantía individual no sólo se trastoca cuando se actualiza la hipótesis que antecede, sino desde el momento en que se inician dos procesos contra una persona, por los mismos hechos, cualquiera que sea el estado en que se encuentre proceso iniciado en primer lugar, dado los efectos procesales que produce la instauración de un nuevo proceso, tal como se plantea en el siguiente ejemplo:

Es el caso, que el sujeto X transitaba en un vehículo y arrojó a Y, hechos por los que se dictó auto de formal prisión contra X, por su probable responsabilidad en la comisión del delito Homicidio culposo, en agravio de Y. Dado que el aludido delito no es de los considerados como graves por la ley, le fue concedido al inculpado el beneficio de la libertad provisional bajo caución. Sin embargo, luego de diversas investigaciones practicadas por el personal del Ministerio Público, deduce que X en varias ocasiones amenazó de muerte a Y, y el día de los hechos intencionalmente lo atropelló, por lo que nuevamente ejercitó acción penal contra X, aunque ahora por el delito Homicidio intencional, por lo que se le mandó aprehender para que enfrentara el proceso privado de la libertad, dado que dicho ilícito es de los considerados como graves por la ley; luego de su captura, se dictó auto de formal prisión, con base en la nueva clasificación legal.

Como puede observarse en este ejemplo, se instruyó un segundo proceso contra el inculpado por la misma conducta, variando únicamente la clasificación legal, lo que ocasionó consecuencias desastrosas e irreparables en la vida del inculpado, dado los efectos jurídicos que produjo la iniciación de un segundo proceso contra la misma persona y por los mismos hechos.

Uno de los efectos que ocasionó la iniciación del segundo proceso, es que tornó nugatoria la libertad provisional bajo caución de que gozaba el inculpado en el primer proceso, dada la gravedad del delito del segundo proceso, que originó la privación de la libertad. En el caso de que se trataran en ambos procesos de delitos no graves (que no es la hipótesis del ejemplo expuesto, pero conviene argumentar al respecto), tendría el encausado que exhibir tantas garantías como procesos le instruyeran por los mismos hechos, ello para disfrutar de la libertad provisional bajo caución y no enfrentar los procesos privado de la libertad. Asimismo, daría oportunidad al Ministerio Público de solicitar cuantas órdenes de aprehensión quisiera contra el inculpado por los mismos hechos, quien siempre

viviría con la zozobra de ser detenido. Además, la iniciación de varios procesos podría traer como consecuencia, bien sea por falta de comunicación, descuido o ignorancia de las partes, la imposición de dos penas o más contra una persona, por los mismos hechos e inclusive la compurgación de éstas.

Así, la iniciación de dos o más procesos seguidos contra una persona por los mismos hechos, tornaría infortunada su vida, puesto que viviría con la incertidumbre de que en cualquier momento podrían instruirle un nuevo proceso por los mismos hechos, en intolerable violación a la garantía de seguridad jurídica que debe regir en todo proceso de índole penal y que tutela el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Conviene precisar, que los dos procesos señalados, no podrían acumularse, precisamente porque no se actualiza alguna de las hipótesis previstas en el artículo 473 del Código Federal de Procedimientos Penales, ello en virtud de tratarse de un solo hecho, pero seguido en dos ocasiones contra una misma persona, en los que cambia únicamente la clasificación legal del delito. Así, sería absurdo acumular al proceso seguido contra X, por el delito Homicidio culposo, en agravio de Y, otro proceso contra el mismo inculpado, por los mismos hechos, es decir, contra X, por haber privado de la vida a Y, por el delito Homicidio intencional.

También a manera de ejemplo, para determinar el alcance del principio de *non bis in idem*, tenemos que el artículo 122 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal publicado en gaceta oficial del Distrito Federal el dieciséis de julio de dos mil dos, establece:

“Artículo 122. (Non bis in idem). Nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Cuando existan en contra de la misma persona y por la misma conducta: I. Dos procedimientos distintos, se archivará o se sobreseerá de oficio el que se haya iniciado en segundo lugar; II. Una sentencia y un procedimiento distinto, se archivará o se sobreseerá de oficio el procedimiento distinto; o III. Dos sentencias, dictadas en procesos distintos, se hará la declaratoria de nulidad de la sentencia que corresponda al proceso que inició en segundo término y se extinguirán sus efectos.”

De la legislación transcrita se advierte la prohibición de la duplicidad de procesos contra la misma persona y por la misma conducta; prohibición que el

artículo 118 del Código Penal Federal también establece, al señalar que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene; lo anterior en razón de la interpretación extensiva que se hace al término “juzgar”, como sinónimo de someter a un procedimiento.

En conclusión, la duplicidad de procesos contra la misma persona y por los mismos hechos es violatoria de la garantía de seguridad jurídica establecida en el artículo 23, segunda parte de la Ley Fundamental, puesto que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene²³. Cabe destacar que este principio ha venido siendo aplicado fundamentalmente para determinar una interdicción de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de los mismos hechos, sin embargo, considero, éste es aplicable también dentro de un mismo proceso o procedimiento a una pluralidad de sanciones principales, ante una identidad de sujetos, hechos o fundamentos, objeto o causa material y acción punitiva. Lo que se pretende con esta toma de postura es impedir que se sancione doblemente a una misma persona por un mismo delito, es decir, que recaiga sobre un mismo sujeto una sanción doble o plural, pues de esa forma también quedaría infringido el principio de proporcionalidad entra la infracción y la sanción, que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y la de la infracción”²⁴

5.2.7. Principios de certeza y seguridad jurídica.

²³ A igual determinación llegó la nueva integración de la Primera Sala de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación, en la tesis aislada 1a. LXVIII/2001, visible a foja 186, tomo XIV, agosto de dos mil uno, Novena época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo rubro reza: “*ROBO. EL ARTÍCULO 371, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL QUE PREVÉ LA PENALIDAD APLICABLE PARA EL TIPO ESPECIAL EN ÉL CONTENIDO, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.*”. Véase también la tesis establecida por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito, visible a página 322, tomo V, Segunda Parte-1, enero a junio de mil novecientos noventa, de rubro siguiente: “*ORDEN DE APREHENSION VIOLATORIA DE GARANTIAS, CUANDO SE BASA EN HECHOS QUE SON MATERIA DE OTRO PROCESO PENAL INCOADO CONTRA EL MISMO INculpADO.*”.

²⁴QUIRÓS LOBOS, José Mario, *Principios de Derechos sancionador*, Comares; Granada, 1996, p. 70.

Este principio, a mi juicio, el de mayor importancia en todo ordenamiento jurídico²⁵, inclusive por encima del principio de legalidad, no ha sido desarrollado en su plenitud. Previsto como garantía Constitucional en nuestra legislación fundamental, frecuentemente no opera *en sí mismo*, sino a través de otros principios que a su vez lo informan, por ejemplo la tipicidad, irretroactividad entre otros. Es cierto que dicho principio obliga al legislador a perseguir la certeza y no la confusión normativa, procurando que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los aplicadores del Derecho y los ciudadanos a que atenerse.

5.2.8. Principio *in dubio pro reo*

La aplicación de este principio se concreta a que en casos de prueba indiciaria o insuficiente no ha de tenerse por acreditada la comisión de delito. Tomando en cuenta que la actividad probatoria ha de ser exclusivamente soportada por los tribunales de instancia, como consecuencia del principio acusatorio y, singularmente, de la presunción de inocencia, este mandato puede parecer otro enunciado de aquella presunción; sin embargo, las características distintivas son dos: **1)** que el principio *pro reo* es una consecuencia de presumir inocencias; y **2)** que señalan el mínimo exigible, cualitativa y cuantitativamente, de material inculpatario útil para destruir la presunción de inocencia.

5.2.9. Principio de presunción de inocencia

Del enunciado *presunción de no existencia de responsabilidad*, probablemente el principio mas invocado²⁶, se destaca que su contenido básico se concreta a la imposibilidad de que el *ius puniendi* del Estado se haga efectivo, en cualquiera de sus formas de manifestación, sin haberse acreditado previamente y con la plenitud

²⁵ Gustav Radbruch informa que “es más importante la existencia del orden jurídico que su justicia, ya que la justicia es la segunda gran misión del Derecho, siendo la primera, la seguridad jurídica,...”. Gustav, Radbruch, *Introducción a la ciencia del derecho*, trad. Luis Recasens Siches, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1930, p. 34.

²⁶ QUIRÓS LOBO, José Mario. *Principios de Derechos sancionador*, Comares; Granada, 1996, pág. 91.

de garantías que la ley ofrece de la culpabilidad de imputado. Se trata –en definitiva- de una *verdad interna* o provisional, que se convierte en definitiva si las pruebas no alcanzan a desvirtuarla, o se extingue en caso contrario. Tiene la naturaleza de derecho fundamental de aplicación directa y necesaria. Una parte de la doctrina establece concluyentemente que: la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento penal, garantizando el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad²⁷.

En lo que se refiere a cual sea la prueba capaz de destruir esta presunción, hay que decir que no es posible su determinación apriorística y genérica; igual en el expediente que en sede jurisdiccional la única referencia son las reglas de la sana crítica, y consecuentemente la libre apreciación del órgano llamado a resolver. No obstante, cabe señalar como elementos de inexcusable concurrencia los siguientes: **a)** que sea lícitamente obtenida; **b)** que se practique y desarrolle con sujeción al procedimiento legal; y **c)** que sea suficiente. Así, uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo en sus facetas sustantiva y formal, es aquél que proclama la presunción de que toda persona acusada de una infracción es inocente mientras no se demuestre lo contrario.

5.2.10. Principio de legalidad

El principio de legalidad de los delitos y de las penas es el supremo postulado politicocriminal del derecho penal moderno. La importancia renovadora que le dio la ilustración se aprecia con solo recordar que fue incluido en la Declaración de derechos del hombre y el ciudadano de 1789 y, recogido de este ambiente revolucionario y también del precedente contenido en la *Magna Charta* de 1215, un poco antes también en la declaración norteamericana, la de Filadelfia de 1774, y en las constituciones que le siguieron a partir de 1776. A partir de entonces, el principio ha adquirido carta de naturaleza en las constituciones de casi todos los países democráticos del mundo occidental. Beccaria lo tomó como uno de los

²⁷ *Ibidem*, pág. 92.

principios fundamentales de su obra *De los delitos y de las penas*, publicada por primera vez en 1764; pero fue Feuerbach, en su *Manual de Derecho Penal*, ya en 1801, quien le dio la formulación latina con que se ha difundido universalmente: *nullum crimen sine lege*.

Es así como se erigió como máximo principio del Derecho penal moderno prohibiendo las penas sin ley (*lex*) y sin ley previa (*lex praevia*), escrita (*scripta*) y estricta (*stricta*), es decir, prohíbe y por tanto declara ilícitas ilegítimas e injurídicas las penas de hecho impuestas por cualquier autoridad, las penas retroactivas (o sea las creadas *ad hoc* y, en todo caso, después de la realización del hecho), las que pudieran dimanar de la costumbre y las que se pudieran aplicar por una integración analógica de la ley. Costumbre, retroactividad y analogía prohibidas son sólo las que obran contra el reo, pues se trata del desarrollo de una “*norma de garantía*” cuyo único objeto es la protección de los derechos del individuo contra las arremetidas del poder punitivo estatal. En los últimos años se ha insistido bastante en completar la formulación con la exigencia de una “ley cierta”, cuyo efecto es la prohibición de leyes penales imprecisas o vagas, esto es, de los “tipos indeterminados”. Que tanta incertidumbre siembran.

Del principio se hacen derivar analíticamente las siguientes garantías: criminal (no hay delito sin ley), penal (no hay pena sin ley), jurisdiccional (sólo el juez puede aplicar las penas legales a través de un juicio también legal) y ejecutiva o penitenciaria (las penas se ejecutan conforma a la ley o reglamento que disciplina este aspecto suyo).

Desde esa perspectiva, el principio de legalidad aplicable a las infracciones y sanciones administrativas, significa que la tipificación de las sanciones administrativas y la definición y, en su caso, graduación y escala de las sanciones imponibles, y la lógica correlación entre conductas ilícitas tipificadas y sanciones correspondientes deben de estar contenidas en una norma con rango de ley, de modo que permita conocer con suficiente grado de certeza el tipo y clase de sanción del que pueda hacerse merecedor quien cometa una infracción concreta.

5.2.11. Principio de acto

Se habla de un derecho penal de acto cuando las normas punitivas se refieren a lo que el hombre hace y no a lo que es, vale decir, a su conducta social y no a su modo de ser, su carácter, su temperamento, su personalidad, su pensamiento, su afectividad o sus hábitos de vida. La exigencia de un tal derecho, que constituye la base de la orientación ideológica (política), depende del grado en que se realice el principio de acto, es decir, en que efectivamente la represión penal no alcance sino las acciones externas o intersubjetivas del hombre. Un puro derecho penal de acto sigue siendo en el mundo un derrotero, pero el principio de acto si registra una notoria prevalencia en los ordenamientos democráticos²⁸.

5.2.12. Principio *non reformatio in peius*.

En aplicación de este principio el recurrente único no verá agravada su posición de otra forma, nadie resultará perjudicado en virtud de su propio recurso²⁹. Por lo anterior, es un principio general de nuestro Derecho en el ámbito penal, que en las segundas o sucesivas instancias cualquiera que fuere la naturaleza del recurso utilizado, ordinario o extraordinario, no puede agravarse la condena del recurrente por encima de la que había impuesto la sentencia impugnada, salvo que la parte contraria –el acusador en suma- hubiera recurrido independientemente, o se adhiera al recurso ya formulado. Esto conlleva la vinculación del juez *ad quem* o superior por los límites subjetivos y objetivos que hayan marcado la acusación y la defensa, en este ulterior grado jurisdiccional.

6. Análisis estructural del delito

La experiencia, natural y científica, arroja como dato que el hombre es el único ser de la naturaleza que tiene capacidad de comprender su actuar, y por tanto, de responder ante reglas que él mismo se impone, con la finalidad de lograr una

²⁸ Este principio se encuentra inserto en el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual dice: “Artículo 15. (*principio de acto*) El delito sólo puede ser realizado por acción u omisión”.

²⁹ *Ibidem*, p. 115.

mejor convivencia con sus semejantes, es decir, con los seres de su especie; o, a veces, para tener una ventaja sobre ellos, como suele ocurrir en los Estados totalitarios e imperialistas.

La prescripción de normas penales, es una de las formas que el hombre ha encontrado para regular su conducta, acuñando así una de las palabras más importantes para el derecho penal y para los penalistas, el delito, y que, por lo demás, ha sido del todo discutida.

Por ello, a efecto de que haya unidad y congruencia en el pensamiento que ahora se emite, considero conveniente tratar, aunque sea de manera sucinta - y previo a exponer lo que será el tema central de esta mi tesis de licenciatura -, qué es el delito, cuáles son sus elementos y su estructura lógico sistemática.

Ahora bien, diverso a lo que nuestra legislación penal mexicana entiende por delito³⁰, la opinión doctrinal dominante expone que el delito es una *acción típica, antijurídica y culpable*, que se imputa al autor como obra suya; aunque, en los últimos tiempos, Jakobs explica que delito “es la defraudación a una expectativa jurídico-normativa de índole penal”, siendo irrelevante si dicha defraudación normativa, se comete por acción u omisión, pues lo importante para él es el quebrantamiento del (rol) mandato o de la prohibición prevista en la norma, que en el fondo denota contradicción a un deber, es decir, a una expectativa jurídico normativa.

7. Presupuestos especiales y generales del injusto penal

Los sujetos (activo y pasivo), el bien jurídico tutelado, los medios comisivos, y la imputabilidad del autor, constituyen, en la teoría general del delito, lo que se conoce como presupuestos generales del delito. En las conductas típicas y antijurídicas es posible verificar un sujeto activo imputable que lesiona un bien jurídico perteneciente al sujeto pasivo; habiéndose realizado dicho comportamiento lesivo a través de ciertos medios comisivos.

³⁰ El Código Penal Federal mexicano en su artículo 7o reza: “*Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales*”. Es evidente que esta definición de poco sirve para efectos de un análisis sistemático del delito.

Por otro lado, los requisitos jurídicos que, previos a la realización de la conducta, son descritos por el tipo, y de cuya existencia depende el título o denominación del delito respectivo, es lo que la teoría general del delito conoce como presupuestos especiales.

Los presupuestos especiales del delito representan un requisito jurídico previo a la realización de la conducta y necesario para la existencia del título o denominación del delito respectivo. Por ejemplo, si no se presenta el antecedente jurídico (presupuesto especial) juez, no podría hablarse del delito de prevaricato, y estaríamos ante el caso de una tentativa inidonea.³¹

8. Ecuación dogmática o estructural del delito

Para la existencia del delito en general, se requiere concurren una serie elementos esenciales o indispensables, los cuales son necesarios para la existencia de un delito en particular³². Si el delito se define como una acción típica, antijurídica y culpable que se le imputa al autor como obra suya; igualmente se comprende que los elementos esenciales del mismo son: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

9. Circunstancias generales y especiales del delito

Estas pertenecen a la Parte General del Código penal, y funcionan con respecto a todos los delitos que las admitan, ya para agravar o atenuar la pena³³. Las circunstancias específicas del delito son aquellas que se contienen en el tipo penal, o bien, aquellas que se agregan al mismo, aumentando o disminuyendo la pena. Porte Petit admite que “una circunstancia puede cumplir la función de un elemento esencial del delito, allí cuando al faltar dicha circunstancia, se excluye el tipo penal del delito de que se trate³⁴”.

³¹ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, *Op. cit.*, pp. 210 y 211.

³² *Ibidem*, p. 217.

³³ *Ibidem.*, p. 219

³⁴ *Idem.*

10. Conclusiones de este apartado

Primera idea. Un Estado Social y Democrático de derecho sólo deberá amparar como bienes jurídicos condiciones de la vida social, en la medida en que afecten las posibilidades de participación de individuos en el sistema social. Y para que dichos bienes jurídicos merezcan ser protegidos penalmente y considerarse bienes jurídico penales, será preciso que tengan importancia fundamental³⁵.

Ahora bien, Estado democrático significa un Estado de derecho real, no formal, donde el Estado respeta los derechos del ciudadano y a la vez interviene activamente en la sociedad, pero dicha actividad es controlada por el individuo, cuya dignidad como persona va a imponer los límites propios de una concepción garantista de los derechos fundamentales, de lo que se traduce que la interpretación de la Constitución no habrá de hacerse o entenderse necesariamente como el centro del que derivan los derechos sino el centro en el convergen todos ellos, es decir, no verificar si tal o cual derecho lo prevé el ordenamiento constitucional, sino si es digno de establecerlo como fundamental o indigno de calificarlo como tal, ello a partir de la dignidad del hombre.

Segunda idea. Kant determinó como premisa lógica y humana fundamental, que nadie puede ser utilizado como medio para fines ajenos. La racionalidad de esta premisa impide recurrir a las trampas autoritarias que se valen del hombre como instrumento. Esta ley de humanidad constantemente ha sido rebasada por las autoridades, al forzar la razón y los principios que sustentan todo acto tendiente a la imputación de un delito y la sucesiva imposición de pena, acusando a cualquier precio. De esta forma, las autoridades haciendo eco del reclamo social de sancionar a la delincuencia a toda costa, violentan los derechos fundamentales. El único problema es que no existe reclamo social de mayor envergadura que la defensa y respeto a las garantías individuales y de este tipo de derechos que ellas expresan. Abrir puerta punitiva sin límites y frenos so pretexto de supuesto fines loables, socialmente aceptables, es una forma enmascarada de

³⁵ LOSCANO, Carlos Julio y otros, *Derecho penal. Parte General, libro de estudio*, editorial ADVOCATUS, Córdoba, Argentina, 2002, p. 18.

abuso autoritario que mina los fundamentos del Estado de Derecho y la razón de ser del Orden Jurídico.

A pesar del afán compartido de combatir y penar la delincuencia, no es tolerable admitir resoluciones que olvidan los límites mínimos de racionalidad que impone el Derecho penal —pues de tan racional que es, se vuelve irracional—, tanto en el marco procesal de pruebas, como en el sustantivo de definiciones típicas, antijurídicas y culpables. Acusar a toda costa, bajo sofismas o criterios de justicia material, convierten la verdad en discreción inmotivada y por tanto en un peligro aún mayor que el delito. No olvidemos que el Derecho penal es aplicable a todos, o al menos todos los mayores de dieciocho años de edad³⁶.

Este esquema penal muchas veces sanciona inocentes para legitimar socialmente su ineficacia. Los verdaderos culpables no son sancionados y con la condena de los inocentes capturados se enmascara esa ineficacia y se encubre la impunidad. Ese es el dilema penal más grave al que se enfrenta la sociedad y que debe ser encauzado en aras de un orden jurídico justo: sancionar hechos verdaderamente probados y no pretender sancionar otros más graves y más difíciles de probar con el vehículo de aquellos.

En estos tiempos se vive con un prejuicio inscrito en el juicio de todo aquel que es procesado por un delito, y para quien las garantías disminuyen hasta convertirse en falacias. Sin embargo soy de los que piensa que se puede recomponer el desequilibrio de ese prejuicio mediante la emisión de actos que privilegien a la Constitución basados en tener como primordial el respeto a la dignidad humana, el ciudadano responsable, la tolerancia, en concreto en el respeto mutuo, tanto de los ciudadanos como de las instituciones y viceversa, para lo cual resulta de indudable eficacia la doctrina que aquí propongo, la teoría del espacio libre de derecho, una teoría respetuosa de los derechos fundamentales y que tiene en el fondo el afán de abatir también el crimen.

³⁶ El artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal establece: “*Artículo 12. (validez personal y edad penal). Las disposiciones de este Código se aplicaran a todas las personas a partir de los dieciocho años de edad.*”

CAPÍTULO SEXTO SOLUCIÓN DE CASOS BAJO LA T.D.E.L.D.D.

El jurista ha de trabajar hasta lograr que el hombre confíe en su semejante y en las instituciones que lo gobiernan, tolerando sólo aquello que no resulte intolerable; claro, siempre que dichos actos sean emitidos con responsabilidad ciudadana.

El autor

SUMARIO:

1. Planteo final. 2. Solución de casos prácticos. 2.2. Caso 1. Hecho. El guardagujas. 2.2.1. Problemas del caso. 2.2.2. Extracto de los fundamentos jurídicos. 2.2.3. Explicación y profundización. 2.2.4. Tipo objetivo. 2.2.5. Tipo subjetivo. 2.2.6. Causas de justificación. 2.3. Caso 1; Caso 2; Caso 3; Caso 4; Caso 5; Caso 6; Caso 7; Caso 8; Caso 9; y, Caso 10. 3. Reflexión final. 4. Conclusiones generales. 5. Propuesta.

1. Planteo final

A la interrogante de por qué una persona va a la cárcel, fácilmente un ciudadano común que viva en un mundo urbano como el nuestro puede contestar: *porque cometió un delito*. Sin embargo, “a la pregunta de ¿cuál es el límite de mi derecho y del ajeno?, es una pregunta más adecuada para un jurista, pues a través de su conocimiento ha de dar en todo caso una respuesta, sin duda no infalible, pero prácticamente definitiva³⁷”. Una sola –como con Hart– o varias –como con su discípulo Dworkin–.

De eso es precisamente de lo que se trata con el espacio libre de Derecho, de dar una contestación definitiva, aunque tal vez falible, a los casos límite que se presentan en nuestra disciplina. Por ello, llegados a la prueba de fuego, y para cerrar, aquí me propongo analizar críticamente, bajo la argumentación hasta ahora expuesta, dichos casos prácticos que reseñé en la primera parte de mi investigación, todo bajo la *teoría del espacio libre de Derecho (t.d.e.l.d.d)*, y teniendo como premisa la idea de Roxin en el sentido de que: “por

³⁷ Así en el prólogo que realiza Felipe Clemente de Diego a los *Principios Generales del Derecho* Giorgio Del Vecchio, editorial Bosch, Barcelona, 1923.

más que se tenga una teoría general del delito cuidadosamente elaborada a la par que un proceso penal de Estado de Derecho, nada de eso tiene valor para el ciudadano si su conducta es sancionada penalmente, pese a que –de manera correcta– no debería ser punible”.³⁸

Todo ello, porque, según creo, el legislador no puede conminar con pena –ni el juzgador aplicar ésta– un comportamiento nada más porque le resulte indeseable, sino que además ha de tomar en consideración los límites deducibles de las tareas del derecho penal, el cual es, básicamente, en el marco del ordenamiento penal, asegurar las condiciones para lograr la coexistencia pacífica (libre) de la humanidad, en el que se respete la igualdad de todos, aunque esto último parezca una utopía.

Por todo, el penalista, al emitir una opinión sobre algún tema penal, ha de tener conciencia que éste es un instrumento de aplicación inmediata y directa sobre los hombres imputables, y, por tanto, que sus planteamientos no tienen un simple carácter de una disquisición teorizante o metafísica, sino una significación eminentemente práctica —solucionar y prevenir el conflicto—.

El penalista trabaja para hombres de un Estado determinado, su labor será fundamento legitimador para la acción del mismo. De ahí entonces que un jurista democrático ha de ejercer una constante revisión crítica de su pensamiento y de los aportes de otras disciplinas a fin de profundizar el desarrollo democrático del Estado e impedir entonces que la función de control y represión del aparato del Leviatán elimine la participación de los ciudadanos en su accionar, la que es básica para la progresiva democratización. “La historia del Derecho penal en ese sentido ha sido trágica; a menudo, ha sido el Derecho del “terror”, el arma más grosera y basta a la que han recurrido los dictadores y regímenes autoritarios para acallar la disidencia social y política³⁹”.

³⁸ Roxin, Claus, *¿Qué puede reprimir penalmente el Estado? Acerca de la legitimación de las conminaciones penales (en Problemas Actuales de Dogmática Penal Actual)*, Trad. de Manuel A. Abanto Vásquez, Edit. ARA editores, Lima-Perú, 2004, p. 19.

³⁹ Bustos Ramírez, Juan, *Bases críticas de un nuevo Derecho penal*, editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1982, p.2.

2. Solución de casos prácticos⁴⁰

Como en todo caso penal⁴¹, cuando hay presunción de que tal o cual conducta puede ser delictiva —procedimiento que se inicia, al menos en México⁴², ante el Ministerio Público, a través de la *noticia criminis* por denuncia o querrela—, lo primero a verificar es si existe en el derecho positivo una descripción legal que se asemeje a la conducta actualizada en el mundo real. De ser afirmativo, lo siguiente entonces es constatar si esa conducta es típica⁴³, ello, bajo los presupuestos desarrollados para la teoría del tipo objetivo (imputación objetiva) y subjetivo (imputación subjetiva), y así establecer la tipicidad. Constatada ésta (conducta-típica⁴⁴), el siguiente peldaño será analizar, negativamente, si la conducta típica se encuentra amparada por alguna causa de justificación, y positivamente, para ver si se actualizan los elementos del deber jurídico⁴⁵; hecho lo cual estaremos en posibilidad de ponerle calificativo, esto es si es antijurídica o no antijurídica. Finalmente, para comprobarse la culpabilidad del agente —aunque aquí no será necesario, por no llegar a ese nivel de análisis—, ha de estudiarse si no se

⁴⁰ Para la solución de casos tomé como referencia las siguientes obras. DÍAZ-ARANDA, Enrique; y otros, *Manual Teórico Práctico en Materia Penitenciaria y de la Defensa Penal*, editado por el Gobierno del Estado de Hidalgo, 2005; SANCINETTI, Marcelo, A., *Casos de Derecho Penal*, 2ª edición, editorial Hamurabi, 2003; BACIGALUPO, Enrique, *Técnicas de resolución de casos penales*, 2ª edición, editorial Hamurabi, 2002; ESER, Albin, *Derecho Penal, Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencia*, trad. Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá, Colex, 1995; y, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; Mirentxu Corcoy Bidasolo y Francisco Baldó Lavilla, *Sistema de casos prácticos de Derecho penal, Parte General, con soluciones*, Editorial José María Bosch, Barcelona, 1993.

⁴¹ Un caso, para un jurista, es un conflicto social. Como conflicto social el caso representa un enfrentamiento de intereses que el jurista debe dirimir mediante la aplicación de normas positivas, es decir, del orden jurídico estatal. Así en BACIGALUPO, Enrique, *Técnica de resolución de casos penales*, segunda edición, editorial Hamurabi, Argentina, 2002, p. 91.

⁴² En nuestro país la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se prevé un caso excepcional a este tipo de proceder, es decir, que no hay conocimiento previo del ministerio público, sino *consignación* directa —por parte de la autoridad judicial— ante los tribunales, cuando se considera que la autoridad responsable insiste en la repetición del acto reclamado o en su caso cuando trate de eludir el cumplimiento de la ejecutoria, aplicándose para tal delito la pena prevista para el de abuso de confianza previsto en el código penal federal.

⁴³ Recuérdese que el tipo se compone normalmente de un núcleo representado por la acción u omisión de su objeto, siendo su base la lesión o el peligro de lesión de un determinado bien jurídico.

⁴⁴ La única relevante para el derecho penal, desde mi punto de vista. En el plano de la materia se discute si para el análisis es primero la tipicidad o la antijuridicidad de la conducta.

⁴⁵ Esto como ya quedó apuntado para los tipos abiertos.

actualiza alguna de las causas de inculpabilidad o exculpación que pudieran favorecerle, y de no ser así, emitir el juicio de reproche personal al autor.

El resultado a que puede llegarse con el esquema tradicional queda representado en la siguiente gráfica. Así tenemos que:

| Momento | Tipicidad | Justificación | Inculpabilidad y exculpación | Resultado |
|---------|-----------|---------------|------------------------------|-----------------------|
| 1. | (-) | | | Absolución |
| 2. | (+) | (+) | | Absolución |
| 3. | (+) | (-) | (+) | Absolución |
| 4. | (+) | (-) | (-) | Condena ⁴⁶ |

La solución a que conlleva la idea que sirve de base en este trabajo quedaría así:

| Momento | Tipicidad | Teoría del espacio libre | Justificación | Inculpabilidad o exculpación | Resultado |
|---------|-----------|--------------------------|---------------|------------------------------|------------|
| 1. | (-) | | | | Absolución |
| 2. | (+) | (+) | | | Absolución |
| 3. | (+) | (-) | (+) | | Absolución |
| 4. | (+) | (-) | (-) | (+) | Absolución |
| 5. | (+) | (-) | (-) | (-) | Condena |

Las repercusiones para el actuante —de solucionar el asunto a este nivel— serán explicadas más abajo.

Así pues, y aunque por momentos parece que me he desviado del objetivo principal de esta propuesta, no fue así, pues desde mi punto de vista el tratamiento que de los temas se ha hecho hasta ahora revisten mucha importancia para explicar lo que se pretende con la teoría del espacio libre de Derecho. Inicio pues la solución de casos. Para ello parto de la base de hechos probados, pues

⁴⁶ Cfr. Bacigalupo, Enrique, *Técnica de resolución de casos penales*, segunda edición, editorial Hamurabi, Argentina, 2002, p. 121.

de variar en un mínimo las circunstancias podrían alterar la solución de los mismos. De igual forma, al hacerlo, agrego algunas explicaciones, sobre todo en el primer caso, para poder entender mejor, sistemáticamente, en dónde ubico la solución dogmática de éstos.

2.2. Caso 1. Hecho. El guardaguas: *“Un tren que ya no puede frenar es desviado por un guardaaguas, para evitar una colisión con un tren repleto de pasajeros, hacia una vía secundaria, donde desgraciadamente resultan atropellados (muertos) algunos trabajadores ferroviarios”.*⁴⁷

2.2.1. Problemas del caso

Al anterior supuesto, como en los siguientes, pueden formularse las siguientes interrogantes. ¿Constituye esto una acción en el sentido del Derecho penal?, ¿esto es, es típico el comportamiento?, ¿tendrían que imputarse a título de dolo o imprudencia?, ¿Es suficiente comprobar el eslabón de la causalidad para imputar el resultado lesivo?, ¿Demuestra el sólo movimiento corporal algún tipo de delito?, ¿De ser imputable el comportamiento, puede quedar amparado por alguna causa de justificación?, ¿Se encuentra amparada por alguna causa de exculpación o de inculpabilidad?, ¿será necesario llegar a ese nivel de análisis, es decir, la exculpación o la inculpabilidad?, ¿bajo los principios de merecimiento y necesidad de la pena, ha aplicársele ésta?, ¿finalmente, puede declararse la responsabilidad del agente bajo estos presupuestos? Es claro que de no haber llevado a cabo el movimiento corporal o abstenerse, según el caso, no se hubiesen provocado los resultados indeseables. Veamos pues, primero, la solución desarrollada de la problemática, luego una explicación esquemática de los demás casos.

2.2.2. Extracto de los fundamentos jurídicos

El Código Penal para el Distrito Federal literalmente establece en el artículo 123:

⁴⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Trads. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 505. El autor es de la idea que tal dicho proceder es antijurídico, pues argumenta que una excepción

“Artículo 123. Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión.”

2.2.3. Explicación y profundización

El tipo penal de referencia no requiere calidad específica en los sujetos, activo o pasivo⁴⁸, lo que pudiera derivar en un tipo especial propio o impropio⁴⁹. De esta forma, inicio el estudio de este supuesto con la integración del tipo objetivo.

2.2.4. Tipo objetivo

Como se sabe el tipo objetivo se compone de elementos objetivos y de criterios normativos, los cuales se agrupan bajo el nombre de “*teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta*”⁵⁰. Sin embargo, “la teoría de la imputación objetiva (ubicada en el tipo objetivo) —esto no se discute—, ha demostrado por qué el tipo objetivo no culmina con la sola demostración fáctica de la relación entre el comportamiento y el resultado; sino que además, hacen falta ciertos criterios normativos que determinen si un tal riesgo, o un resultado lesivo, deben ser o no atribuidos a una persona⁵¹”. Lo que si es discutible, según Sancinetti, es si el tipo objetivo es el mismo para el delito doloso que para el imprudente.

⁴⁸ Díaz-Aranda, explica que “*sujeto activo es aquella ‘persona humana’ que realiza una conducta que normativamente se considera como prohibida por significar un resultado de lesión de peligro para un bien jurídico tutelado. El sujeto pasivo es aquella persona o ente jurídico cuyo bien jurídico fundamental fue lesionado o puesto en peligro por el sujeto activo*”. Cfr. Díaz-Aranda, Enrique y otros, *Manual Teórico Práctico en Materia Penitenciaria y de la Defensa Penal*, editado por el Gobierno del Estado de Hidalgo, México, 2005, p. 170.

⁴⁹ En los tipos penales propios la calidad del sujeto activo es fundante del injusto, por ejemplo la calidad de funcionario público en el delito de *Abuso de autoridad*. Mientras que en los delitos especiales impropios dicha calidad no es exigible, ejemplo de esto último sería en el tipo penal de *Enriquecimiento ilícito*.

⁵⁰ Díaz-Aranda, Enrique, *Derecho penal, Parte General (conceptos principios y fundamentos del Derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)*, editorial Porrúa, México, 2003, p. 195.

⁵¹ Cfr. Quintino Zepeda, Rubén, *Sistema e identidad penal*, tesis de licenciatura 2005, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 161.

A. Conducta típica

Asumo el término conducta para englobar la acción y la omisión del comportamiento. En el caso concreto, la conducta (¿típica?) consistió en haber accionado la palanca que activa el mecanismo para el cambio de dirección en las vías al momento en que el tren, que ya no podía frenar, iba directo a colisionar con otro que venía de frente, acaeciéndose con ello el resultado fatal (la muerte de los trabajadores).

B. Bien jurídico

Como es sabido “los bienes jurídicos representan bienes y valores fundamentadores de la vida humana en sociedad, conforme a los postulados de justicia material en la protección jurídica de la persona y de la sociedad⁵²”. De esta forma, para que un bien jurídico sea susceptible de protección en el ámbito de nuestra disciplina se requieren dos condiciones, a saber: a) suficiente importancia social; y, b) necesidad de protección por el Derecho penal, esto último porque, como es sabido, los bienes jurídicos reciben protección de otros ámbitos del Derecho. En el caso que se estudia, es indudable que la vida de los trabajadores ferroviarios que resultaron muertos constituye el bien jurídico tutelado, pues, ya se ha dicho que la vida es el bien jurídico más importante.

C. Objeto material

Es sabido que el objeto material es la persona o cosa sobre la que recae el núcleo del tipo (la conducta), sin embargo, no ha de confundirse el objeto material con el bien jurídico, pues en el caso del robo por ejemplo el bien jurídico es el patrimonio mientras que el objeto material son los objetos del robo, por ejemplo, un auto, joyas, dinero, etcétera, todo esto es patrimonio. En el caso del guardagujas el bien jurídico, como ya dije es la vida de los trabajadores ferroviarios, mientras que el objeto material es el cuerpo de los mismos, pues fue sobre éstos sobre los cuales recayó la conducta disvaliosa.

⁵² Véase Polaino Navarrete, Miguel, *El injusto típico en la teoría del delito*, editorial Mave, Argentina, 2000, p. 487.

D. Nexo causal

Es causa todo aquel factor que no puede ser mentalmente suprimido sin que el resultado desaparezca, de lo que se deduce la necesaria relación que existe entre la conducta desplegada y el resultado acaecido. Esta relación de necesidad ha sido explicada en nuestra disciplina como nexo causal⁵³. Sin embargo, esta fórmula utilizada hasta hace no mucho tiempo, ha sido reformulada por Jakobs en la exposición de la teoría de la imputación objetiva y considera que aún no habiendo causalidad ni dolo el resultado puede ser perfectamente imputable (bajo criterios normativos de imputación), tal como lo veremos al llegar a este momento de estudio.

E. Resultado

La explicación del resultado lesivo depende siempre del tipo de delito de que se trate y de la teoría de la integración del injusto que se quiera asumir. Así por ejemplo en los delitos de Portación de arma de fuego sin licencia se requiere para la integración del injusto con la simple portación del arma. Mientras que para el delito de homicidio, como el que está de ejemplo, para la integración del mismo, es necesaria la muerte de la(s) persona(s) y con ello una mutación del mundo exterior. Con todo, sabido es que lo anterior depende de la postura que se asuma respecto al fin del Derecho penal, esto es, si lo importante es saber lo que hizo (disvalor del resultado) o lo que quería el autor al desplegar su conducta lesiva (disvalor de la acción). Por mi lado, asumo la postura dualista al considerar que el tipo de injusto ha de configurarse tanto del disvalor de la acción como por el disvalor del resultado. Lo que en definitiva sucede es que todos los tipos requieren un resultado (formal o material), sólo que los individualizan de distinta manera: algunos los precisan expresamente, otros lo atan inescindiblemente a la conducta, otros se inclinan al puro resultado de la conducta, desentendiéndose de cualquier

⁵³ Zaffaroni al explicar la naturaleza de la causalidad señala que *“la causalidad es algo real, es una ‘categoría del Ser’ y no del pensamiento. La causalidad debido a ello no puede ser ‘creada’ por el tipo ni por el Derecho. Lo único que el tipo puede hacer es darle o restarle relevancia. Lo más elemental para comenzar a comprobar si una conducta es típica es preguntarse si ha causado el resultado. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho penal parte general, sexta edición, editorial Ediar, Argentina, 2003, p. 394.”*

otro que pudiera causar. En el caso concreto el resultado consiste en la privación de la vida.

F. Imputación objetiva del resultado a la conducta

Escapa a los límites de este apartado analizar exhaustivamente la teoría de la imputación objetiva⁵⁴; lo anterior, si se toma en cuenta que no hay una sola explicación, por lo que podríamos hablar de tantas teorías de la imputación objetiva como autores que la explican; es más, primero habría que reflexionar si se trata verdaderamente de una teoría.

Por ello, en las líneas que siguen, y dado que resulta de capital importancia para descartar por qué las conductas que ubico en el espacio libre de derecho no pueden ser ubicadas a nivel de este tópico, únicamente analizo los criterios planteados por Roxin y Jakobs.

a. Roxin.

Con Roxin, la teoría de la imputación objetiva de Roxin⁵⁵ puede explicarse en tres momentos: **1.** creación (o aumento) de un riesgo no permitido; **2.** concreción del riesgo en el resultado; y, **3.** éste (el resultado) se encuentre en el ámbito protector de la norma. Así el creador del funcionalismo⁵⁶ teleológico racional explica que “un resultado causado por el sujeto que actúa, sólo debe ser imputado al causante como su obra y sólo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor

⁵⁴ La imputación objetiva representa la contrapartida al dogma causal. Esta teoría nace no sólo como un intento de resolver problemas surgidos en el marco del nexo entre acción y resultado. Pretende dar fin a los problemas de la causalidad, en el ámbito del injusto penal y dentro de la corriente de la ciencia jurídico-penal que se ha dado en llamar funcionalismo penal. Esta postura de Roxin tiene como antecedente inmediato las exposiciones sobre causalidad e imputación objetiva que había hecho Honig en los años treinta. En el que renuncia a la posición filosófica hegeliana de Larenz y acude a consideraciones puramente normativas respecto de la imputación objetiva.

⁵⁵ Quien rechaza el método axiomático-deductivo inspirado en verdades ontológicas propias del finalismo y propugna por la renormativización de la teoría jurídica del delito, teniendo como base los fines del derecho penal. Las bases de este pensamiento teleológico-funcional del Derecho Penal son: primero, un acercamiento entre Política Criminal y Derecho Penal y, segundo, normativización de la teoría jurídica del delito.

⁵⁶ El funcionalismo de Roxin es un sistema del derecho penal de orientación político criminal basado en la vieja aspiración de los penalistas neokantianos de elaborar un sistema teleológico, y con cual se intenta acercar al Derecho penal, concebido como dogma o teoría, y la realidad practica.

haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción (*primer momento*) cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto (*segundo momento*) y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo (*tercer momento*)⁵⁷”.

De esta manera, la imputación del tipo objetivo presupone la realización de un peligro, comprendido dentro del alcance del tipo penal, creado por el autor y no encubierto por el riesgo permitido. Con esta exposición este autor pretendió restringir de modo “objetivo” el concepto ilimitadamente “objetivista”, ante todo, le importó confrontar la incorporación del dolo al tipo del ilícito. De él es la siguiente argumentación: *la tarea de la dogmática consiste en la introducción de criterios de imputación generales y objetivos determinados normativamente*.

La imputación con Roxin está sujeta a si el resultado ocasionado ha sido alcanzado por la realización de un peligro creado por el autor y no abarcado por el riesgo permitido, es decir, ha de “*aclararse como tiene que obtenerse la relación entre el sujeto del delito y el resultado para que éste pueda imputarse a un sujeto determinado como su acción*”, es decir, hay que “*comprobar que el resultado es la obra del autor*”⁵⁸.

La imputación objetiva se comprende con más precisión si ella es aplicada a una característica de la acción, a saber, el ser peligrosa con relación al resultado. En este sentido, si la causación del resultado concreto depende del azar y está fuera del dominio del autor, entonces no existirá desde un principio, una acción dirigida a causar el resultado. Por los demás, el punto de vista del dominio del suceso causal no es extraño a la dogmática jurídico penal.

Para alcanzar su empresa Roxin propuso una serie de criterios normativos, cuyo denominador común está en el “*principio de riesgo*”, según el cual, partiendo del resultado, el tema estaba en determinar si la conducta del autor creó o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico en relación con dicho resultado.

⁵⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel, “*Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*”. Madrid: Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 52.

⁵⁸ ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, segunda ed., trads., Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Edit. Civitas, Madrid, 2001. p. 553 y ss.

Los criterios propuestos por Roxin para determinar el juicio de imputación objetiva del resultado a la conducta son los siguientes: **a)** disminución del riesgo; **b)** creación de un riesgo jurídicamente relevante; **c)** incremento del riesgo permitido; y, **d)** esfera de protección de la norma, mismos que a continuación explico de forma breve.

1. **Disminución del riesgo:** Con este criterio puede negarse la imputación objetiva en los casos de *desviación* de un resultado grave, que haya llevado a producir uno leve.

2. **Creación de un riesgo jurídico-penalmente relevante o no permitido** (o creación de un riesgo prohibido). Según este criterio se procede negar la imputación objetiva cuando la acción no ha creado el riesgo relevante de una lesión al bien jurídico.

3. **Aumento del riesgo permitido.** En estos casos procede negar la imputación objetiva cuando la conducta del autor no ha significado una elevación del riesgo permitido porque el resultado se hubiera producido igualmente aunque el autor hubiera actuado con la diligencia debida.

4. **Ámbito de protección de la norma.** Este criterio permite solucionar aquellos casos en los que, aunque el autor ha creado o incrementado un riesgo que origina un resultado lesivo, éste no debe ser imputado al no haberse producido dentro del ámbito de protección de la norma, es decir si el resultado no era aquel que la norma quería evitar.

b) Jakobs

Para Jakobs, creador del funcionalismo normativo⁵⁹, la teoría de la imputación objetiva cumple un papel fundamental que permite determinar los ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito, así faculta constatar cuando una conducta tiene carácter (objetivamente) delictivo.

⁵⁹ Para Jakobs el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa de constitución y la de sociedad, por lo que el sistema (del Derecho Penal) necesita ser renormativizado en base a la función de prevención- integración que le atribuye a la pena ya que el Derecho penal reacciona no ante la vulneración del bien jurídico legalmente protegido, sino ante el quebrantamiento del ordenamiento jurídico.

En su exposición el autor divide esta teoría en dos niveles: **1)** La calificación del comportamiento como típico (imputación objetiva del comportamiento); y, **2)** La constatación –en el ámbito de los delitos de resultado– de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado). En el primer nivel de la imputación objetiva, Jakobs propone cuatro instituciones dogmáticas a través de las cuales ha de establecerse el juicio de tipicidad:

1. El riesgo permitido: Parte de una definición claramente normativa del “*riesgo*”, desligada de probabilidades estadísticas de lesión y lo define como el estado normal de interacción, es decir, como el vigente *status quo* de libertades de actuación, desvinculado de la ponderación de intereses que dio lugar a su establecimiento, hasta el punto que en muchos casos se trata de un mecanismo de constitución de una determinada configuración social por aceptación histórica; dicho de otro modo, se refiere más a la identidad de la sociedad que a procesos expresos de ponderación.

2. Principio de confianza: Determina cuándo existe, con ocasión del desarrollo de una actividad generadora de un cierto riesgo (permitido), la obligación de tener en cuenta los fallos de otros sujetos que también interviene en dicha actividad (de modo que si no se procediera así, el riesgo dejaría de ser permitido), y cuándo se puede confiar lícitamente en la responsabilidad de esos otros sujetos.

3. Prohibición de regreso: institución de vital importancia para delimitar los límites de la responsabilidad del partícipe. Con ella pretende Jakobs enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva. La prohibición de regreso satisface la necesidad de limitar el ámbito de la participación punible, tanto para comportamientos imprudentes como dolosos, con base a criterios objetivo-normativos. De ese modo, la prohibición de regreso se presenta en cierto modo como el reverso de la participación criminal.

4. Actuación a riesgo propio de la víctima o competencia de la víctima: Mediante esta institución Jakobs propone tener en cuenta la intervención de la víctima en el suceso. En este punto, la teoría de la imputación objetiva

implica la introducción de elementos valorativos que determinan cuáles son los límites de la libertad de actuación, implica, en este sentido, el establecimiento de esferas de responsabilidad.

Como puede verse del desarrollo de las ideas expuestas, tanto con Roxin como con Jakobs, lo que se busca con esta teoría es reemplazar la relación de causalidad por un nexo elaborado sobre la base de consideraciones jurídicas, y no naturales.

c) Demostración de la imputación objetiva

Como ya vimos existe la imputación objetiva del resultado a la conducta del agente cuando el comportamiento del autor ha creado un peligro no permitido para el objeto de la acción y ese peligro se ha realizado en el resultado concreto. ¿Pero cómo probamos esta cuestión? Para ello, es necesario utilizar los nexos de imputación que a continuación se exponen.

Nexo de condición: con él se pretende determinar que la acción ha sido causa del resultado (la causa de la causa es causa de lo causado o la teoría de la *conditio sine qua non*, la cual no es igual a la de la equivalencia de las condiciones).

Nexo de adecuación: aquí se decide (ex ante) si la acción ha creado o incrementado el riesgo de producción del resultado típico. (teoría de la adecuación).

Nexo de fin de protección de la norma: acreditar que el riesgo sea jurídicamente desaprobado (teoría de la relevancia).

Nexo de realización del peligro: Realización de un peligro no amparado por un riesgo permitido, creado por el actor dentro del alcance del tipo.

Resumidamente, concepto del riesgo desempeña un papel clave en la teoría de la imputación objetiva. La imputación objetiva presupone la realización de un peligro no amparado por un riesgo permitido, creado por el autor dentro del alcance del tipo objetivo. Este principio se funda sobre la base de: 1) la comprobación que la acción ha creado un riesgo; 2) un riesgo jurídicamente desvalorado; y, 3) se plasme en la realización de un resultado típico. En el marco

de la imputación objetiva se habla tanto de creación y realización de un riesgo, como de creación y realización de un peligro⁶⁰. Constituye un requisito básico del desvalor de la acción, tanto en la culpa como en el dolo. Creación de un riesgo típicamente relevante, como primer requisito o presupuesto de la imputación objetiva. Peligro como situación de precedida de la lesión del bien jurídico, separable, diferenciable de la acción a la que sucede: el peligro como estado o puesta en peligro. (*ex post*).

Aquí no se refiere al desvalor del comportamiento sino al desvalor del resultado y ha de constatarse *ex post*, teniendo en cuenta los datos reconocibles *ex ante*. Término peligrosidad para enjuiciar *ex ante*, para aludir al peligro o riesgo como atributo de la acción. Peligro o la expresión “puesta en peligro”, para la situación que precede a la lesión que, puede tener entidad por sí misma, como ocurre en los casos de peligro concreto.

Concretamente, los criterios de imputación son desarrollados bajo el principio del riesgo: 1) disminución del riesgo 2) creación o no de un riesgo jurídicamente relevante. 3) riesgo permitido. 4) aumento o falta de riesgo permitido 5) esfera de protección de la norma 5) principio de confianza 6) prohibición de regreso 7) pertenencia del resultado al ámbito de protección de la norma (restricción a la responsabilidad) 8) principio de autonomía de la víctima o competencia de la víctima 9) pertenencia del resultado a un ámbito de responsabilidad ajena.

Después de esta prolongada explicación sobre la teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta⁶¹, podemos resolver el supuesto planteado. El guardavías realizó un peligro no permitido, por tanto, al manipular la palanca creó un riesgo jurídicamente desaprobado, mismo que se concretó en el resultado, y este no está abarcado por el ámbito de protección de la norma. De igual manera no se actualiza ninguno de los aspectos negativos de la imputación, esto es: no existe disminución del riesgo, por el contrario al mover la palanca se crea; por otro lado, aunque se salva la vida de los tripulantes de los trenes a colisionar ello no

⁶⁰ El peligro como una característica de la acción, como un atributo del comportamiento para el cual podría reservarse la expresión peligrosidad de la conducta (*Ex ante*).

⁶¹ Así llamada por mi maestro Enrique Díaz Aranda.

mejora la situación del objeto de la acción. Por todo ello se concluye que el autor con su proceder rebasó el límite de autorización del tipo, y por ello debe imputarse el resultado a su conducta.

G) Error. Desde un punto de vista genérico el error puede concebirse como una falsa apreciación de la realidad o simplemente la ignorancia de algo. Esta falsa creencia puede ser a su vez evitable o inevitable (vencible o invencible). De manera que, para efectos penales, quien ejecuta una conducta no sabe que con ella comete un delito esto seguramente se debe a, por ejemplo: a) que existe un error de tipo; b) un desconocimiento la norma, permisiva o prohibitiva (error de prohibición directo); o bien, c) la suposición errónea de las circunstancias justificantes (error de prohibición indirecto)⁶². En el caso que se analiza es claro que el autor no tuvo ningún tipo de error al actuar como lo hizo.

H) Consentimiento. El consentimiento se entiende como la autorización que realiza el pasivo en la trasgresión de algún bien jurídico que le pertenece. Sin embargo no todos los bienes jurídicos son disponibles. En el caso de la vida, existe una parte de la doctrina que considera que el pasivo si puede disponer de ella; aunque la opinión dominante considera que no. De ahí la negativa a la práctica de la eutanasia, por ejemplo. Ha de ponerse de relieve se propone como una causa de atipicidad o como una causa de justificación. Aquí se propone en el primer sentido. En el caso que nos ocupa no existió consentimiento, además de que, a mi juicio, por lo que hace a la vida, este no opera.

2.2.5. El tipo subjetivo

El aspecto subjetivo del hecho se compone del dolo, la culpa y los elementos subjetivos distintos al dolo. Consistentes el primero en el conocimiento de las circunstancias que rodean el hecho típico y querer el resultado lesivo; la culpa como la infracción al deber de cuidado impuesto por la norma, cuya evitabilidad

⁶² Francisco Muñoz Conde señala que “el error es la falsa representación o la suposición equivocada de la realidad, o simplemente la ignorancia”. Cfr. Muñoz Conde, Francisco, *El error en Derecho Penal*, editorial Tirant lo Blanch,

estaba en manos del autor; finalmente los elementos subjetivos distintos al dolo se describen como aquellos elementos específicos como el ánimo, tendencia o propósito o el móvil del sujeto activo, siempre que sean elementos del tipo. En el caso concreto, y partiendo de la forma en como se concibe aquí al dolo, podríamos decir que el comportamiento del agente es de este tipo, en virtud de que conocía las circunstancias del hecho y conforme a ello quiso ese resultado lesivo, esto es la muerte de los trabajadores ferroviario por salvar la vida de los tripulantes del tren.

2.2.6. Circunstancias. Una circunstancia, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es Accidente de tiempo, lugar, modo, etc. De la anterior acepción podemos entender que una circunstancia es aquello que se da de manera ocasional. En Derecho existen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes. Este es el punto toral de la investigación, pues son las circunstancias las que en todo caso pueden servir para catalogar una conducta como típica y antijurídica o simplemente dejarla al margen de la valoración jurídica *ex post*.

Veamos a continuación gráficamente los restantes casos penales.

Caso 2.

Hecho. Colisión de deberes del médico, vida versus vida: *“En una sala de urgencias llegan tres heridos con traumatismo craneoencefálico. Desgraciadamente sólo hay un médico, quien ante el diagnóstico y pronóstico grave de los tres y la imposibilidad de atenderlos al mismo tiempo, decide intervenir a uno y dejar a los otros dos en espera, salvando la vida del primero y muriendo los otros dos.”*⁶³

Descripción típica: *“Artículo 123. Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte*

⁶³ DIAZ-ARANDA, Enrique y otros. *Manual teórico-práctico en materia penitenciaria y de la defensa penal*. Editado por el Gobierno del Estado de Hidalgo, México, 2005, p.165. ARTHUR Kaufmann narra un supuesto de hecho similar al referido por Díaz-Aranda, mismo que expone en los siguientes términos: “Luego de un accidente en masa en una autopista, dos heridos de gravedad son llevados al hospital. El médico jefe responsable conecta a uno de los dos heridos a la única máquina de corazón y pulmón todavía disponible. Éste se salva; el otro que *ex ante* tenía las mismas posibilidades de sobrevivir muere; que fuera transportado a otro hospital no era aconsejable, teniendo en cuenta su estado”. Dicho autor ubica tal tópico en el *espacio libre de derecho*, doctrina que sirve de tesis en este trabajo de licenciatura. KAUFMANN, Arthur, *Filosofía... Op. cit*, p. 411.

| | |
|--|------------------------------|
| años de prisión”. | |
| “Artículo 16 (Omisión impropia o comisión por omisión). En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si: - - I. Es garante del bien jurídico; - - II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y - - III. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo. - - Es garante del bien jurídico el que: - - c). Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico...”. | |
| “Artículo 18 (Dolo y Culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente. - - Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar. | |
| TIPO OBJETIVO | ¿En qué consiste? |
| Conducta típica | Omitir atender a los heridos |
| Bien jurídico | La vida |
| Objeto material | El cuerpo de los heridos |
| Nexo causal | No existe |
| Resultado | La muerte |
| IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO A LA CONDUCTA | Nexo de imputación |
| a. Creación o aumento de un riesgo jurídicamente desaprobado. | Sí |
| b. Concreción del riesgo en el resultado. | Sí |
| c. Ámbito de protección de la norma | Sí |
| TIPO SUBJETIVO | |
| a. Dolo | |
| b. Culpa | Sí |
| c. Elementos específicos distintos al dolo | |
| CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN | |
| 1. Defensa legítima | No |
| 2. Estado de necesidad | No |
| 3. Consentimiento justificante | No |
| 4. Ejercicio de un derecho | No |
| 5. Cumplimiento de un deber | No |

Caso 3.

Hecho. Caso de “La Mignonette”: “Un capitán ordena el cierre de las escotillas de un barco que hace agua y que está a punto de naufragar, con lo que muere una parte de la tripulación, pero consigue salvarse así la embarcación y el resto de los marineros.”⁶⁴
 “Artículo 9º.- Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo

⁶⁴ CUERDA RIEZU, Antonio, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Editorial Tecnos, Madrid 1984, p. 161.

| | |
|--|--|
| <i>como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y - - - Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales. (Código Penal Federal)</i> | |
| TIPO OBJETIVO | ¿En qué consiste? |
| Conducta típica | Cerrar las escotillas del barco cuando hacía agua |
| Bien jurídico | Vida |
| Objeto material | Cuerpo de las personas tripulantes |
| Nexo causal | No |
| Resultado | La muerte |
| IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO A LA CONDUCTA | Nexo de imputación sí |
| a. Creación o aumento de un riesgo jurídicamente desaprobado. | Sí |
| b. Concreción del riesgo en el resultado. | Sí |
| c. Ámbito de protección de la norma | Sí |
| TIPO SUBJETIVO | Sí |
| a. Dolo | |
| b. Culpa | |
| c. Elementos específicos distintos al dolo | |
| CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN | |
| 1. Defensa legítima | No |
| 2. Estado de necesidad | No |
| 3. Consentimiento justificante | No |
| 4. Ejercicio de un derecho | No |
| 5. Cumplimiento de un deber | No |

Caso 4.

Hecho. Colisión de deberes por colisión de vehículos: *El procesado conducía un camión Pegaso fuertemente cargado y por una acusada pendiente que terminaba en un puente debidamente señalizado y con preferencia de paso para la dirección contraria. Lo hacía sin poner marcha más corta que la tercera, pese a venir en dirección opuesta un camión, al que, en acatamiento de la preferencia, estaba dejando pasar un autobús de viajeros que marchaba en la misma dirección que el procesado. Al pretender detenerse detrás del autobús, al procesado le fallaron los frenos, por lo que <<...tuvo que optar o por colisionar frontalmente contra la trasera del autobús o bien eludir este choque desviándose a la izquierda pero sin poder evitar finalmente dar contra el otro camión que venía en sentido contrario, para precipitarse los dos vehículos a la rambla y producirse la muerte del conductor de dicho último camión...>>.*⁶⁵

Descripción típica: "Artículo 123. Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte

⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; Mirentxu Corcoy Bidasolo y Francisco Baldó Lavilla, *Sistema de casos prácticos de Derecho penal, Parte General, con soluciones*, Editorial José María Bosch, Barcelona, 1993. Tal caso fue tomado por dichos autores de un caso real juzgado en los Tribunales españoles (e-2) STS 15 de junio de 1971), p. 229.

años de prisión”.

“Artículo 18 (Dolo y Culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente. - - - Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.

“Artículo 140. Cuando el homicidio o las lesiones se cometan culposamente con motivo del tránsito de vehículos, se impondrá la mitad de las penas previstas en los artículos 123 y 130 respectivamente, en los siguientes casos:”. - - - “Además, se impondrá suspensión de los derechos en cuyo ejercicio hubiese cometido el delito, por un lapso igual al de la pena de prisión que se le imponga; o si es servidor público, inhabilitación por el mismo lapso para obtener otro empleo, cargo o comisión de la misma naturaleza.”.

“Artículo 141. Cuando por culpa se cause homicidio de dos o más personas, en las circunstancias previstas en el artículo anterior, las penas serán de seis a veinte años de prisión y suspensión de los derechos en cuyo ejercicio hubiese cometido el delito por un periodo igual al de la pena de prisión impuesta; o si es servidor público, destitución e inhabilitación por igual período para obtener empleo, cargo o comisión de la misma naturaleza.”

| TIPO OBJETIVO | ¿En qué consiste? |
|---|--|
| Conducta típica | Desviar el vehículo para colisionar con el que venía de frente |
| Bien jurídico | Vida |
| Objeto material | Cuerpo de la víctima |
| Nexo causal | Sí |
| Resultado | La muerte |
| IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO A LA CONDUCTA | |
| a. Creación o aumento de un riesgo jurídicamente desaprobado. | Sí |
| b. Concreción del riesgo en el resultado. | Sí |
| c. Ámbito de protección de la norma | Sí |
| TIPO SUBJETIVO | |
| a. Dolo | Dolo |
| b. Culpa | |
| c. Elementos específicos distintos al dolo | |
| CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN | |
| 1. Defensa legítima | No |
| 2. Estado de necesidad | No |
| 3. Consentimiento justificante | No |
| 4. Ejercicio de un derecho | No |
| 5. Cumplimiento de un deber | No |

Caso 5.

Hecho. Eutanasia Hitler: “El día 1 de septiembre de 1939, Hitler dictó una orden para que los establecimientos psiquiátricos informaran sobre las características de la enfermedad y ante todo, sobre la capacidad de trabajo de los reclusos en dichos establecimientos. Estas informaciones

llegaron al Ministerio del Interior elaborándose con ellas listas en las que se determinaban los sujetos que debían ser aniquilados. En los establecimientos psiquiátricos se recibió la orden de preparar el traslado de estos enfermos a otros centros donde debían ser ejecutados. Una comisión se encargó de examinar estas listas. Dos médicos psiquiatras, que formaban parte de dicha comisión, procuraron tachar de las listas a tantos enfermos como les fuera posible, e incluso liberaron de los establecimientos a algunos de ellos, consientes de que actuaban en contra de la orden. Ambos médicos colaboraron en el transporte de los enfermos cuyo nombre quedó definitivamente en las listas, sospechando que su destino era la muerte. A pesar de los graves conflictos de conciencia que esta colaboración les planteaba se decidieron a participar en la acción de aniquilamiento con el fin de salvar el mayor número posible de enfermos, pues sabían que si se negaban a intervenir, serían sustituidos por otros médicos, fieles al Régimen Nazi, que cumplirían las órdenes sin más dilaciones.”^{66 67}

Descripción típica: “Artículo 123. Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión”.

“Artículo 18 (Dolo y Culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente. - - - Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.

| TIPO OBJETIVO | ¿En qué consiste? |
|---|---|
| Conducta típica | En seleccionar a las personas que debían morir, no obstante querer salvar otras |
| Bien jurídico | Vida |
| Objeto material | El cuerpo de las personas seleccionadas |
| Nexo causal | Si |
| Resultado | La muerte |
| IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO A LA CONDUCTA | |
| a. Creación o aumento de un riesgo jurídicamente desaprobado. | Si |
| b. Concreción del riesgo en el resultado. | Si |
| c. Ámbito de protección de la norma | Si |
| TIPO SUBJETIVO | |
| a. Dolo | Si |
| b. Culpa | |
| c. Elementos específicos distintos al dolo | |
| CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN | |
| 1. Defensa legítima | No |

⁶⁶ *Ibid.* p. 231 y 232.

⁶⁷ En este punto resulta interesante leer el debate de veinticinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, que como miembros del Supremo Tribunal de las Fuerzas Aliadas en Nuremberg sostuvieron los jueces Sempronio, Cayo y Ticio, al juzgar a los detenidos del derrotado ejército Nazi, quienes disintieron en sus puntos de vista al tratar de dilucidar si éstos debían ser absueltos por haber actuado conforme al derecho establecido por el Tercer Reich. En Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, décima edición, editorial Ariel, Barcelona, 2001, pp.18 a 27.

| | |
|---------------------------------------|----------------------|
| 2. Estado de necesidad | No |
| 3. Consentimiento justificante | No |
| 4. Ejercicio de un derecho | No |
| 5. Cumplimiento de un deber | Probablemente |

Caso 6.

| | |
|---|-------------------------------------|
| <p>Hecho. Colisión de bienes y deber de salvamento: “Luis ha ido a la playa con sus dos hijos pequeños. En un determinado momento advierte que ambos se hallan en peligro de ahogarse, de tal modo que si acude a salvar a uno, no podrá auxiliar al otro. Como no tiene otra alternativa, nada en dirección al primero de ellos, salvándole y no pudiendo evitar que el segundo muera ahogado.”⁶⁸</p> | |
| <p>Descripción típica: “Artículo 123. Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión.” “Artículo 16 (Omisión impropia o comisión por omisión). En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si: - - I. Es garante del bien jurídico; - - II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y - - III. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo. - - Es garante del bien jurídico el que: - - d). Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.” “Artículo 18 (Dolo y Culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente. - - - Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.</p> | |
| TIPO OBJETIVO | ¿En qué consiste? |
| Conducta típica | Omitir salvar al hijo muerto |
| Bien jurídico | Vida |
| Objeto material | Cuerpo de su hijo |
| Nexo causal | Sí |
| Resultado | Muerte |
| IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO A LA CONDUCTA | |
| a. Creación o aumento de un riesgo jurídicamente desaprobado. | Sí |
| b. Concreción del riesgo en el resultado. | Sí |
| c. Ámbito de protección de la norma | Sí |
| TIPO SUBJETIVO | |
| a. Dolo | |
| b. Culpa | Sí |
| c. Elementos específicos distintos al dolo | |
| CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN | |
| 1. Defensa legítima | No |

⁶⁸ *Ibid.* p. 232

| | |
|---------------------------------------|--|
| 2. Estado de necesidad | Probablemente (pero exculpante) |
| 3. Consentimiento justificante | No |
| 4. Ejercicio de un derecho | No |
| 5. Cumplimiento de un deber | No |

Caso 7.

| | |
|---|--|
| Hecho. Caso del tercero no involucrado: “Si alguien que al subir al tren se halla en peligro de ser arrojado al andén por los otros pasajeros que lo empujan, consigue evitar esto haciendo caer a otro, entonces evita el daño afectando a otro que no estaba involucrado.” ⁶⁹ | |
| Descripción típica: “Artículo 123. Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión”. “Artículo 18 (Dolo y Culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente. - - - Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar. | |
| TIPO OBJETIVO | ¿En qué consiste? |
| Conducta típica | Hacer caer al tercero |
| Bien jurídico | Vida |
| Objeto material | Cuerpo del tercero |
| Nexo causal | Sí |
| Resultado | Muerte del tercero |
| IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO A LA CONDUCTA | |
| a. Creación o aumento de un riesgo jurídicamente desaprobado. | Sí |
| b. Concreción del riesgo en el resultado. | Sí |
| c. Ámbito de protección de la norma | Sí |
| TIPO SUBJETIVO | |
| a. Dolo | Sí |
| b. Culpa | |
| c. Elementos específicos distintos al dolo | |
| CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN | |
| 1. Defensa legítima | No |
| 2. Estado de necesidad | Probablemente (pero exculpante) |
| 3. Consentimiento justificante | No |
| 4. Ejercicio de un derecho | No |
| 5. Cumplimiento de un deber | No |

⁶⁹ HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho penal, Obras completas*, Trad., Patricia Ziffer, Editorial Rubinzal Culzoni, Argentina 1999, tomo I, p. 108.

Caso 8.

| | |
|---|---|
| Hecho. La Tabla de Carneades (caso de laboratorio): “Dos náufragos intentan salvarse asiéndose a un tabla flotante que evidentemente no puede soportar más que a uno. Cada uno de los dos intenta respectivamente separar violentamente al otro de la tabla. X se salva, Y se ahoga.” ⁷⁰ | |
| Descripción típica: “Artículo 123. Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión”. “Artículo 18 (Dolo y Culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente. - - - Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización.” | |
| TIPO OBJETIVO | ¿En qué consiste? |
| Conducta típica | Separar de la tabla al otro naufrago |
| Bien jurídico | Vida |
| Objeto material | Cuerpo del naufrago pasivo |
| Nexo causal | Sí |
| Resultado | Muerte |
| IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO A LA CONDUCTA | |
| a. Creación o aumento de un riesgo jurídicamente desaprobado. | Sí |
| b. Concreción del riesgo en el resultado. | Sí |
| c. Ámbito de protección de la norma | Sí |
| TIPO SUBJETIVO | |
| a. Dolo | Sí |
| b. Culpa | |
| c. Elementos específicos distintos al dolo | |
| CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN | |
| 1. Defensa legítima | No (no existe defensa legítima frente a defensa legítima) |
| 2. Estado de necesidad | Probablemente |
| 3. Consentimiento justificante | No |
| 4. Ejercicio de un derecho | No |
| 5. Cumplimiento de un deber | No |

Caso 9.

| |
|---|
| Hecho. El caso de los alpinistas: “Dos alpinistas, tras haber sufrido una caída, cuelgan en una pared rocosa de una cuerda de seguridad y el salvador sólo puede cortar la cuerda y salvar a uno de ellos de una muerte inmediata, mientras que el otro se precipitará a la muerte.” ⁷¹ |
|---|

⁷⁰ KAUFMANN, Arthur, *op. cit.*, p. 410.

⁷¹ *Id.*

| | |
|---|---------------------------------|
| Descripción típica: “Artículo 123. Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión”. | |
| “Artículo 18 (Dolo y Culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente. - - - Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización. | |
| TIPO OBJETIVO | ¿En qué consiste? |
| Conducta típica | Cortar la cuerda |
| Bien jurídico | Vida |
| Objeto material | Cuerpo del alpinista |
| Nexo causal | Sí |
| Resultado | Muerte |
| IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO A LA CONDUCTA | |
| a. Creación o aumento de un riesgo jurídicamente desaprobado. | Sí |
| b. Concreción del riesgo en el resultado. | Sí |
| c. Ámbito de protección de la norma | Sí |
| TIPO SUBJETIVO | |
| a. Dolo | Sí |
| b. Culpa | |
| c. Elementos específicos distintos al dolo | |
| CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN | |
| 1. Defensa legítima | No |
| 2. Estado de necesidad | Probablemente (pero exculpante) |
| 3. Consentimiento justificante | No |
| 4. Ejercicio de un derecho | No |
| 5. Cumplimiento de un deber | No |

Caso 10.

| |
|--|
| Hecho. Acción eutanasia del médico: “El médico que desconecta el único aparato disponible a un paciente con mal pronóstico, con consecuencia mortal cognoscible, para conectarlo a un paciente recién ingresado, de pronóstico más favorable”. ⁷² |
| Descripción típica: “Artículo 123. Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión”. |
| “Artículo 16 (Omisión impropia o comisión por omisión). En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si: - - - I. Es garante del bien jurídico; - - - II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y - - - III. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo. - - - Es garante del bien jurídico el que: - - - a). Aceptó efectivamente su custodia; - - - b). Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza; - - - c). Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o - - - d). |

⁷² JAKOBS, Günther, *op. cit.* p. 507.

| | |
|--|---|
| Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.” “Artículo 18 (Dolo y Culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente. - - - Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización. | |
| TIPO OBJETIVO | ¿En qué consiste? |
| Conducta típica | Haber desconectado al paciente del aparato que le daba vida |
| Bien jurídico | Vida del paciente |
| Objeto material | El cuerpo de éste |
| Nexo causal | Sí |
| Resultado | Muerte |
| IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO A LA CONDUCTA | |
| a. Creación o aumento de un riesgo jurídicamente desaprobado. | Sí |
| b. Concreción del riesgo en el resultado. | Sí |
| c. Ámbito de protección de la norma | Sí |
| TIPO SUBJETIVO | |
| a. Dolo | Sí |
| b. Culpa | |
| c. Elementos específicos distintos al dolo | |
| CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN | |
| 1. Defensa legítima | No |
| 2. Estado de necesidad | Probablemente (pero exculpante) |
| 3. Consentimiento justificante | No |
| 4. Ejercicio de un derecho | No |
| 5. Cumplimiento de un deber | No |

Como puede verse, los casos arriba propuestos (algunos ubicados en los conocidos como de *tercero no involucrado*), gozan de algunos aspectos que les son comunes. Todos cumplen con la tipicidad, al constatarse el tipo objetivo y subjetivo; ninguno queda amparado por alguna de las causas de justificación escritas, al menos de forma convincente; y, además, la mayoría de éstos pueden ser resueltos a nivel de culpabilidad como el estado de necesidad exculpante. Esto último es precisamente lo que no comparto, pues a mi juicio, ello ha de solucionarse después de la tipicidad, pero antes estudiada la antijuridicidad, bajo la fórmula: *no prohibido–no permitido*.

Las repercusiones dogmáticas suelen ser de vital importancia. Recuérdese por ejemplo que para la imposición de una medida de seguridad, únicamente se requiere de la integración de lo injusto. Asimismo, para efectos de la ficha señalética, recabada a todo procesado⁷³, quedaría latente ésta en caso de declarar antijurídica la conducta del agente. Así pues, es que se propone el espacio libre de derecho, pues, desde mi óptica, resulta inconcuso calificar de antijurídica la conducta de quien desata semejantes nudos gordianos, degradando, con esa calificación de antijurídica, la dignidad humana; además de que traería consecuencia por lo que a su libertad personal se refiere. Lo anterior es así, porque, a mi juicio, el ejercicio de aplicación del Derecho penal no ha de realizarse exclusivamente a través de lo que establezca el derecho objetivo, sino que además han de tomarse en cuenta los principios que imperan en nuestra materia y las circunstancias que en ese momento rodean al hecho y al autor.

Así por ejemplo, piénsese en la excitación emocional que vivía el guargaagujas al momento de decidir la maniobra de mover la palanca o de abstenerse de hacerlo, pues ante todo podía prever los resultados desgraciados que acaecerían, pues según, en esas circunstancias, “el cerebro ejercita, con el

⁷³ Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIV, Octubre de 2006, Página: 164, Tesis: 1a./J. 60/2006, Jurisprudencia Materia(s): Penal: “ORDEN DE IDENTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA (FICHA SIGNALÉTICA). DEBE IMPUGNARSE A TRAVÉS DEL RECURSO DE APELACIÓN PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 414 Y 418 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL ANTES DE ACUDIR AL AMPARO. Conforme al artículo 298 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la orden de identificación administrativa del procesado (ficha señalética) es una consecuencia directa tanto del auto de sujeción a proceso como del de formal prisión, y constituye una medida de naturaleza administrativa-procesal que se rige por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues su ejecución tiene por objeto aportar al Juez de la causa y de futuros procesos, elementos suficientes para la individualización de la pena. Ahora bien, al igual que el auto del que deriva, la mencionada orden de identificación es impugnabile mediante el recurso de apelación previsto en los numerales 414 y 418 del referido Código, cuando se reclame de manera destacada o como acto independiente del auto de término constitucional del cual emana, siempre que dicha impugnación verse sobre violaciones a dicho artículo 16 constitucional; es decir, cuando se discurren cuestiones de legalidad; ya que el recurso tendrá como finalidad que el tribunal de segunda instancia analice la legitimidad de dicha orden y, en su caso, determine su modificación, revocación o nulificación. En congruencia con lo anterior, y en cumplimiento al principio de definitividad, se concluye que si el ordenamiento aplicable prevé el recurso de apelación como medio ordinario de impugnación, éste debe agotarse antes de promover el juicio de amparo; máxime que la orden de identificación administrativa no constituye una pena o una sanción restrictiva de la libertad del procesado, por lo que no se actualiza alguna de las excepciones previstas en el artículo 73, fracción XIII, párrafo segundo, de la Ley de Amparo”.

pensamiento de la *necesidad*, una acción misteriosa sobre el corazón, que en el momento de la decisión palpita más fuerte y rápido. Correlativamente, la respiración se hace más rápida y frecuente, de manera que la desoxidación y oxidación de la sangre se producen con mayor rapidez, siendo entonces natural que la fuerza que los músculos son capaces de desarrollar y la actividad que los nervios pueden desplegar sean mucho mayores⁷⁴. ¿Por qué no ha de considerar el Derecho penal al actuante en esas circunstancias?, recuérdese que el Leviatán en otros casos da autorizaciones para lesionar bienes jurídicos —como la vida por ejemplo—, cuando se recibe un ataque antijurídico (legítima defensa).

Pero bueno, desde mi punto de vista, la confianza recíproca que se genere entre los ciudadanos, y la de estos últimos en las instituciones, sería un buen principio para reducir la criminalidad. La solidaridad humana imprescindible para lograr este objeto. Pues tomar la postura de los políticos, muy dados a criminalizar los problemas sociales inventando nuevas penas e incrementando sanciones, no es un buen mecanismo para lograr dicha empresa. En síntesis, es necesario la participación del ciudadano y del Estado en los problemas que aquejan al grupo social, es decir, el Estado ha de ser incluyente y el ciudadano interesado en los problemas sociales. Los principios de confianza, tolerancia, responsabilidad personal y estatal y la comunicación, son fundamentales para lograr la identidad de grupo al que se pertenece.

Como ya quedó de manifiesto, éste no un trabajo en el que se proponga una reforma más en la ley, sino que en él se intenta una propuesta de reflexión sobre la capacidad del Ordenamiento para la solución de problemas que en muchas ocasiones quedan fuera del ámbito del derecho escrito, pero que sin embargo ha de dárseles una solución a través de la interpretación del mismo⁷⁵.

⁷⁴ Estas ideas que Fioretti utiliza para explicar el estado emocional en que se encuentra que pretende ejercer la legítima defensa, puede ayudar también a explicar por que el derecho penal debe ser comprensible con la persona que actúa en los presupuestos desarrollados bajo la idea del espacio libre de derecho. Fioretti, Julio, y Adolfo Zerboglio, *Sobre la legítima defensa, estudio jurídico*, traducido al español por Juan Chabás, Madrid, Reus, 1926, p. 22.

⁷⁵ Los criterios de interpretación juegan un papel de relevada importancia, por ello a continuación esbozo cuáles son los que admite el derecho penal. **a)** Gramatical: toma en consideración el tenor literal de la ley; sin embargo, este tipo de interpretación solamente puede realizarse en *bonam partem* y no en *malam partem*, es decir, cuando con la interpretación le favorezca al reo y no cuando le perjudique; **b)** histórica: se realiza a partir de la exposición de motivos de la ley a

interpretar, así como de los trabajos preparatorios; **c)** sistemática o lógico sistemática: tiene por objeto superar las posibles contradicciones entre los diversos preceptos penales; **d)** analógica, con ésta se trata de determinar qué es lo que dice el Derecho penal sobre una cuestión dudosa acudiendo a la comparación con otras figuras delictivas o instituciones penales similares. Pero tanto si restringe como se extiende ha de mantenerse siempre dentro del marco del sentido literal posible, hecho así, no viola el principio de legalidad; **e)** extensiva: amplía el círculo de supuestos punibles; la restrictiva lo restringe. Como en Derecho penal el límite máximo de interpretación es la letra de la ley, ello quiere decir que, en nuestra disciplina, interpretación extensiva será aquella que lleva a incluir en un precepto penal todos los comportamientos que su tenor literal admite (o, por lo menos, la mayoría de ellos); en cambio, interpretación restrictiva será aquella que excluya de un precepto comportamientos que, de acuerdo con el sentido literal de la norma, muy bien pudieran considerarse abarcados por ella; **f)** interpretación teleológica: es aquella que busca los fines del precepto, de las instituciones, del orden jurídicopenal o del derecho en general. Pero qué se debe perseguir, el fin subjetivo del legislador o el fin objetivo de la ley. La doctrina dominante acoge la segunda de las propuestas. La introducción de la idea de justicia en la interpretación teleológica es uno de los medios para conferir validez inmediata al Derecho natural.

4. Conclusiones generales

1. La esencia del derecho debe ser siempre la solución y prevención del conflicto, a lo cual puede ayudar el *teoría del espacio libre de derecho*, reconociéndole al ciudadano la libertad de actuar ahí donde las fronteras de derecho no llegan, sin que tropiece con la posibilidad de ser considerado trasgresor de las normas.

2. Existe un *espacio libre de derecho* que puede ayudar a la solución de casos penales y a la reducción de la criminalidad, tolerándose sólo aquellos actos humanos que no traspasen la dignidad de su congénere. El axioma: *una conducta típica que, en situaciones límite, no encuentre amparo en alguna causa de justificación ha de considerarse no prohibida-no permitida.*

3. Para poder transigir a este pensamiento es menester considerar al Derecho, ya no exclusivamente como un conjunto de normas de estructura tradicional, que tienen como única forma de aplicación la subsunción, sino, además, como un conjunto de principios, que tienen como ejemplo claro los derechos fundamentales, su forma de aplicación la ponderación bajo la fórmula de peso.

4. La norma jurídica, desde el punto de vista estructural, está compuesta por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, la cual cuenta, tanto en su aspecto primario como secundario, de una valoración-determinación.

5. La antijuridicidad no es un concepto propio del derecho penal sino de la totalidad del sistema jurídico.

6. Las conductas ubicadas dentro del espacio libre no pueden ser solucionadas a nivel de tipo (ámbito protector de la norma), a nivel de las causas de justificación ni dentro de las causas de exculpación.

7. Lo primero por que los comportamientos tasados bajo el espacio libre, son conductas típicas (relevantes) que pueden ser perfectamente subsumibles dentro del tipo penal respectivo en el que tengan lugar, tanto en su aspecto objetivo como en el subjetivo.

8. Lo segundo, porque, a más de no haber tasada en la ley, causa de justificación que las ampare, éstas no resultarían suficientes, pues lo que determina la juridicidad o antijuridicidad de la conducta del agente es su dignidad como persona, por lo que no se le puede considerar trasgresor del orden jurídico con base en criterios de justicia material.

9. Lo último, por que resulta contrario a la dignidad de la persona considerar su conducta como antijurídica cuando la mala fortuna le ha puesto en su camino una situación para que la resuelva.

10. Finalmente, el Derecho penal de un Estado Social y Democrático de Derecho ha de ser un derecho penal de principios más que de leyes, pues no se olvide que el derecho es un producto de la vida social gestado en la individualidad de la persona humana. Concretamente, ha de entenderse que la dignidad del hombre es un límite inmanente al Derecho positivo, por lo que no puede ser considerado como un simple interés más a incluir en la ponderación.

5. Propuesta

Lo que aquí propongo no es derecho *in dubio pro reo*, sino un tipo de derecho penal que límite la actuación del poder punitivo del Estado, tomando en cuenta que las normas jurídico penales pueden aplicarse a todas las personas a partir de los dieciocho años de edad¹, por lo que no sería casualidad que cualquier ciudadano socialmente responsable pudiera en algún momento encontrarse en

¹ Así lo dispone el artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal cuyo texto es: “artículo 12 (Validez personal y edad penal). Las disposiciones de este Código se aplicarán a todas las personas a partir de los dieciocho años de edad.

alguno de los supuestos que aquí sirven de análisis; sin embargo, sería ingénuo tachar de injusto el comportamiento de quien resuelva la colisión que se presente, no siendo necesario analizarlo a nivel de culpabilidad, como un estado de necesidad exculpante o bajo los criterios de merecimiento y la necesidad de la pena. Tampoco se trata de hacer propuestas que no tengan un sustento científico, sino de proponer, soluciones a partir de lo experimentado en la realidad social.

ESQUEMA DEL DELITO

CONDUCTA TIPICA



1. TIPICIDAD

1.1. ELEMENTOS DEL TIPO OBJETIVO

1. Sujetos (activo y pasivo) y su calidad¹.
2. Conducta (acción y omisión).
3. Bien jurídico (personal o suprapersonal)
4. Objeto material
5. Circunstancias (tiempo, modo o situación y lugar)
6. Medios comisivos (violencia moral o física, otros medios).
7. Nexo causal
8. Resultado (formal o material)
9. Imputación objetiva del resultado
- A) FUNCIONALISMO FINALMENTE RACIONAL DE ROXIN
 - a. creación del riesgo no permitido
 - b. concreción del riesgo en el resultado; y,
 - c. pertenencia del resultado al ámbito protector de la norma.
- B) FUNCIONALISMO NORMATIVO, JAKOBS
 1. Imputación del comportamiento:
 - a. Riesgo permitido
 - b. Principio de confianza
 - c. Actuación a propio riesgo
 - d. Prohibición de regreso
 2. Imputación del resultado.

1.2. ELEMENTOS NORMATIVOS.

1. JURÍDICOS
2. CULTURALES

1.2. ELEMENTOS DEL TIPO SUBJETIVO

1. DOLO
2. CULPA
3. ELEMENTOS ESPECÍFICOS (ánimo, tendencia o propósito del sujeto activo; el móvil, siempre que éste sea elemento del tipo.

2. ANTIJURIDICIDAD (FORMAL O MATERIAL)

2.1. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

1. DEFENSA LEGÍTIMA
2. ESTADO DE NECESIDAD
3. CONSENTIMIENTO JUSTIFICANTE²
4. EJERCICIO DE UN DERECHO
5. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

3. CULPABILIDAD NORMATIVA

**3. 1. IMPUTABILIDAD
3. 2. CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD
3.3. EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA**

CAUSAS DE INculpABILIDAD Y EXculpACIÓN

1. Inimputabilidad (disminuida)
2. Acciones libres en su causa
3. Estado de necesidad exculpante
4. No exigibilidad de otra conducta
5. Error de prohibición (vencible, invencible y de subsunción)
6. Conciencia de la antijuridicidad
7. Juicio de reproche.

¹ De esto deriva, desde luego, la forma de intervención; esto es, si el activo es autor o partícipe en el delito.

² El consentimiento también puede operar como causa de atipicidad. Dicho consentimiento puede ser expreso, tácito o presunto. En el esquema omito mencionar los aspectos negativos del delito y la teoría del error, la cual es aplicable en toda la teoría del delito.

BIBLIOGRAFÍA

- ◆ ALEXY, Robert,
- ◆ *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

- ◆ *Teoría de los Derecho fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdéz, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997
- ◆ *Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, REDC, núm., 66, 2002.

- ◆ ATIENZA, Manuel,
- ◆ *Derecho y argumentación*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá-Colombia, 1997

- ◆ AUSÍN TXETXU Y LORENZO PEÑA, *La deducción normativa*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. número 23, año 2000.

- ◆ BACIGALUPO, Enrique, *Técnicas de resolución de casos penales*, 2ª edición, editorial Hamurabi, 2002.

- ◆ BERNAL Pulido, Carlos, *La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales*, Doxa, cuadernos de filosofía.

- ◆ BONNECASE, Julien, *Introducción al Estudio del Derecho*, segunda ed., Editorial Temis, Bogotá-Colombia. 2000.

- ◆ BRIESKORN, Norbert, *Filosofía del Derecho*, editorial Herder, Barcelona, 1993.

- ◆ BRONOWSKI, Jacob, *Los orígenes del conocimiento y la imaginación*, segunda edición,. Traducción de Enrique Lynch, Editorial Gedisa, Barcelona, 1993.

- ◆ COMANDUCCI, Paolo. *Principios jurídicos e indeterminación del Derecho*. Doxa 21-II, 1998.

- ◆ CUERDA RIEZU, Antonio, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Editorial Tecnos, Madrid 1984, p. 161.

- ◆ DE MIGUEL PÉREZ, Isidro, *Derecho penal, principios generales*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Carácas, 1963.

- ◆ DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, Tomo I, traducido por Luis Recasens Siches, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1946.

- ◆ DIAZ-ARANDA, Enrique, *Derecho penal parte general (conceptos, principios y fundamentos del Derecho penal mexicano conforme a la teoría funcionalista social)*, México, coedición Porrúa-UNAM, 2004.
 - *El consentimiento de la víctima en la eutanasia (ubicación y relevancia)*, Revista Jurídica Jalisciense, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Guadalajara, año 3, número 5, enero-abril, 1993.
 - *Manual teórico-práctico en materia penitenciaria y de la defensa penal*. Editado por el Gobierno del Estado de Hidalgo, México, 2005.
 - *Dolo (causalismo finalismo, funcionalismo y reforma penal en México)*, 3ª edición, México, Porrúa.
 - *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, Madrid, Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia e Interior y Universidad Complutense de Madrid, 1995.

- ◆ ENGISCH, Karl, *El ámbito de lo no jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicidad, 1960.

- ◆ ESER, Albin, *Derecho Penal, Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencia*, trad. Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá, Colex, 1995.

- ◆ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal fundamental. Tomo II*, segunda edición, Temis, Bogotá, 1989.

- ◆ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El Estado de Excepción en el Derecho Constitucional Español*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1977.

- ◆ FERRER BELTRÁN, Jordi, *Cómo se valora una prueba*, en Revista de Ciencias Penales *Iter Criminis*, No. 10, segunda época, abril-junio 2004.

- ◆ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal, Introducción y parte general*, Duodécima edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

- ◆ FRANCO GUZMÁN, Ricardo, *Delito e Injusto, (formación del concepto de antijuridicidad)*, México 1950.

- ◆ FRONDIZI, Risieri, *¿Qué son los valores?*, decimoséptima reimpresión de la tercera edición, Edit., Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

- ◆ GALLAS, Wilhelm, *La teoría del delito en su momento actual*, trad. Juan Cordoba Roda, edit. Bosch, Barcelona, 1959

- ◆ GARCÍA Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 17ª ed. Edit. Porrúa, México.
- ◆ GAY BOCHACA, José, *Curso de Filosofía*, Editorial RIALP, España, 2001.
- ◆ GEVAERT, Joseph, *El problema del hombre, introducción a la antropología filosófica*, trad. Alfonso Ortiz, Duodécima edición, Ed. Sígueme, Salamanca-España.
- ◆ GIMBERNAT, Enrique, *El concepto y el método del Derecho*, Editorial Tecnos.
- ◆ GÓMEZ LÓPEZ, Orlando, *Legítima Defensa*, Ed. Temis, Bogotá, 1991.
- ◆ HART, Hebert. L. A., *El concepto del Derecho*, Traducción de Genaro R. Carrio, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina.
- ◆ HEGEL, G. W. Friedrich, *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política*, segunda edición, trad. Juan Luis Bernal, Editorial Edhasa, Barcelona, España, 1999.
- ◆ HENKEL, *Introducción a la filosofía del Derecho, Fundamentos del Derecho*, Traducción de E. Gimbernat, Madrid, 1968.
- ◆ HERZOG, Félix, “*Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el Derecho penal de peligro)*”.
- ◆ HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho penal, Obras completas*, Trad., Patricia Ziffer, Editorial Rubinzal Culzoni, Argentina 1999, tomo I, II y III.
- ◆ HOBBS, Thomas, *Leviatán o la materia forma y poder de una República, eclesiástica y civil.* —, segunda edición, traducción de Manuel Sánchez Sarto, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
- ◆ INGARDEN, Roman, *Lo que no sabemos de los valores*, Trad., Miguel García-Baró, Ediciones Encuentro, Madrid, España.
- ◆ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Trads. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.
- ◆ JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, parte general*, Trad, Doctor José Luis Manzanares Samaniego, cuarta edición, editorial Comares, Granada 1993.
- ◆ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. 7, tercera reimpresión, editorial Harla, México, 1997.

- ◆ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *La antijuridicidad y jurisprudencia novena época*, Ediciones jurídicas del norte, México, 1998.
- ◆ KANTOROWICZ, Hermann. *La definición del Derecho*. Trad. J. M. de la Vega, editorial Colofón S. A., México, 1994.
- ◆ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Trad., Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- ◆ Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, décima segunda edición, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Editorial Fontamara, México, 2000.
- ◆ KOCH H, Paul. *ILLUMINATI, los secretos de la secta más temida por la iglesia católica*, Editorial Planeta, México, 2004.
- ◆ LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del Derecho*. 2ª ed., Trad. M. Rodríguez Molinero, Edit. Ariel, España, 2001.
- ◆ LARRAURI, Elena, "*Causas de justificación: criterios de identificación*", en: *Justificación Material y Justificación Procedimental en Derecho Penal*, Ed. Tecnos, Madrid.
- ◆ LISZT VON, Franz, *Tratado de Derecho penal, Tomo I, Tomo II y Tomo III*, 4ª edición, trad. de la vigésima edición alemana por Luis Jiménez de Asua y adicionado con el Derecho penal español por Quintiliano Saldaña, Madrid, Reus, 1999.
- ◆ LUHMANN, Niklas, "*La observación sociológica del Derecho*", *Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, núm. 12, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1993.
- ◆ *Sociología del Riesgo*, tr. Javier Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana/Universidad de Guadalajara, México, 1992.
- ◆ MARTÍN VIVALDI, Gonzalo, *Curso de Redacción, del pensamiento a la palabra*, novena ed., Editorial Paraninfo, Madrid, 1971.
- ◆ MAURACH, Reinhart y Hein ZIPF. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I, 7ª edición, trad. de Jorge Boffill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, supervisada por Edgardo A. Donna, editorial Astrea Buenos Aires, 1994.
- ◆ MAYER, Max Ernst, *Normas jurídicas y normas de cultura*, traducido por José Luis Guzmán Dálbora, Editorial Hammurabi, Argentina, 2000.
- ◆ MEDINA PEÑALOZA, Sergio, *Teoría del Delito*, Ed. Ángel Editor, México, 2001.

- ◆ MENDOCA, Daniel. *Las claves del Derecho, Serie filosofía del Derecho*, edit. Gedisa, Barcelona, 2000.
 - ◆ MEZGER, Edmund, *Derecho Penal Parte General. Libro de estudio*, segunda ed., Editorial Cárdenas editor, México, 1990.
- Tratado de Derecho penal. tomo I*, trad. de la segunda edición alemana 1933 y notas del derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1957.
- ◆ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*. 4º ed., Editorial PPU S.A., Barcelona, 1996.
 - ◆ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Edit. Universidad Externado de Colombia, 2003.
 - ◆ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al derecho penal*, segunda ed. Editorial BdeF, Argentina, 2001.
 - ◆ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed, revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995, Tirant lo blanch. Valencia, 1996.
 - ◆ PORTE PETIT, CANDAUDAP, Celestino, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, décimonovena ed., Editorial Porrúa, México, 2001.
 - ◆ QUINTINO Zepeda, Rubén, *Sistema e Identidad Personal*. Tesis de licenciatura, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
 - ◆ QUIRÓS LOBOS, José Mario, *Principios de Derechos sancionador*, Comares; Granada, 1996.
 - ◆ RECASENS SICHES, Luis, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1997.
 - ◆ ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, segunda ed., trads., Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Edit. Civitas, Madrid, 2001.
 - ◆ *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Editorial Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A, Madrid, España, 1998

- ◆ RUDOLPHI, Hans-Joachim, “*El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal*”, en: *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*.
- ◆ SACHER DE KÖSTER, Mariana, *Evolución del Tipo Subjetivo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá-Colombia, 1998.
- ◆ SALAS MINOR, Enrique. *La mortalidad de la imputación penal*. Criminalia, años LXIX, Enero-Abril, 2003. México.
- ◆ SANCINETTI, Marcelo, A., *Casos de Derecho Penal*, 2ª edición, editorial Hamurabi, 2003.
- ◆ SANTIAGO NINO, Carlos, *Introducción al análisis del Derecho*, décima edición, Edit. Ariel Derecho, Barcelona, España.
- ◆ SAVATER, Fernando, *El valor de elegir*, Editorial Ariel, España 2003.
- ◆ SCHÖNE, Wolfgang, “*La protección del hombre en el mundo moderno (algunas consideraciones sobre el papel del Derecho penal)*”, Cuadernos de la Facultad de Derecho, núm. 12, Palma Mallorca, 1985.
- ◆ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; Mirentxu Corcoy Bidasolo y Francisco Baldó Lavilla, *Sistema de casos prácticos de Derecho penal, Parte General, con soluciones*, Editorial José María Bosch, Barcelona, 1993.
 - “*Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites*”, en: *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*, (Libro en Homenaje a Claus Roxin), Ed. JM Bosch, Barcelona, 1997.
- ◆ STAMMLER, Rudolf, *Tratado de Filosofía del Derecho*, Editorial Reus, S. A., 1930.
- ◆ STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte General. “El hecho punible”*, traducción de la segunda edición por Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1976.
- ◆ TIEDEMANN, Klaus, “*La constitucionalización de la materia penal en Alemania*”, *Anuario de Derecho Penal*, Asociación Peruana de Derecho Penal, Perú, 1994.
 - “*Constitución y Derecho penal*”, tr. Luis Arrollo Zapatero, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, Septiembre-Diciembre, 1991.

- ◆ TRAPERO BARREALES, María A., *El examen conforme a deber, ¿especial elemento subjetivo de justificación?*, en: *El Nuevo Derecho Penal Español, Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales (coordinadores), Ed. Aranzadi, Navarra, 2001.
- ◆ TRÍAS, Eugenio, *Los límites del mundo*, Ariel filosofía, Ed. Ariel, Barcelona-España, 1985.
- ◆ WELZEL, Hans, *Derecho penal, parte general*, trad. Carlos Fontán Balestra editorial Depalma, Buenos Aires, 1956.
 - *Derecho penal alemán. Parte General*, cuarta edición castellana, décima primera edición alemana, Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1993
- ◆ WESSELS, Johannes, *Derecho Penal Parte General*, tr. Conrado A. Finzi, Ed. Depalma, Buenos Aires.
- ◆ Zu Dohna, Alexander Graf, *La ilicitud como característica general en el contenido de las acciones punibles (contribución a la doctrina jurídico-penal general)*, traducción de Faustino Ballvé, Editorial Jurídica Mexicana, Mexico, 1959.

Páginas Web.

http://: www.auntof.cl/esjuridicas/conferencia.pdf. GUZMÁN DALBORA, Luis. *La actividad libre de valoración jurídica y el sistema de las causas de justificación en Derecho Penal*, p. 2.

Legislación

- ◆ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917), 2007.
- ◆ Constitución Española de 1978.
- ◆ Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, promulgada por el Consejo Parlamentario el 23 de mayo de 1949 (versión en vigencia desde el 4 de noviembre de 1995), trad. Ernesto Garzón Valdés, Doctor Ricardo García Macho y Doctor Kart Peter Sommermann, editorial Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal, Bonn, Alemania 1994.

- ◆ Código Penal Alemán (*StGB*), del 15 de mayo de 1871, con la sexta reforma del 26 de enero de 1998, trad. LÓPEZ DÍAZ, Claudia, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1999.
- ◆ Código Penal Español, 2006.
- ◆ Código Penal Federal, 2007.
- ◆ Código Penal para el Distrito Federal, 2007.