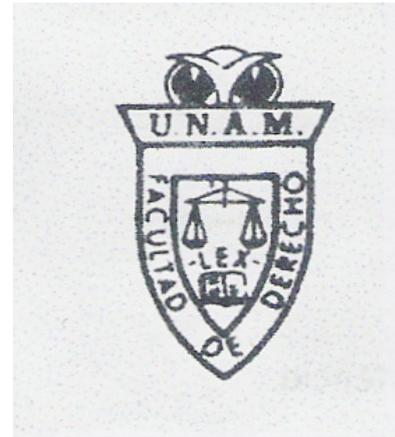


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO



PRINCIPIOS BÁSICOS PARA LA TUTELA DEL
BIEN JURÍDICO EN DERECHO PENAL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO
EN DERECHO

P R E S E N T A:

ESP. GUILLERMO SÁNCHEZ ROSAS

ASESOR: DR. ALFREDO GENIS GONZÁLEZ MÉNDEZ.

CIUDAD UNIVERSITARIA

NOVIEMBRE DEL 2007



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



La educación forma al hombre moral, y para formar un legislador se necesita ciertamente de educarlo en una escuela de moral, de justicia y leyes...

Un pueblo ignorante es un instrumento ciego de su propia autodestrucción.

Simón Bolívar



La pobreza y la ignorancia son nuestros peores enemigos, y a nosotros nos toca resolver el problema de la ignorancia. Yo soy en estos instantes, más que un nuevo rector que sucede a los anteriores, un delegado de la Revolución que no viene a buscar refugio para meditar en el ambiente tranquilo de las aulas, sino a invitarlos a que salgáis con él a la lucha, a que compartáis con nosotros las responsabilidades y los esfuerzos. En estos momentos yo no vengo a trabajar por la universidad, sino a pedir a la Universidad que trabaje por el pueblo.

José Vasconcelos

AGRADECIMIENTO

A la Escuela Nacional Preparatoria, a la Facultad de Derecho y a la Universidad Nacional Autónoma de México. Nuestra Alma Mater, que renace cada día, que se opone a la ignorancia, que encuentra caminos en debate incruento, que cobijará inteligencias que la culparán de sus fracasos, aquella que forja hombres y mujeres a partir de niños, esa en eterna espera y permanente entrega, la de cuerpo viejo, con el alma joven, la que parió después de la larga noche de los cuatrocientos cincuenta años y volverá a parir pues ello es necesario.

Construida por las manos morenas, de los dioses de: La vida, la muerte, el agua, la tierra, el viento y el fuego. Cimentada con sangre de corazones humanos de guerreros águila y jaguar nunca redimidos. La orgullosa, la generosa, la sapiente.

La que siempre vivirá en el alma y en el corazón de su pueblo, la única, la mejor, la insustituible, la fusión mágica de materia y espíritu. aquella que siempre comienza, no pudiendo nunca terminar su obra, la Penélope homérica que teje y desteje.

Ella siempre generosa, alguna vez me abrió sus brazos, para por años enseñarme, y jamás podré llegar en mi ignorancia, a saber un poco de algo, sin estar consciente de que lo nuevo que aprendo se convierte en mil dudas y preguntas nuevas.

La Helena de Troya que con su belleza, nos deslumbra y nos inspira.

A dios.

Gracias Señor, por dejarme concluir una etapa más y por apoyarme en los momentos más difíciles de la vida.

A mi abuelita Leo.

¡abue!, quiero darte las gracias por lo mucho que me dejaste, cosas tan grandes como la superación personal que me inculcaste y por la formación profesional que me diste, por tu ejemplo de vida. Tus virtudes fueron: la paciencia, la prudencia, la fortaleza, la generosidad, la rectitud, la alegría, el sentido del humor, don de gentes y gran clase. Virtudes que, aunadas a tu inteligencia, dejaron fuerte huella en mi vida. Gracias abuelita, por ser siempre un ejemplo y un pilar en la familia, por tener siempre una sonrisa, por tener en todo momento un consejo y una palabra de amor.

A mi madre Livia.

Por su honradez que ejemplifica e ilumina mis circunstancias de ser humano.

A mi novia Martha,

Por su amor que fecunda mi espíritu.

ABREVIATURAS

Art.		Artículo
Arts.		Artículos
cit.		citado
CFF		Código Fiscal de la Federación
cfr.	<i>confere</i>	confróntese
edit.		Editorial
ed.		Edición
etc.		Etcétera
IJ.		Instituto de Investigaciones Jurídicas
INACIPE		Instituto Nacional de Ciencias Penales
No.		Número
Nums.		Números
Op. Cit.	<i>opus citatus</i>	Obra citada
p.		pagina
pp.		páginas
T.		Tomo
TT.		Tomos
UNAM		Universidad Nacional Autónoma de México
v. gr.	<i>Verbigratia</i>	por ejemplo
Vid.	<i>Videre</i>	Ver
Vol.		Volumen
Vols.		Volumenes

PRINCIPIOS BASICOS PARA LA TUTELA DEL BIEN JURIDICO EN EL DERECHO PENAL

INDICE

ABREVIATURAS INTRODUCCIÓN

CAPITULO 1

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL CONCEPTO BIEN JURÍDICO

1.1.	La ilustración.....	1
1.2.	Teoría de los derechos subjetivos.....	5
1.3.	Iusracionalismo.....	8
1.4.	Sociologismo.....	12
1.5.	La nocividad social.....	17
1.6.	La escuela neokantiana teleológica.....	25
1.7.	Teorías sociológicas.....	26

CAPITULO 2

EL CONTENIDO DE LA ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

2.1.	El desvalor del acto.....	29
2.2.	El desvalor del resultado.....	30
2.3.	El principio del bien jurídico.....	35
2.4.	Principio de legitimidad.....	42
2.5.	Principio de necesidad.....	44
2.6.	Interprete y clarificador del sentido de la norma.....	51
2.7.	Interprete del tipo y objeto de tutela.....	54

CAPITULO 3

SUJETO PASIVO Y TITULAR DEL BIEN JURIDICO

3.1.	El Estado como titular de bienes jurídicos.....	67
3.2.	El individuo como ente principal de protección penal.....	78
3.3.	La sociedad y el individuo como titulares de bienes jurídicos.....	82

CAPÍTULO 4
PRINCIPIOS BASICOS PARA LA TUTELA DEL BIEN JURÍDICO EN
DERECHO PENAL

4.1.	El principio límite al “ <i>ius puniendi</i> ”.....	84
4.2.	El principio de proporcionalidad.....	92
4.3.	El principio de intervención mínima.....	104
4.4.	El principio fragmentario.....	106
4.5.	El principio de “ <i>ultima ratio</i> ”.....	109
4.6.	El principio subsidiario.....	110
4.7.	La función promocional.....	113
4.8.	Inobservancia en nuestro país de dichos principios.....	116

CAPÍTULO 5
CONSIDERACIONES PERSONALES Y PROPUESTAS

5.1.	Epistemología jurídica básica.....	124
5.2.	Filosofía.....	129
5.3.	Cuatro modos de filosofar.....	134
5.4.	Problemas de la teoría del conocimiento.....	138
5.5.	El problema de los universales.....	140
5.6.	Filosofía moderna.....	145
5.7.	Propuestas.....	153

CONCLUSIONES	157
FUENTES DE CONSULTA	167

INTRODUCCIÓN

Todo Estado democrático de Derecho se caracteriza por los límites que tiene para aplicar su potestad punitiva; es decir, el “*ius puniendi*” (derecho de castigar). En un Estado democrático de Derecho en ningún momento se deben sobre pasar los límites que establecen los principios generales del Derecho y los de la teoría general del delito, a riesgo de que se la catalogue como tiránico, autoritario, oportunista o simplemente no democrático.

En el presente trabajo abordaremos la evolución de la teoría del bien jurídico, así como la discusión acerca de la posibilidad de encontrar la materialidad de su concepto. Analizaremos la evolución del bien jurídico pretendiendo destacar las dos distintas y contrarias posturas respecto de su teoría, aportadas al Derecho Penal por Karl Binding y Franz Von Liszt.

De las posturas de Binding y Liszt, parten a nuestro entender, las posteriores discusiones y posiciones acerca de la teoría del bien jurídico, de tal manera que estas se pueden reconducir a cualquiera de las dos primeras.

Parece que la doctrina del Derecho penal estuviera atrapada entre estas dos posturas. Evidentemente que en la mayor parte de la doctrina es desde aquí de donde debe partir la teoría del bien jurídico; pero no obstante estos buenos deseos, surge como una postura infalible la de Binding, ya que es la única verdaderamente válida para cualquier Derecho Positivo, dado que sólo los bienes jurídicos protegidos por la ley serán los únicos protegidos por el Derecho penal, por más interés que la sociedad tenga en la protección de otros.

Ahora bien, es en la posición de Binding en que cobra mayor importancia el principio de legalidad respecto de la sanción de comportamientos que lesionan bienes jurídicos, al sustentar que sólo lo que este previamente protegido podrá ser sancionado.

II

Respecto a las teorías sociológicas, se analizan nuevas concepciones del bien jurídico a partir de las teorías sistémicas y funcionalistas del mismo. Consideramos que estas teorías a pesar de las fundadas críticas que se les han hecho, son las únicas que permiten explicar en algunos delitos la esencia de los objetos de protección, aún cuando algunos de sus partidarios pretenden prescindir del concepto bien jurídico.

Una de las fuentes formales del Derecho penal en México lo es la ley, sin olvidarnos de la doctrina, la jurisprudencia y de otra fuente no menos importante la historia.

Más adelante, se pretende dar un acercamiento a la esencia del contenido del injusto (conducta típica y antijurídica) sancionado por el Derecho penal, siempre en relación con el con el bien jurídico protegido. Para ello se analizan cuestiones relativas al desvalor del acto, al resultado y al principio del bien jurídico, pues solamente a través de darle contenido a éste se puede lograr establecer la esencia del contenido del injusto penal, el cual merece ser sancionado con pena privativa de la libertad.

El bien jurídico es uno de los conceptos centrales del Derecho penal, el bien jurídico tutelado es el punto de partida de la teoría general de la antijuridicidad y de la interpretación de cada uno de los tipos de delito.

Este concepto nos permite analizar e interpretar toda una nueva y amplia gama de actos que se desarrollan en torno a los sectores socioeconómicos de la vida actual, por ejemplo: El medio ambiente, la salud pública, el derecho de competencia, etc. Su estudio permite trazar las fronteras entre el Derecho económico, el Derecho administrativo y el Derecho penal.

III

En la actualidad, en nuestro país, el poder legislativo, se encarga de la creación de normas jurídicas, por consiguiente establece tipos penales en los diferentes códigos. Es importante destacar que los diputados o senadores de nuestro México, la gran mayoría de las veces, no tienen idea clara de lo que hacen. Por ejemplo, no saben, cual es el “bien jurídico” que van a tutelar. Siendo este la justificación de la norma penal.

Sí se diera el caso de que no hay bien jurídico que tutelar, ¿Qué razón de ser tienen ese tipo de disposiciones legales?. El argumento, (según la voz de algunos diputados y senadores) es que, hay que combatir a la delincuencia. ¿Los señores legisladores muchas veces, no saben que violan varios de los pilares en los que se apoya el Derecho Penal y que a lo largo de la historia se conocieron como: *nullum crimen sine previa lege, non bis ibidem, límites al ius puniendi, etc.* Que fueron retomados por nuestro Derecho penal y consagrado en las garantías individuales de nuestra Constitución política, con el objeto de contener al poder y proteger al ciudadano.

Hay que tomar en consideración que el Derecho Penal no es una varita mágica que va a poder dar una solución, a la mayoría de los problemas que padece nuestro país, no hay que olvidar que si no existe la justicia social, no se logra uno de los fines del derecho, junto al bien común y la seguridad jurídica, (según postulados del *ius naturalismo*). Por otra parte, no se puede combatir a la delincuencia, elevando las penas, creando leyes y más leyes, cada vez más severas, que impacten en una violación constante y flagrante de garantías individuales de los gobernados, que prácticamente traen aparejadas a la injusticia, la inseguridad jurídica y el malestar común. Por otra parte, con la entrada en vigor de este tipo de disposiciones que hacen que la readaptación social en nuestro país no pueda ocurrir, ello aún y cuando la constitución Federal consagra este beneficio.

¿Tendrá sentido combatir a la delincuencia, violando las garantías individuales de los gobernados?, es decir alterando principios universales ganados por el pueblo de México a lo largo de la historia. De continuar así va a surgir una figura que se conoce a nivel internacional como: *“institucionalización de la ilegalidad”*. Nuestros actuales gobernantes aplican ideas dictadas principalmente por los Estados Unidos de Norte América, olvidando que existe formalmente la *“soberanía nacional”* y que nuestras culturas son tan diferentes y que los designios dictados por el gobierno de aquel país es lo mejor para combatir a la delincuencia. En fin, las garantías individuales en la actualidad, son un estorbo, para ese tipo de política criminal.

En nuestro país, en la actualidad, en la mayoría de los medios de comunicación, se da a conocer a los gobernados que, en la cámara de senadores de nuestro país se *“castigara con penas mas severas a quien compre pornografía infantil”*. ¿Qué es lo que se tutela con este tipo de disposiciones? ¿En que momento se convierte en antijurídica la conducta de una persona que compra este tipo de material?. Por otra parte, si tomamos en cuenta que una video cinta o un disco compacto, son bienes muebles, susceptibles de ser comercializados de manera lícita en el mercado, según el Código de Comercio vigente para el Distrito Federal.

Los diputados y senadores, se limitan a establecer en las leyes, conductas *“a su juicio”*, delictivas, vulnerando flagrantemente los principios universales de: *“legalidad, seguridad jurídica, ultima ratio y non bis ibidem”*, plasmados en nuestra carta magna, para ser más específicos en la parte dogmática, en los artículos 14, 16 y 23.

Con la presente investigación pretendemos dar, un esbozo de lo que en Derecho penal se conoce como bien jurídico tutelado. En el primer capítulo se analizará el origen histórico del bien jurídico tutelado, en el segundo capítulo se estudiará el contenido de la antijuridicidad material, pues solamente a través de

darle contenido al bien jurídico se puede establecer la esencia del contenido del injusto penal, el cual merece ser sancionado con pena privativa de la libertad.

En el capítulo tercero hablaremos de quienes son los titulares de bienes jurídicos, estudio en el cual además de dejar constancia del individuo y de la sociedad como principales titulares de bienes jurídicos, haremos un análisis de la personificación del Estado como titular de bienes jurídicos. En el capítulo cuarto hablaremos de los principios que deben ser respetados para la tutela del bien jurídico, puesto que son principios de exclusiva protección del bien jurídico, puesto que no queda a capricho de nadie establecer figuras delictivas, y más aun que estas figuras violen flagrantemente garantías individuales, sobre todo en materia penal. El capítulo quinto esta destinado a una serie de consideraciones personales y de propuestas.

Con el presente trabajo, pretendemos que aquellos que se dedican a tan delicada tarea, como lo es la creación de leyes, respeten los principios elementales del Derecho penal, al momento de realizar su tarea legislativa, con el fin de brindar justicia, seguridad jurídica y bienestar común a los gobernados.

Otro ejemplo en nuestro país lo es la llamada Ley federal contra la delincuencia organizada, que establece sanciones con penas privativas de la libertad, al simple acuerdo de voluntades para cometer conductas delictivas. Hay que aclarar que este tipo de disposiciones, alteran una constitución cimentada a lo largo de varios siglos de quehacer esforzado para contener al poder y proteger al ciudadano. Nunca debemos olvidar que las ideas, ni siquiera la resolución de cometer actos delictivos, constituirán delito, en tanto no se traduzca en actos externos. El método para el desarrollo de nuestra investigación será el de la jurisprudencia sociológica. De igual forma, las técnicas a utilizar serán: Documentales históricas, libros, búsqueda en Internet, así como consultar diversos códigos.

CAPÍTULO 1

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONCEPTO BIEN JURÍDICO

1.1. La ilustración.

Consideramos pertinente señalar que la razón por la cual hemos elegido el tema que nos asiste en esta parte de nuestra exposición, es por que en la actualidad en nuestro país, no se respetan las reglas elementales del Derecho penal clásico, al momento de crear leyes penales nuestros legisladores causan con ello incertidumbre jurídica a los gobernados, por ejemplo el artículo 2 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, como ya hemos dicho muchas veces en clase es violatorio de garantías individuales puesto que hoy en día no se sabe cual es el bien jurídico que tutela, y sanciona la voluntad o el acuerdo de organizarse para delinquir aun y cuando esto no ha ocurrido ni ocurrirá en la realidad, en fin, y es que si estamos tratando un tema de naturaleza penal, al hablar del bien jurídico, tenemos la obligación de mencionar cual es el origen de este, donde se inició el debate, es decir como surgió, no debemos olvidar que un pueblo que no hace caso de las enseñanzas de la historia esta condenado a repetirla, además de que la historia para el Derecho penal es una fuente consideramos de las más importantes.

Para empezar diremos que: *Desde la Constitución Criminalis¹, Carolina de 1532 hasta principios del Siglo XIX, muchos hechos se analizaban desde una arbitraria interpretación.* La palabra "maldad", por ejemplo, se mezclaba en muchos hechos punibles, los cuales en realidad no quedaban definidos ni precisados; sin embargo, a su "realización" se les aplicaba una pena corporal. La voluntad del juzgador era determinante para definir los hechos punibles, en virtud de que no se tenía una clara definición de lo que era o no delito.

¹ ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Bien jurídico y Constitución*, Ed. cuadernos de política criminal, 1991, pág. 33.

Antes de la ilustración el delito se consideraba como el simple hecho de no cumplir con las "obligaciones o deberes" impuestos, o como aquella maldad que infringía la ley². Las definiciones del delito eran tautológicas e indeterminadas, y representaron hasta el Siglo XVIII una situación anárquica del Derecho Penal. Fue por ello que los autores surgidos en la Ilustración se inspiraron fundamentalmente en ideas que lograron la reforma total del espíritu del Derecho Penal. En esta época no se respetaba, lo que el día de hoy se conoce como garantías individuales, los ilustrados o letrados, eran los que decían que era malo y que era bueno para la sociedad.

Así, el período de la Ilustración se caracterizó por resaltar la situación jurídica intolerable en que se encontraba el Derecho en general, y especialmente el Derecho penal.

De hecho los filósofos de la ilustración tomaron preferentemente como objeto de ataque de sus ideas la situación que prevalecía en torno a las arbitrariedades que se cometían en la aplicación del Derecho penal.

Los mayores esfuerzos de los ideólogos de la Ilustración se concentraron en combatir la tortura, las penas crueles y especialmente la pena de muerte. El primer autor del Siglo XVIII que contribuyó a plantear la gran reforma a la política criminal fue Montesquieu, quien en 1748 escribió su famosa obra *El Espíritu de las Leyes*; y posteriormente Voltaire, a quien se le tiene reconocido como el filósofo y dictador del "Ancien Regime"³.

Las ideas de estos autores sirvieron de guía a las propias del espíritu de la ilustración francesa, llamando la atención sobre todo el libro del joven Cesar

² El bien jurídico en sus inicios era tratado de ser definido por aquellas personas que eran letradas, es decir, por personas, "educadas" establecían que era lo que se debía de tutelar en el código penal.

³ BAUCIGALUPO, Enrique, *Delito y punibilidad*, Madrid, Ed. Civitas, 1983, pág. 56.

Beccaria⁴. Es de notar cómo los ataques de los Ilustradores se dirigieron, contra los vestigios de las ideas de la alta Edad Media, época en la cual se tenía la teoría de que tanto el Estado como la autoridad, estaban bajo la disposición de la voluntad de Dios, siendo éste el legislador "supremo".

El delito no tenía significado jurídico alguno cuando solamente violaba las normas estatales, sino cuando además se pecaba contra Dios, entonces se *consideraban los crímenes como de Lesa Majestad divina, como sucedía por ejemplo- con la herejía, blasfemia, perjurio, hechicería o brujería*⁵.

Todos éstos se consideraban crímenes de *Lesá Majestad* contra la humanidad, pero cuando se cometían junto con homicidio, robo, prostitución o adulterio, incluso, eran considerados entonces como delitos "fuertes". *El hecho criminal era siempre y en primer lugar una violación contra la voluntad de Dios*⁶.

Con las ideas de la Ilustración orientadas principalmente por Locke, Hume, Rousseau y Kant, se sentaron las nuevas bases para que en la sociedad burguesa organizada del Estado se diera un cambio en el Derecho Penal. *Si el Estado garantiza y protege de acuerdo con la idea del Contrato Social "la libertad mutua de todos", cada hombre tiene consigo por naturaleza propia un derecho innato en la sociedad burguesa, pudiéndose fundar en dicha*

⁴ BECCARIA, Cesar, *De los delitos y De las Penas*. Vigésimo primera edición, México, Ed. Porrúa, 1957, pág. 67. Quien., proclamó después de los Enciclopedistas franceses el humanitarismo del Derecho penal. Es de destacar que los Enciclopedistas en Francia, entre ellos 'D'Alambert, Diderot, Helvethius, Hollbach, etc., proclamaron el nuevo espíritu del Derecho. Voltaire, por ejemplo, denunció una lista de errores judiciales. Marat propuso un plan de legislación que liberara el caos de la situación legal de la severa tiranía y del poder de la superstición. Montesquieu propugnaba por acabar con la arbitrariedad de los legisladores, debiendo seguir éstos la naturaleza de las cosas. *Vid: El Espíritu de las leyes*.

⁵ BARBERO SANTOS, Marino, *Marginalidad y defensa social*, Barcelona, Ed. Arilla, 1980, pág. 56.

⁶ *Ídem*.

*sociedad otros derechos individuales*⁷.

Los límites a la teoría de la lesión de los derechos se caracterizaron entonces esencialmente por la función de intervención Estatal. El Estado no tenía derecho alguno a castigar con la pena si el hecho no tenía características esenciales de dañosidad social. Así se asentó en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁸.

Parece que la teoría de la lesión de derechos marcó solamente una línea divisoria teórica (mas no fáctica) entre el poder de castigar y el poder de intervención de la policía. No estableció, sin embargo, un límite del poder estatal de castigar en este período de la Ilustración; si acaso lo único que lograron estas ideas fue una disminución de las penas para los delitos religiosos o contra la moral, sin evitar que en algunos casos se impusiera la pena de muerte. Incluso se llegó a aplicar otro tipo de castigos como las medidas de corrección y multas para con ello evitar usar la palabra pena.

A pesar de que en un principio no se limitó en realidad el poder estatal de penar, sí se dejó una permanente idea de la limitación de los fines del Estado. *El Estado no podía tener otro fin en la sociedad burguesa que garantizar a los hombres la protección a sus derechos, innatos, - es decir, la protección de su convivencia- en la sociedad siendo que bajo esta idea quedaba legitimado el uso del Derecho Penal*⁹. Esta fue la idea central de los postulados de la Ilustración, el ideal liberal daba pie a la creencia de que la libertad del individuo era previa a la organización estatal, ya que la libertad no era creada sino solamente garantizada y protegida.

⁷ BASIEL, H., *Los valores superiores*, Madrid, Ed. Enterría, 1980, pág.34.

⁸ En dicha declaración se trato de combatir los abusos cometidos por la clase en el poder.

⁹ BELING, Ernest, *La doctrina del delito tipo*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1944, pág. 78.

Para concluir, otro problema que no quedó resuelto en la Ilustración fue el hecho de que no se precisó cómo se debían crear las normas que protegerían los derechos individuales y de la sociedad, pues para ello era necesario especificar lo que por socialmente dañoso (*dañosidad social*)¹⁰ debía considerarse y su importancia de acuerdo con la -supuesta- organización social. Solamente una vez que quedaran determinados y precisados ambos conceptos, de acuerdo con su estructura y organización, se podría hablar de las acciones socialmente dañosas.

1.2. Teoría de los derechos subjetivos.

De acuerdo con el fin del Estado, Feuerbach¹¹ destacó que éste no podía intervenir penalmente sino cuando existiera delito que lesionara algún Derecho de los ciudadanos. Según su teoría solamente era permitido sancionar aquellas acciones que previamente estuviesen amenazadas con pena. Fue con base en las ideas de las obligaciones y de los derechos de los ciudadanos en la sociedad burguesa.

A partir de esta definición de las penas jurídicas, se consideró como núcleo de cada delito la lesión de los derechos subjetivos de los miembros de la sociedad burguesa. Los objetos de los delitos debían ser únicamente derechos subjetivos, de tal manera que si no se lesionaba ningún derecho subjetivo entonces no se daba delito alguno. Con esta idea se pretendía, por un lado, proteger a los individuos en contra de las arbitrariedades del Estado

¹⁰ Es quizá lo más relevante de esta etapa en la historia del Derecho penal y del bien jurídico, pues como hemos insistido, quedaba a capricho de los ilustrados, establecer que era lo bueno y lo malo para la sociedad, causando con ello muchas arbitrariedades. Por ejemplo ordenaban se castigase a las personas que practicasen la hechicería. Aún y cuando no se produjese con esta actividad delito alguno.

¹¹ FEUERBACH, Paul Johann. *Teoría del Delito*, Buenos Aires, Depalma, 1940. pág. 18. Es de todos conocida su expresión "*Nullum crimen, nulla poena, sine previa lege*", dio lugar a la formulación del principio de legalidad. Consagrado en nuestro país en el artículo 14 de la constitución federal mexicana.

y, por otro, acabar con la oscuridad en la delimitación de la responsabilidad jurídico-penal en aquella época.

El principal defecto de la teoría del delito de Feuerbach sobre la lesión de derechos subjetivos, fue que existían acciones que en sí no lesionaban derecho subjetivo alguno sin embargo, eran igualmente sancionables. Ejemplo de ello fueron los delitos contra la honestidad aunque la gran discusión que se dio a principios del siglo pasado giró en torno a los delitos de policía, que de acuerdo con la teoría de Feuerbach no debían ser sancionadas las conductas con pena por no lesionar derechos subjetivos ya que constituían meras infracciones administrativas.

Para salvar esta situación y fundamentar su punición, *Feuerbach los consideró como una subespecie de delitos, a los cuales denominó con otro título: (infracciones de policía)*¹². Feuerbach señaló que esta a permitido sancionar aquellas acciones que aunque no lesionan derechos subjetivos si pusieran directamente en peligro el orden y la seguridad, siendo que esta misión correspondía a la policía; de tal manera que tanto la lesión de derechos como el mantenimiento del orden y la seguridad fueron considerados por él como dañosas socialmente¹³.

Por otro lado, la teoría de Feuerbach no resolvió totalmente los aspectos de la seguridad jurídica, pues tan sólo etiquetaba con otro nombre la intervención punitiva, y además no resolvió la cuestión de si solamente la lesión de derechos subjetivos debía ser penada como delito.

La teoría de la lesión de derechos sintetizó el primer tercio del siglo pasado de la ciencia del derecho penal. Hasta entonces se tenía la tendencia firme de creer que el delito estaba constituido desde un aspecto exclusivamente

¹² *Ídem*.

¹³ Nos sorprende el hecho de que Feuerbach deje, que los delitos “morales” fuesen sancionables como hechos punibles por la policía al igual que los “sexuales”.

formal en el cual la acción quedaba definida con la sola formulación de la pena.

Por otro lado, en el año de 1834, Birnbaum publicó en Alemania un artículo en la revista *Archiv des Criminalrechts*, contribuyendo a la creación de un nuevo concepto en la teoría del delito, este fue el concepto del “Bien Jurídico”¹⁴.

El análisis de Birnbaum sobre este concepto se basó fundamentalmente en descubrir qué es lo que en verdad se lesiona con una acción delictiva, de acuerdo con la idea de la naturaleza de las cosas.

Para resolver esta cuestión, utilizó el mismo método deductivo-racionalista de los positivistas moderados. En primer lugar analizó la estructura del delito, señalando que éste viene en una ley acompañada de una pena que amenaza una acción, y al final es donde se encuentra el hecho, es decir, al final del delito se desprende lo que en la sociedad burguesa se sanciona.

Se cuestionó, en segundo lugar: *¿Qué es lo que en verdad la acción lesiva lesiona, de acuerdo con la naturaleza de las cosas?, y contestó que las acciones delictivas no lesionan derechos sino bienes; el objeto del delito para Birnbaum, de acuerdo con el natural uso del idioma, corresponde no a la lesión de derecho, sino al de bien. Decía Birnbaum que en el sistema positivo del Derecho Penal no se hace ninguna diferencia entre los conceptos natural jurídico y positivo jurídico, sino que ambos significan lo mismo*¹⁵.

¹⁴ BELING, Ernest, *Derecho penal*, trad. por Sebastián Soler. Buenos Aires, Depalma, 1944. pág. 45. Es a Birnbaum a quien se considera el padre del concepto “bien Jurídico”, basándose en las ideas que el tenía acerca del honor. pues por primera vez el se atrevió a publicar sus ideas en la prensa alemana, el nombre del periódico lo desconocemos.

¹⁵ BIRNBAUM, H, *Manual de Derecho penal alemán*, Barcelona, Ed. Ariel, 1984, pág. 89. Es a Birnbaum a quien se considera el padre del concepto “bien jurídico”.

Por ello, desde la concepción de Feuerbach, es comprensible que se diga que el delito lesione derechos, y que esta interpretación no llegue a incluir los delitos morales y religiosos. En verdad Birnbaum quería que los valores morales y religiosos quedaran protegidos a través del Derecho Penal; y por ello empleó el término de "Bien", que fuera más amplio que el de "Derecho".

Sin embargo, el tratamiento de la política criminal de la religión y de la moral que *Birnbaum afirmaba, consistía en que no se debía castigar penalmente acciones en contra de la religión o de la moral salvo cuando éstas atentaran contra la libertad*¹⁶.

Por otro lado, Birnbaum no se aferró a ninguna concepción filosófica del Estado, sino que dio por sentada la necesidad de la existencia del Estado para garantizar suficientemente los Bienes de la sociedad, es decir, aquellos que por naturaleza se les haya dado a los hombres y aquellos que sean resultado del desarrollo de la sociedad como unión burguesa.

Llamó a la lesión de la primera clase de bienes delitos de lesión naturales y a los del segundo grupo delitos de lesión social. Aunque Birnbaum se negó a acoger una determinada posición de la filosofía del Estado, siempre reconoció que entre los fines de éste estaba el de proteger la religión y la moral.

1.3. Iusracionalismo.

El término Bien Jurídico, formulado por Birnbaum, se colocó como el principal objeto de discusión como concepto de protección del delito en el segundo tercio del Siglo XIX. Dicho término dominó la discusión hasta la llegada de la concepción penal de Hegel, quien designó como delito "*la consciente*

¹⁶ *Ídem.*

*sublevación en contra de la voluntad general*¹⁷.

Esta voluntad general en su correspondiente especificidad, valió en el fondo como el objeto del delito, rompiendo con el esquema de que el delito protegiese Bienes Jurídicos.

Hasta los años setenta del siglo pasado, con el positivismo jurídico, fue profundamente analizado por la doctrina jurídica el concepto de Bien Jurídico y se llegó a la conclusión de que el delito no era sólo la lesión y la negación del derecho, sino que el objeto del delito se debía buscar inevitablemente en el concepto del Bien Jurídico, de acuerdo con el sentido de las ideas proyectadas por Birnbaum.

Es de destacarse, sin embargo, que hasta 1870 el positivismo, al igual que toda la filosofía jurídica, tenía poca homogeneidad. De hecho en el período comprendido entre 1870 y 1933, bajo la palabra *positivismo*, se percibió principalmente las considerables diferentes formas de pensar de las direcciones jurídico-filosóficas.

Señala Amelung¹⁸ *que fue Halschner quien relacionó por primera vez esa voluntad general, en su especial y concreta forma de aparición, con el concepto de bien jurídico de Birnbaum.*

¹⁷ Hegel. G.W.F. *Filosofía del derecho* trad. de Garzón J. Editorial UNAM. México, pág. 90. Es importante destacar que Hegel concebía “lo injusto” en tres diferentes categorías: (1) lo injusto sin mala fe (2) el fraude y (3) la violencia y delito. Para Hegel lo que el delito lesiona es el derecho. Vid. Pág. 82 a 103; la voluntad general en su correspondiente especialidad valía en el fondo como el objeto del delito.

¹⁸ AMELUNG, Knut, *Derecho penal*, Frankfurt, Zstw, 1972. pág.196, 265. Nos dice que: Binding y Liszt concibieron al bien jurídico como concepto fundamental de la teoría del delito, elevándolo a la categoría de “dogma” respecto de la protección jurídica.

Con ello el concepto del objeto de delito de Hegel rompió el camino de la idea del delito como la protección de bienes. La idea de Hegel fue secundada tanto por Merkel como después por el maestro de éste, Rudolf von Ihering, con su teoría del injusto objetivo.

La época en que el concepto del Bien Jurídico tuvo la ruptura fue aquella que estuvo caracterizada por el fortalecimiento del formalismo del pensamiento jurídico positivo y su negación contra las reflexiones políticas esto es, a principios de la segunda mitad del Siglo XIX, llegando a tener una fuerte convicción en la doctrina.

Este fortalecimiento del positivismo jurídico tuvo dos razones: por un lado, en la creación de las leyes hubo una mayor participación de la burguesía en el Parlamento, de tal manera que en esa época se necesitaba de un Derecho vigente incondicional para obtener los resultados buscados; y, por el otro, en virtud de las dos posiciones ideológicas y políticas contrarias, que eran la oposición de las fuerzas conservadora y liberal, se pretendía así evitar que las decisiones tomadas en las leyes no quedaran firmes. Con ambas posturas se pretendía adquirir en la ciencia del Derecho positivo una actitud apolítica en su función.

Es importante destacar aquí que en la concepción liberal junto a la idea de la protección del Estado y la formalización de los delitos, se tenía la misión, en primer lugar, de limitar tanto las penas altas de prisión como la de muerte, afirmando que en la protección de la libertad y la vida está la mayor valoración de la sociedad y que, por ende, éstos dos constituyen los bienes de mayor valor. En cuanto a la penalización de los delitos religiosos y morales, hubo contradicciones en la concepción liberal, pues para ésta la penalización de la blasfemia no servía para mantener la paz y el orden, sino sólo para proteger los sentimientos religiosos en los cuales el Estado tenía un interés; de la misma forma, el perjurio se mantenía como delito en el ámbito religioso.

Además, como se ha puesto de manifiesto en múltiples ocasiones, *el concepto del Derecho penal concebido por la ilustración significaba limitar el poder de intervención estatal, es decir, proteger al individuo de una represión ilimitada por parte del Estado, es sabido que de la ilustración surge el concepto del estado de derecho y también el concepto de bien jurídico, como límite al Estado en su intervención Punitiva*¹⁹.

La fuerza de convencimiento de la teoría de la Ilustración, fundamentó directamente una teoría del fin del Estado. Ya *Feuerbach deducía, con importantes consecuencias lógicas, su teoría del Derecho Penal del fin del Estado; aunque, como se ve, no pudo establecer claramente los límites del Estado. Los románticos proclamaron, el dogma del fin mismo del Estado; y los liberales, a través de los ataques del idealismo al pensamiento utilitarista, concebían la teoría del fin del Estado*²⁰.

Para lograr las consecuencias de las tesis del liberalismo, no se preocuparon en aquella época por el tema de los límites de la actividad del Estado, de tal manera que la cuestión del fin del Estado perdió su sentido directo, desembocando en el abandono de la discusión sobre las tesis del fin del Estado. Problema que sólo se abordaba a través de la teoría positiva del Estado, en la cual -a comienzos de los años setenta del Siglo XIX- se decía que el Estado no tiene ningún fin, sino el mismo es un fin.

El ilustrador Thomasius, que había partido para la determinación del poder coactivo de una triple división del ámbito de las acciones, diferenció, en primer lugar, las acciones internas ignominiosas (indignas); en segundo lugar, las acciones externas indecentes; y en tercero, los externos comportamientos que

¹⁹ FRANCO GUZMÁN, Ricardo, *La subjetividad en la ilicitud*, Puebla-México, Ed. Cajica, 1959, pág. 58.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi, *El Derecho penal mínimo*, Barcelona, Ed. Astrea, 1986, pág. 124.

disturban la paz. Solamente a los últimos los caracterizó como hechos injustos. *De este modo los límites del derecho de castigar quedaban claros, en el sentido de que el Derecho tiene que garantizar las condiciones humanas de la vida en común*²¹.

Estas ideas llegaron a dominar la concepción jurídica del Siglo XIX, las cuales se fundamentaron con arreglo al mandato formal de seguridad jurídica del Estado de Derecho. Bajo esta concepción, la intervención del Derecho quedó relegada a aquellas acciones que penetraran en su jurisdicción, es decir, aquellas acciones que de cualquier modo se encuentran externamente en contra del Derecho, y no solamente cuando son consideradas socialmente injustas.

Estas ideas de las acciones en el mundo exterior fueron tomadas posteriormente por Binding²², quien no pensó más en la protección de las perturbaciones de la vida humana en conjunto como misión del Derecho Penal, sino en la protección de los Valiosos objetos exteriores, a los que denominó bienes jurídicos, incluyendo junto al hombre los animales y las cosas.

1.4. Sociologismo.

A Ihering²³ le resultaban insuficientes los conceptos formales de la jurisprudencia de su época así como la teoría "apolítica" del espíritu del pueblo²⁴. Es precisamente contra esta teoría que tuvo lugar la lucha constitucional de la Revolución de 1848 y 1849, Y que motivó que escribiera su libro La Lucha por el Derecho.

²¹ Fue la misma idea que Kant emitió para limitar el Derecho para las acciones externas y la moral para las internas. Así Amelung. *Op. cit.* pág. 29.

²² BINDING Karl. *Op. cit.* pág.345.

²³ IHERING, Rodolfo, *El Fin del Derecho*. Barcelona, Ed. Fontamara, 1967. pág. 19-20.

²⁴ El Derecho sirve para motivos prácticos y el fin es análogo al desarrollo de la sociedad.

Decía Ihering que el fin de las acciones humanas, es decir, "los motivos prácticos", son los que aclaran el Derecho y no en cambio los sorprendentes efectos del espíritu del pueblo. La idea de Ihering estaba directamente vinculada con la vida, para él los seres vivientes tienen marcados fines y su vida se caracteriza por la importancia de la existencia de su propia fuerza. A esto le llamó *la caracterización práctica del fin en el mundo exterior de su propia existencia*.

El fin, por su parte, es aquello que determina la representación de las acciones futuras de los sujetos cuya voluntad de realización se piensa. Es importante en Ihering distinguir la conversión de los fines objetivos en motivos. Él procuró con ello la adecuación en cada precepto jurídico, decía que *"aquella cosa que puede ser capaz de servir era un bien"* y su valor en especial dependía y estaba en relación con el sujeto que los señalaba como intereses.

Estos intereses vienen a ser las condiciones de vida. Decía: *"un bien es todo aquel objeto que a su titular le proporciona un placer"*²⁵.

Ihering decía que cada individuo tiene un interés fundamental, cuyo contenido queda determinado de acuerdo con la colocación del fin, es decir, de acuerdo con la importancia de su existencia. La realización de las condiciones de existencia es, por ello, el fin de las acciones que cada individuo tiene. Junto a esto, entendía Ihering que bajo las condiciones de vida no sólo se encuentran los supuestos para el mantenimiento de la existencia física sino *"las más pobres y pequeñas condiciones de la vida que demanda la misma, y no la mera conservación, sino el bienestar"*.

Los supuestos de existencia los encontró en un mundo de cosas, esto es, en el "mundo exterior", el que sirve para llenar los intereses de los sujetos como

²⁵ *Ídem*. Observamos que, el punto de arranque para Ihering, es la propiedad.

*"bienes del mundo"*²⁶.

Las condiciones de vida para Ihering son los supuestos en los cuales subjetivamente la vida queda atada y su interés se extiende no solamente a la seguridad de las condiciones de la vida física y económica sino también a la importancia ética.

Por otro lado, el punto de partida de la teoría del delito de Binding, consistió en que el Estado impone órdenes con base en su poder, y, por tanto, el delito es: *"la contravención a las normas imperativas estatales"*. Las normas fundamentan obligaciones de comportamiento que pertenecen al Derecho Subjetivo del Estado, las cuales se transforman en derechos y en penas cuando se cumple el supuesto definido en la ley. Binding estableció así la diferencia entre la norma y la ley penal. Para Binding las normas se anteponen a las leyes penales, de tal manera que el autor del delito no infringe la ley penal sino solamente cumple con lo que ella señala. El delito para Binding es: *la culpable violación de una norma penal amenazada con pena*", es decir, el delito no viola la ley penal sino solamente la norma penal²⁷.

Para Binding el objeto del delito era el derecho subjetivo del Estado, y éste era el que quedaba formalmente lesionado, de esto derivaba el aspecto material de la lesión en el delito, consistente en la lesión del Bien Jurídico. Binding rechazaba terminantemente tanto la concepción formalista como exclusiva

²⁶ Vid. IHERNIG, *El Fin del Derecho*. pág. 43. La teoría del interés ofreció adicionalmente a la idea de la protección de los bienes la oportunidad tanto de considerar las necesidades de los sujetos vivientes en la sociedad así como de diferenciar si los titulares de los bienes son los individuos o la sociedad; por otro lado, logró alcanzar la determinación de lo que hoy es antisocial, de acuerdo con la naturaleza del delito. Esta discusión sigue hoy en el debate sobre el problema de la dañosidad social.

²⁷ Es evidente que la razón más profunda de la argumentación de Binding es que detrás de la concepción de que no es la valoración del legislador sino de la orientación de la sociedad como se encuentran los intereses, lo que supone una "transposición" sociológica de la teoría de la dañosidad social.

concepción del delito, como cualquier contenido de carácter sociológico en la formulación del Bien Jurídico y del delito, el cual (el Bien Jurídico) debía ser creación exclusiva del legislador. Así, el aspecto material del Bien Jurídico lo encontró Binding en el fin de las normas, pues entendía que la misión de las normas era garantizar las condiciones de paz y la sana vida jurídica. Decía Binding:

El legislador busca las verdaderas y saludables condiciones de la vida en común, en las personas, cosas y situaciones diferentes a su punto de vista.²⁸

Por ello el legislador busca ampliamente proteger aquellas condiciones que puedan verse afectadas por determinados ataques; son éstas el objeto que directamente encuentra como necesitadas de protección, y son, por tanto, el objeto de protección de la norma. A tales objetos de protección los llama Binding Bienes Jurídicos.²⁹

Decía Binding que en la piel del desobediente debía darse además la lesión del bien para que se pudiera hablar de delito en la concepción material-formal, es decir, como la oposición al derecho subjetivo del estado y de la lesión del Bien jurídico. El Bien Jurídico para Binding era entonces:

todo lo que ante los ojos del legislador tiene significación para la vida sana en común.³⁰

Según Binding la determinación de lo que es socialmente dañoso (de acuerdo con la teoría de la dañosidad social) permanece independientemente de la concepción del legislador, éste solamente recoge en la norma lo que desde su punto de vista tiene interés para el mantenimiento inalterable e imperturbable de la sociedad, y que a través de la norma penal procura proteger de las

²⁸ BINDING. *Op. Cit.*, pág. 499.

²⁹ BINDING, pág. 340.

³⁰ BINDING *op cit.* págs. 353-355.

indeseables³¹ lesiones o peligros.

Los Bienes Jurídicos para Binding quedaban delimitados en los objetos del poder del derecho, mismos que él identificaba como personas, cosas o situaciones. Estas últimas debían ser condiciones eficaces para la vida sana en común. Pero básicamente era todo aquello en los ojos del legislador, que tuviera valor para mantener el orden jurídico y la conservación de la tranquilidad que debiera ser protegido por la norma.

Del legislador depende establecer -para Binding- cuáles personas, cosas y situaciones deben ser reconocidas como condiciones de hecho de la vida sana en común; y ya como objeto de protección jurídica del delito, ser reconocidas como Bienes Jurídicos.

Este reconocimiento y positivización era para Binding un juicio de valor dado al legislador, y era sin duda alguna el único motivo para ser protegido como Bien Jurídico. La relevancia de esta determinación, según Binding, radica en la contemplación del legislador y de su poder de normativización. No se trató en este sentido, para Binding, de una especulación sociológica sino de un juicio de valor de la Comunidad Jurídica, que en la creación de la norma viene a elevar un objeto a la categoría de Bien Jurídico. Sin embargo, señaló Binding que en la creación de los Bienes Jurídicos, en su estructura y en su protección por la norma, su fuente proviene solamente del legislador. Ahora bien, las valoraciones del legislador para determinar la protección de un Bien Jurídico no se limitaban según él a las propias consideraciones del legislador, sino que se deducían y se delimitaban con la lógica.

En la primera edición de su principal obra,³² Binding presentaba en un principio

³¹ A partir de Binding, la consecuencia del objeto de la dañosidad social se da ya no como en la teoría de la ilustración por las condiciones humanas de convivencia, sino como objeto de una valoración legislativa, extraída de un acto político, es decir de una decisión política.

una definición del Bien Jurídico en relación con el concepto de intereses, la cual decía: "*Bien Jurídico es todo aquello, en cuyo mantenimiento inalterado y tranquilo desde el punto de vista del Derecho Positivo tiene un interés.*"³³

1.5. La nocividad social.

La concepción naturalística-sociológica positivista, por el contrario, ha pretendido determinar el concepto del Bien Jurídico desde una perspectiva material, como directamente protectora de la relación de placeres o sentimientos, es decir, de los intereses desde un marco biológico-sociológico insertado en el mayor orden.

La importancia del legado de Liszt³⁴ con su concepción del Bien jurídico para la teoría del delito se busque en la antijuridicidad el aspecto material del injusto y no sólo la antijuridicidad formal.

En este sentido, se toma la idea de Liszt de la dañosidad social como la esencia de la antijuridicidad material; sin embargo, apenas es perceptible el fundamento de su teoría pues lo antisocial no es lo que imposibilita la vida humana en común sino la contradicción de los intereses del individuo o del Estado. Con este pensamiento se pretendía evitar que hubiera delitos de mera desobediencia. No obstante la aportación de Liszt al pretender dotar de un contenido material a la antijuridicidad, muchos pensadores (italianos y alemanes de este siglo) como Rocco y Antolisei siguieron creyendo que en determinados tipos de normas podía faltar un interés protegido, lo cual no impedía considerar que dicha conducta fuera delictiva.

³² BINDING, pág. 344.

³³ *Ibidem.* pág. 345.

³⁴ En su famoso artículo Liszt, (la idea de fin en el Derecho penal) escrito en Berlín en 1883, conocido también como "*Marburger universitätsprogramm*" Marburg escrito en 1882 (programa de marburgo). Hay traducción al español por Enrique Aimone Bibson, Edelval, Chile, Aufl, 1984, pág. 83.

Antolisei³⁵, por su parte, expresamente aceptaba los delitos de mera desobediencia. Podemos observar, que ya desde esta época los estudiosos se preocupaban por que existiera certeza jurídica y se respetaran al gobernado sus garantías individuales, sobre todo la de seguridad jurídica, de todas las garantía individuales, tal vez esta sea la más importante, puesto que ella establece los principios y las reglas que las autoridades deben seguir, ya sea cuando a alguna persona se le siga un proceso penal en su contra o en el tema que nos interesa, que al momento de crear leyes, los diputados respeten los principios en los cuales se basa el derecho constitucional de cualquier país. Al tutelar bienes jurídicos, en los tipos penales, debe quedar por demás clara la redacción de lo que se esta tutelando, nunca se debe dejar a capricho de nadie la aplicación de la ley y respetando siempre dicha tutela, reiteramos que no se trata de combatir a la delincuencia con leyes carentes de sentido, o esas leyes que son creadas por presiones de todo tipo, incluyendo las de organizaciones no gubernamentales, siempre se deben respetar las reglas para crear tipos penales que tutelen bienes jurídicos.

No obstante que se admitía por algunos el delito de mera desobediencia, siempre se intentaba relacionar la idea del Bien Jurídico con la del interés, de ahí que se siguieran las ideas de Liszt cuando señalaba respecto al interés como objeto jurídicamente protegido.

El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida, pero la protección del Derecho eleva el interés vital a Bien Jurídico.

Se considera que en la determinación del contenido del injusto no solamente se debe desvalorar el comportamiento realizado que infringe a la norma, sino debe formar parte, en el juicio de desvalor del contenido del injusto, la lesión o capacidad de comportamiento de poner en peligro el bien jurídico de hecho, en

³⁵ ANTOLISEI, Vito, *El problema del bien jurídico*, México, Siglo XXI, 1965, pág. 175.

ciertos casos estos elementos específicos del injusto (valoraciones sociales de comportamiento) llegan a ser los únicos que permiten darle contenido penal a un bien jurídico, ya que en determinados supuestos sino se toma en cuenta el resultado, el ámbito de protección penal sería demasiado amplio y podría confundirse con objetos de protección al ámbito penal³⁶.

Ahora bien, las formas de los comportamientos realizados se deben analizar tanto en el plano de su proceso antológico naturalístico (objeto físico), como en el plano de su contenido significativo jurídico (objetivo jurídico).

En los tipos se recogen las formas por medio de las cuales el sujeto se vincula con la norma, a través de la descripción del comportamiento que se hace en el ordenamiento, de donde se desprende que en las normas se abarca todo el contenido del injusto. Incluso sus repercusiones en los diferentes ámbitos, tanto en el social, psíquico físico, como en el campo del derecho además del dialéctico y su interrelación con el medio³⁷.

De esta forma se señala que no se trata de una prevención general negativa sino de una positiva, la cual sirve para confirmar el reconocimiento normativo, y con ello llegar a la "confianza normativa", esto es, la fidelidad al Derecho y aceptación de las consecuencias de la "infracción normativa", se trata de una prevención de integración.

Según Jakobs³⁸, la pena no constituye retribución de un mal con un mal, sino que su función es la prevención positiva, es ejercitar el reconocimiento de la norma y la fidelidad frente al derecho por parte de los miembros de la sociedad.

³⁶ Piénsese por ejemplo en los delitos imprudentes, en que el resultado es necesario para punir el comportamiento, pues por más peligroso que haya sido éste si no produce un resultado material no podrá ser sancionado penalmente.

³⁷ En el ámbito fiscal también el tipo penal abarca la relación del comportamiento con el ámbito económico y con la situación en particular del contribuyente con el fisco.

³⁸ JAKOBS, Gunther, Derecho penal, Berlin, Ed. Benz, 1983, pág. 9 y siguientes.

La pena debe ser entonces un instrumento de prevención positiva.

En este orden de ideas, el interés se identifica con la idea de necesidad, sin sus connotaciones subjetivas. El interés está contrapuesto a otros intereses, es decir, los bienes se contraponen a otros y se llega así a la idea de conflicto de intereses, de tal manera que los intereses existen en la medida que existe diversidad entre ellos pues se trata de un producto social e histórico que es regulado por normas jurídicas dirigidas a la protección de esos intereses (bienes), pretendiendo así resolver el conflicto entre ellos, imponiendo uno sobre el otro, de acuerdo con la idea del valor o de la necesidad.

Todo Estado democrático y de Derecho establece una serie de principios constitucionales que le dan o le pueden dar contenido a los Bienes Jurídicos protegidos por el Derecho Penal. Se deben distinguir, entonces, dos cuestiones distintas: la primera consiste en si el contenido de los Bienes Jurídicos se extraen o se debe de extraer de la Constitución; o si, por el contrario, de la Constitución solamente se deben extraer los límites para el ejercicio del *ius puniendi*, esto es, límites al *ius puniendi* a través de los derechos fundamentales o garantías individuales.

Existen principios y valores jurídicos que se encuentran regulados en las constituciones, y que para algunos autores, por el solo hecho de estar previstos en ellas, se les debe considerar como intereses fundamentales para la vida social, a través de los cuales se deben proyectar los demás intereses que se deban proteger. Ahora bien, el que determinados valores o intereses estén previstos en las constituciones implica definitivamente cuestionarse si por tal motivo deben ser considerados, sin más, Bienes Jurídicos dignos de tutela penal, o simplemente deben ser considerados como límites al *ius puniendi*, que limitan tanto al legislador como al juzgador: al primero, al crear la ley; y al segundo, al aplicarla; porque así lo establece la norma jurídica suprema de toda sociedad de régimen constitucional con una vinculación trascendente respecto

de estos puntos, se cuestiona también si existen obligaciones constitucionales para penalizar los comportamientos que lesionan determinados Bienes Jurídicos.

Para estar en aptitud de resolver estas cuestiones se considera oportuno abordar antes, pero brevemente, cuáles son las funciones de toda Constitución.

Entre otras funciones, la Constitución establece los instrumentos fundamentales del ejercicio del poder político, así como los límites que los poderes políticos deben respetar en el ejercicio de sus funciones. Impone así la Constitución el respeto a los derechos ajenos a través de los principios fundamentales y de las leyes orgánicas. En términos generales, son varias las funciones que corresponde a toda constitución.

Así, cuando los comportamientos vulneran las leyes penales, a éstas les compete el deber de sancionar penalmente tales vulneraciones; y ello exige una ponderación entre los intereses o valores protegidos penalmente y los derechos fundamentales. De esta manera, al legislador le corresponde entrar a una doble esfera de valoración y de protección: esto es, por un lado, debe valorar los intereses y valores protegidos por el Derecho Penal; y, por el otro, tiene que proteger los derechos fundamentales particulares en contra de la intervención punitiva del Estado, el cual mediante dicha intervención pretende proteger los Bienes Jurídicos protegidos, constituyéndose los derechos fundamentales en límites a la intervención estatal.

Pero además, se deriva de la función de la Constitución la organización de las instituciones orgánicas y políticas que permiten al Estado cumplir sus funciones. Sin entrar al estudio de la teoría del Estado, se parte del hecho de que existen numerosos institutos y sistemas orgánicos y administrativos que se derivan de las propias constituciones, y que se considera deben ser protegidos por el legislador y por el juzgador cuando se lesionan dichos intereses o funciones

institucionales. Entre estos intereses propios de la protección, se tienen el sistema institucional de la protección de la administración pública, de justicia, el sistema fiscal, etc.

La doctrina penal ha puesto de relieve que los delitos relativos a los derechos y libertades fundamentales guardan relación con la Constitución. Sin embargo, son totalmente diferentes los delitos que atentan contra la Constitución de aquellos que atentan contra el sistema político constitucional como organización política de las altas instituciones del Estado, debiendo regularse separadamente. Si hubiera que englobar bajo la rúbrica de delitos contra la Constitución todas las figuras que afectaran a aquellos Bienes Jurídicos o instituciones reconocidos por la misma, habría que encuadrar en esa rúbrica general la mayoría de las infracciones del Código, desde los delitos contra la Administración de Justicia, la Administración o la Hacienda pública - instituciones todas con respaldo constitucional- hasta los delitos contra la vida, integridad, libertad, honor o propiedad, por tratarse de derechos reconocidos y tutelados por la Constitución, en cuanto que afectan el normal funcionamiento de poderes y autoridades constitucionalmente reconocidos; y que en un sistema democrático el orden público es precisamente el orden público compatible con el sistema constitucional y sus valores.

Las constituciones prevén tanto derechos fundamentales como valores constitucionales. A menudo estos derechos y valores se confunden con los Bienes Jurídicos, pues ambos tienen un carácter masivo y universal. Para llegar a diferenciar los derechos fundamentales y los valores constitucionales de los Bienes Jurídicos, es necesario referirlos a la función que cada uno de ellos tiene en su relación entre el ciudadano y el Estado, pues, como es sabido, tanto los derechos como los valores llegan a posibilitar exigencias del ciudadano frente al Estado.

Los Bienes Jurídicos protegidos penalmente, en cambio, implican sólo una

realidad social entre los sujetos entre sí y el Estado, realidad que puede ser afectada como tal incluso por el mismo Estado. Por ejemplo, se dice que el derecho a la vida establecido en la Constitución no se debe confundir con el Bien Jurídico vida, pues el derecho constitucional a la vida implica solamente un reconocimiento de una exigencia del ciudadano frente al Estado, en cambio, el Bien Jurídico vida plasma una realidad de realización de vida social como una relación concreta con el Estado y con todos los demás sujetos dentro del sistema social.

Se puede hablar en principio de dos grandes valores constitucionales, que las constituciones por regla general consagran: la libertad, y la igualdad. Ahora bien, se plantea si estos valores constitucionales son traídos a la sociedad estatal consigo por el hombre con su nacimiento -y por tal carácter resulta que son inviolables e inalienables dado su carácter natural- o si, por el contrario, son otorgados por la sociedad estatal en virtud del orden de la comunidad, pudiendo ser, por tanto, limitados y determinados en su ámbito de aplicación³⁹.

Aquí reside, evidentemente, el problema cardinal de los valores constitucionales y de su inmunidad contra intervenciones constitucionales que sobrepasan la mera protección o garantía constitucional.

Los valores constitucionales tienen diferentes objetos y consecuencias en los derechos fundamentales de las personas, y, viceversa, los derechos fundamentales tienen consecuencias en los valores constitucionales de las personas. Éste es el caso de los valores constitucionales "libertad" e "igualdad". Así, respecto del derecho fundamental "libertad", su objeto se deduce de la preservación de las esferas individuales frente a posibles intervenciones estatales. Por otro lado, se puede decir que del valor libertad se

³⁹ Como se puede apreciar, también en esta referencia de los valores constitucionales se llega a las diferentes posiciones que Binding y Litz plantearon respecto de si los bienes son reconocidos por el legislador o son extraídos de la realidad social.

extrae la no intervención estatal en contra de las personas, conteniendo un mandato a los poderes públicos y un derecho subjetivo para exigir su respeto ahí donde en una concreta relación jurídica hubiere sido violada.

Ahora bien, con especial referencia a los valores constitucionales, se cuestiona si el legislador ordinario está obligado a que su labor de penalización o despenalización de las conductas sea coherente con los valores y con los intereses que la Constitución protege, pues a través de ellos se pretende lograr la cohesión de todo ordenamiento jurídico (no sólo el penal).

En este sentido sería válida la tesis de que la criminalidad es también el resultado de un proceso de selección social con referencia a los valores constitucionales. En principio, se puede decir que toda constitución de un Estado de Derecho contiene derechos fundamentales cuyo respeto y promoción compete al legislador, quien no los puede ignorar aunque sí emplear fórmulas que permitan compatibilizar la proclamación del pluralismo igualitario con la defensa real de las coordinadas básicas de un sistema.

Lo mismo sucede con los demás derechos constitucionales. En este sentido, los Bienes Jurídicos engendran una exigencia general de intervención del Estado frente a determinados comportamientos que los lesionan o ponen en peligro. El objeto de protección del Derecho Penal son los Bienes Jurídicos, y no el derecho de un sujeto respecto a otro. De ahí que se diga que no todos los derechos fundamentales ni todos los derechos reconocidos por la Constitución son objetos de protección del Derecho Penal.

Según esto, el papel del Estado derivado del sistema jurídico proveniente de la Constitución sería el del (vigilante de noche). Y no podría intervenir en beneficio de los derechos fundamentales de un individuo si para ello hubiera de sacrificar los de otro. Con ello se llegaría a hacer de los derechos fundamentales no el objeto de protección penal sino el límite del *ius puniendi* en su ejercicio sancionatorio frente al ciudadano. Los derechos fundamentales, entonces, no

pueden por sí solos dar contenido real al objeto de la tutela del Derecho Penal, pues o se identifica a los derechos fundamentales con derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico o bien con los valores constitucionales.

De acuerdo con lo anterior puede haber Bienes Jurídicos que tengan una relación concreta con el Estado o los ciudadanos, pero no por ello deban tener como base referencial derechos consagrados en las constituciones.

1.6. La escuela neokantiana teleológica.

La doctrina Neokantiana teleológica estudió el problema del Bien Jurídico remitiéndose exclusivamente al mundo de los valores, lo que significó abordar el bien Jurídico desde una perspectiva externa del Derecho y fuera de la realidad social prejurídica: a diferencia de como lo hacía Liszt en el ámbito de los intereses⁴⁰.

Es cierto que los valores pueden constituir el objeto de protección de la norma jurídico-penal, aunque la idea del Bien Jurídico sea próxima a la del valor. En este sentido, cuando el Bien Jurídico se refiere a un valor cultural se está necesariamente en presencia de juicios éticos.

Para precisar esta idea es necesario señalar que cuando los hechos deben ser valorados jurídicamente por su efecto social, y no por su concordancia o contraposición con una determinada ética, se puede llegar a severas contradicciones.

En este sentido, los valores no juegan respecto del Derecho Penal el papel de objetivos a lograr sino de mínimos a respetar. El Derecho Penal no se debe utilizar para que tenga una función promocional de valores en la sociedad de tal

⁴⁰ *Idem*. Consideramos, que el problema del Derecho no puede ser resuelto acudiendo a criterios espiritual-subjetivo. No es apto dicho criterio para explicar las consecuencias sociales del delito.

manera que sea el creador de catálogos axiológicos, sino debe servir exclusivamente para sancionar las conductas que se consideran lesivas para la sociedad.

De ahí que deba precisarse en qué consiste el daño social de cada comportamiento en particular.

Es cierto que en ocasiones la tipificación de un comportamiento como delito sirve para rescatar un valor que la sociedad ha perdido, y por ello se recurre al Derecho Penal para rescatar valores que la misma sociedad considera que se deben dar en toda relación humana.

Así sucede con los delitos de abandono de atropellados, en que el legislador ha recurrido al Derecho Penal para rescatar el valor de la solidaridad humana para con las personas abandonadas, valor que se tiene -valga la redundancia- sumamente abandonado; y por ello se ha tenido que recurrir otra vez al Derecho Penal con la imposición de las penas en caso de que las personas no se solidaricen con sus congéneres.

1.7. Teorías sociológicas.

La idea de la teoría funcionalista del Bien Jurídico parte del funcionalismo sociológico que se originó con Durkheim en Estados Unidos de América en los años treinta de este siglo⁴¹. Las ideas de este autor fueron tomadas para el Derecho Penal por Sutherland para señalar como dañosas y perjudiciales ciertas conductas para la sociedad⁴².

Las teorías funcionalistas se fundamentan principalmente en la teoría de los sistemas expuesta anteriormente, de ahí que se denominen teorías sistémico-

⁴¹ DURKHEIM, Emilio, *El suicidio*, estudios de sociología trad. Por Ruíz Funes, Madrid, 1928, págs. 196, 265.

⁴² Este autor dedico su vida a la investigación de los delitos de cuello blanco.

funcionalistas pues presuponen la existencia de ciertas relaciones óptimas para la vida del hombre en sociedad; y cuando estas relaciones se encuentran reguladas por las normas jurídicas sirven para contrastar el valor de cada conducta en base al funcionamiento óptimo que se desarrolle.

A la sociedad corresponde encausar las conductas y también el enjuiciamiento de las mismas, para llegar a ser o no merecedoras de penas. Según esta moderna teoría del Bien Jurídico, se dice que todos los Bienes Jurídicos protegidos por los tipos penales se pueden explicar no a partir de su sustrato material sino de la función que tienen para la vida social; esto es, explicarlos con base en su existencia funcional y su utilidad para la vida social⁴³.

Amelung llevó al terreno penal las ideas del funcionalismo y definió la norma penal funcional como aquella que sirve para la consolidación del sistema, es decir, para la solución de los problemas del mismo.

En el campo del Derecho Penal, la teoría funcionalista consiste en justificar que cuando los comportamientos provoquen disfuncionalidad en los sistemas sociales y, como consecuencia, afecten la estructura social, debe reaccionar el Derecho Penal para proteger tanto al sistema penal como su estructura. La reacción penal se medirá de acuerdo con las necesidades colectivas, de tal manera que las necesidades del individuo se subordinan a las colectivas.

Amelung con esta teoría del funcionalismo ofreció nuevas definiciones del concepto de Bien Jurídico para fundamentar una nueva base material del sistema punitivo; sin embargo, en su obra llegó a prescindir del concepto de Bien Jurídico, pretendiendo delimitar el ámbito de la intervención del Derecho Penal acudiendo solamente a la funcionalidad o disfuncionalidad de la conducta con respecto al propio sistema social.

⁴³ Se le conoce a esta teoría del bien jurídico como la teoría sistémica o utilitarista, en las cuales se valora el funcionamiento y la utilidad e importancia que tiene el bien jurídico para un determinado sistema.

Según Amelung⁴⁴ no se puede limitar al legislador solamente con el concepto tradicional del Bien Jurídico, sino que se debe tomar el concepto de dañosidad social, surgido en la ilustración, pero referido a la disfuncionalidad del sistema en cuestión, para decidir cuándo se debe recurrir a la pena, colocando así como pilar de la justificación de la pena las ideas del funcionalismo, a partir de la teoría de Parsons⁴⁵ de los sistemas sociales.

Hemos dado un panorama general de la idea “bien jurídico”, tomando en consideración que una de las fuentes del Derecho es precisamente la historia, la cual no podemos hacer a un lado, para muchos ya no tan importante, pero nunca olvidemos que, nuestro Derecho Positivo, tiene una clara influencia del Derecho Romano-germánico.

Es así como concluimos el primer capítulo de nuestra investigación, agradeciendo de antemano la crítica constructiva del lector.

⁴⁴ *Vid. Amelung, Op. cit.* p. 280.

⁴⁵ *Ibidem.* p. 282. Parsons es citado por Amelung.

CAPITULO 2

EL CONTENIDO DE LA ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

2.1. El desvalor del acto.

Se han dado diferentes posturas respecto a lo que jurídicamente se considera como Bien Jurídico protegido por el Derecho Penal. De acuerdo con la teoría finalista de la acción, no se consideraría fundamental para determinar el contenido del injusto, la lesión del Bien Jurídico, sino para esta teoría bastaría que en el comportamiento, para ser típico, se incumplieran las reglas jurídicas establecidas en el ordenamiento jurídico vigente. Según esta postura se atendería exclusivamente *al desvalor del acto*, ya que bastaría para darse la antijuridicidad, la afectación de un derecho subjetivo.

Ahora bien, toda teoría estrictamente normativa, que formalice o mediatice el Bien Jurídico¹, considerará consecuentemente sólo el desvalor del acto como

¹ WELZEL, Hans. Derecho Penal (Traducción de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Santiago de Chile, 1970. Pág. 11), quien dice que la misión del Derecho Penal es proteger además de Bienes jurídicos, los valores de la actitud interna de carácter ético-social que existen en la sociedad, y sólo en la medida en que está incluida en ellos la protección de los Bienes jurídicos. Los valores de la actitud interna de carácter ético social son conceptos que se identifican con la fidelidad, obediencia, dignidad de la persona, etc. Señala Welzel también que la protección de los Bienes jurídicos es más fuerte y profunda cuando se lleva a cabo con un entendimiento más amplio de la función ético-social del Derecho Penal, y no sólo por la idea de protección de Bienes Jurídicos. Welzel teme que la exclusiva protección de Bienes Jurídicos produzca una sobrevaloración del resultado a la hora de determinar qué es justo o injusto según el grado de dañosidad o de utilidad social, de tal manera que pretende evitar una especie de cuantificación utilitarista del grado de dañosidad social y una funcionalización de valores fundamentales que no pueden ser concebidos desde un punto de vista puramente cuantitativo. Así, Hassemer y Muñoz Conde, op.cit., Págs. 101 y Sigs. Estos autores critican la posición de Welzel porque da un componente excesivamente ético al Derecho Penal, ignorando su misión protectora de Bienes Jurídicos. Sin embargo, la protección de los valores ético-sociales de la actitud interna no excluye la de los Bienes Jurídicos. Añaden Hassemer y Muñoz Conde, Pág. 102, que "el Derecho Penal no tiene que proteger por igual y al mismo tiempo, Bienes jurídicos y valores de la acción. Al ser los valores de la acción difusos y fundamentales, quedaría sofocada la concreción y claridad de los Bienes jurídicos. . . El Bien jurídico es pues el río de la aguja por el que tienen que pasar los valores de la acción:

lo único fundamental para determinar el contenido del injusto, pues el objeto sobre el cual debe recaer el juicio negativo de valor o desvalor será sólo sobre el comportamiento realizado, independientemente del resultado alcanzado. Sólo se desvalorará el incumplimiento del deber por parte del ciudadano, ya que este incumplimiento de las obligaciones se desvalora desde el aspecto ético del mismo comportamiento. De acuerdo con esta postura, en el fondo, el Bien Jurídico no juega papel alguno y se sigue con la antigua teoría de que para la existencia del delito basta que el comportamiento infrinja un derecho o un deber subjetivo² y lo que es más grave, se acepta como esencia del injusto la mera desobediencia a la ley³.

2.2. El desvalor del resultado.

Una postura distinta parte de que la lesión al Bien Jurídico o su puesta en peligro, es esencial para fundamentar el contenido del injusto. Según esta postura no sólo el comportamiento típico es suficiente para fundamentar la antijuridicidad, sino también es necesario que exista la lesión o la puesta en peligro del Bien Jurídico. En este orden de ideas, para determinar el contenido del injusto de un comportamiento, se debe valorar tanto el comportamiento típico realizado como la lesión o la puesta en peligro del Bien Jurídico. En esta postura se habla de la antijuridicidad material, pues de lo que se trata justamente es de atender al desvalor del resultado.

Esta postura permite establecer positivamente la antijuridicidad material y con ello también lograr una mayor precisión y graduación del injusto, pues permite

ninguna reforma del Derecho Penal puede ser aceptable si no va dirigida a la protección de algún Bien jurídico, por más que esté orientada en valores de la acción . . . El Derecho Penal estabiliza estos valores ético-sociales de la actitud interna de una forma característica y teniendo en cuenta determinados límites que son precisamente los de los principios de legalidad y de protección de Bienes jurídicos. Sólo respetando esos límites se pueden justificar los mandatos y prohibiciones que impone el Derecho Penal y se puede esperar que el Derecho Penal sea eso que la teoría de la prevención general positiva pretende: el ejemplo y garantía de los valores ético-sociales de la actitud Interna. Esto es según Welzel, la formalización del control social".

² BUSTOS Ramírez, Juan. *Manual de Derecho Penal Español. Parte general*. I/e. Ariel. Barcelona, 1984, Pág. 182.

³ Lo que significaría para los delitos fiscales concebir un Estado absoluto sin límites.

precisar la mayor o menor intensidad de la afectación del Bien Jurídico. Según esta postura, el desvalor del acto da contenido a la tipicidad, y el desvalor del resultado da contenido a la antijuridicidad.

Sería erróneo afirmar que el desvalor del resultado no da contenido a la tipicidad, pues la tipicidad viene a precisar el acto humano dentro del ámbito social, y dentro de éste se encuentra la lesión al Bien Jurídico. Lo que interesa entonces no es determinar una acción ontológica en sí, sino determinar cómo se vincula con el resultado para dar lugar al injusto penal en tanto objeto merecedor de una pena. Los tipos legales no son una simple descripción de comportamientos sino describen siempre un ámbito situacional a partir de la afectación a un Bien Jurídico, y por ello recogen una serie de valoraciones sociales más allá de la sola valoración del comportamiento. Todo ámbito situacional, a su vez, puede tener grados de complejidad, y en la tipificación se trata de recoger estas escalas de graduación a través de los tipos legales⁴. En un plano genérico que sirve para precisar el problema de los delitos de mera desobediencia, Rodríguez Devesa⁵ afirmaba que:

"la ley penal pretende la protección de Bienes Jurídicos, pero su manera de operar consiste en la imposición de deberes. No todo delito es, en contra de lo que generalmente se sostiene, la lesión o puesta en peligro de un Bien Jurídico, sino que en todo delito hay la infracción de un deber de actuar o de no actuar impuesto por la ley" .

Es de notar que este autor, Rodríguez Devesa, confundía el concepto de "desvalor de resultado", entendido como lesión o puesta en peligro de Bienes Jurídicos, y el de "resultado material", entendido como lesión o

⁴ De aquí que la teoría de los elementos negativos del tipo tenga validez en cuanto a que el tipo no es mero indicio de la antijuridicidad, sino que contiene ya la materia de prohibición y contempla la afectación y la puesta en peligro de los bienes jurídicos.

⁵ RODRÍGUEZ Devesa. *Derecho penal español*. Parte general, Ed. Dykinson, 11e. 1988. Puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, p. 327.

puesta en peligro de bienes jurídicos, y el de resultado material en tanto una modificación del mundo exterior causada por la acción, cuando intentaba ejemplificar su postura relativa a que hay tipos sin Bienes Jurídicos, aludiendo a los delitos de simple actividad. Es aceptado por la doctrina mayoritaria que el desvalor de resultado, como lesión o puesta en peligro de Bienes Jurídicos, se da tanto en los delitos de resultado material como en los de simple actividad, mientras que el resultado material de modificación del mundo exterior causada por la acción material sólo se da en los delitos del mismo nombre.

Para Rodríguez Mourullo⁶ solamente la política criminal es la que está facultada para señalar en cada caso qué bienes y en qué medida, deben ser protegidos por el Derecho Penal. El Derecho no es una, regulación de sentimientos, sino de comportamientos con relevancia en el mundo social exterior. Por eso, el Derecho Penal protege los Bienes Jurídicos más elementales, castigando aquellos hechos que por su trascendencia objetiva, representan una efectiva puesta en peligro o lesión de tales bienes. De ahí que el contenido sustancial de los hechos que el Derecho Penal castiga esté constituido en primer lugar por el desvalor del resultado que encarna la lesión o puesta el peligro de los Bienes Jurídicos más elementales del individuo y la comunidad. Ciertamente que como el Derecho Penal no sanciona todos los atentados a esos bienes sino únicamente aquellos que se muestran más intolerables, el desvalor de la acción establecido en la modalidad de ataque debe ser también parte esencial del contenido sustancial de los hechos conminados con pena. Pero en todo caso, por la propia función del Derecho, la primacía corresponde al desvalor del resultado.

En la discusión de saber si predomina el desvalor de la acción o el desvalor del resultado como fundamento de la necesidad de ser sancionado penalmente, señala Rodríguez Mourullo que Welzel invirtió la relación entre desvalor del resultado y desvalor de acción, atribuyendo a éste último la primacía. Según Rodríguez Mourullo, el Derecho Penal debe cumplir antes

⁶ RODRÍGUEZ Mourullo, Gonzalo. *Derecho Penal. Parte general*. Ed. Civitas. 1978, p. 22.

que nada una función ético-social, debe castigar primeramente las desviaciones del recto sentir jurídico, y de esta suerte, protegerá de modo más eficaz los Bienes Jurídicos. Dice este autor que Welzel partió de que la misión del Derecho Penal es proteger los Bienes Jurídicos a través de la protección de los elementales valores ético sociales de la acción. El Derecho Penal consigue la protección de los Bienes Jurídicos tratando de evitar el desvalor del resultado a través de la penalización del desvalor de acción. De esta premisa se deriva el concepto de injusto personal que defendió Welzel: "*lo injusto de la acción referida al autor, es injusto personal*". La lesión o puesta en peligro del Bien Jurídico es sólo elemento parcial de la acción personalmente antijurídica. Para Welzel, en cambio, el significado decisivo corresponde al desvalor de la acción y no al desvalor del resultado.

Además, Rodríguez Mourullo⁷ señala que esta doctrina del *injusto personal* es insostenible, tanto desde la perspectiva dogmática penal como desde la perspectiva iusfilosófica. Señala que el Código Penal castiga con penalidad distinta la consumación y la tentativa, y esta diferencia sólo puede explicarse desde la perspectiva del desvalor de resultado, presente en la consumación y ausente en la tentativa y frustración. Pone el caso de quien dispara sobre otro con ánimo homicida, el desvalor de acción es idéntico tanto si el disparo da como si no da en el blanco. Si el Código hubiese considerado decisivo el desvalor de acción sobre el desvalor de resultado, castigaría con la misma penalidad todas las fases de ejecución mencionadas o al menos permitiría equipararlas⁸.

Termina afirmando que el Derecho Penal se ocupa únicamente de comportamientos exteriorizados con relevancia social. Por eso lógicamente sus valoraciones parten de las consecuencias exteriores. La primacía corresponde al desvalor del resultado, y el desvalor de acción o el desvalor de ánimo sólo cobran significación jurídico-penal en la medida en que se

⁷ *Op. Cit.* p.23.

⁸ Para Mir Puig, el resultado en estos casos es condición de punibilidad.

asocien a la creación de riesgos o lesiones de los Bienes Jurídicos por la ley penal, es decir, vayan referidos a un desvalor de resultado.

Se dice que al Derecho le preocupa de modo primordial la conducta o el comportamiento realizado y no, en cambio, la actitud interna que los ha originado, de tal manera que un estado de conciencia que no cristaliza en actos externos es impune al Derecho Penal, "*cogitationis poenam nemo patitur*".

Ahora bien, es cierto que todo actuar externo está predispuesto por una conciencia que decide y lleva a cabo la acción. Esta actitud interna que lleva a realizar la conducta no le es completamente irrelevante al Derecho Penal pues de tal actitud depende que la acción sea valorada positiva o negativamente. La conducta realizada podrá ser solamente desvalorada penalmente una vez que se haya analizado la actitud interna, entonces se podrá, con fundamento, desvalorar la acción. El juicio de desvalor de la acción incide principalmente sobre la actitud interna del sujeto que ha realizado un hecho disvalioso, ya que en todo injusto se valoran tanto los elementos subjetivos del autor como los elementos objetivos de la conducta.

Al Derecho le interesa la actitud interna del sujeto, una vez que ha realizado con base en ella determinada conducta.

De esta forma se llega a poder diferenciar los dos elementos que componen el desvalor de acción: (a) La actitud interna, compuesta por el contenido de sentido que se le quiere dar a la conducta que ha de realizarse; y (b) La conducta externa una vez realizada y que va a encuadrar en un tipo penal. Ahora bien, al Derecho Penal no le debe interesar desvalorar tal acción en cuanto tal, sino que la desvaloración de la acción interna realizada deberá estar referida a la lesión de un Bien Jurídico, independientemente de si lo haya lesionado o no, sobre todo para evitar que se sancionen meros comportamientos de desobediencia.

Consideramos que se considera que en la determinación del contenido del injusto no solamente se debe desvalorar el comportamiento realizado que infringe la norma, si no debe formar parte en el juicio de desvalor del contenido del injusto, la lesión o la capacidad de comportamiento de poner en peligro el bien jurídico, de hecho, en ciertos casos, estos elementos específicos del injusto (valoraciones sociales de comportamiento) llegan a ser los únicos que permiten darle contenido penal a un bien jurídico, ya que en determinados supuestos si no se toma en cuenta el resultado, el ámbito de protección penal sería demasiado amplio y podría confundirse con objetos de protección ajenos al ámbito penal.

2.3. El principio del bien jurídico.

Por este principio se pretende imponer un límite material al *ius puniendi*, en cuanto a que limita al juzgador en la imposición de las sanciones penales. Pretende limitar al legislador para que no sancione comportamientos que no sean lesivos de bienes jurídicos, ni los pongan en peligro. Al juzgador lo limita en cuanto a que si no se prueba que un comportamiento ha lesionado o puesto en peligro un Bien Jurídico, no podrá imponer sanción alguna⁹.

El bien jurídico es la base de todo tipo penal, el tipo penal podemos definirlo como la figura abstracta de delito contenido en la norma jurídica; o como el comportamiento prohibido por el legislador descrito en una norma penal.

En torno al concepto y la estructura del tipo penal, han existido diversos criterios desde que en 1906 Beling¹⁰, planteó por primera vez en la dogmática el concepto del tipo y de tipicidad; fue él quien primeramente estableció con magnífica claridad cuáles eran los elementos que estructuraban al tipo penal. Partiendo de un concepto causal de acción, estableció que el tipo penal se ocupaba solamente de describir la parte objetiva de la acción, mientras que todo lo subjetivo de la misma, como es

⁹ MUÑOZ Conde, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho penal*. Editorial Tirant Lo Blanch, Derecho Valencia, 1989. pp. 68-69.

¹⁰ BELING, Ernest. *Esquema de Derecho Penal*. La Doctrina del Delito-Tipo, Editorial De palma, Buenos Aires, 1944, pp 44, 48-51.

el contenido y dirección de la voluntad, es decir el dolo, tenía que analizarse cuando se llegará al ámbito de la culpabilidad. De acuerdo con esta posición, el tipo penal sólo se estructura de elementos objetivos, definidos como aquellos que se pueden constatar a través de los sentidos y describen la forma de realización de la acción, el resultado y el nexo causal, así como aquellos que se van agregando en cada tipo penal que hacen precisamente que esa acción sea penalmente relevante. Luego aparecen, entre otros elementos objetivos descriptivos: los especiales medios para la realización de la acción; alguna modalidad de lugar, de tiempo o de ocasión; los sujetos activos y pasivos; el objeto sobre el cual recae la acción u objeto material y la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma jurídica penal.

Más tarde Mayer¹¹ en 1915, al analizar el lenguaje que se utiliza en cada uno de los tipos penales, descubrió que algunos hacían referencia a un especial elemento subjetivo que debe darse en el autor, como cuando el tipo especifica: al que **con ánimo de**, como es el caso del delito de robo; al que **con el deseo de**, como sucede con ciertos delitos de carácter sexual; al que **con la finalidad de**, en tratándose de delitos contra la salud o del delito de fraude; este último establece que con la finalidad de obtener un lucro indebido o con la finalidad de hacerse ilícitamente de una cosa; o bien, cuando se dispone al que **con la intención de**, o, **con el propósito de**, como sucedía tratándose del delito de raptó que establecía que para su acreditación debía existir un propósito específico de realizar un acto sexual con la persona que haya sido privada de su libertad. Del análisis de estos tipos, Mayer y por otro lado, Hegler¹², afirmaron que si el tipo penal es la descripción de lo que se considera socialmente dañoso, en aquéllos casos

¹¹ MAYER, M.E. *Der Allegemeine Teil des Deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, Heidelberg, 1915-1923, pp 228, 300 y ss., citado por el Profesor Hans AchenBach –*Reflexiones Histórico-Dogmáticas Sobre la Concepción de la Culpabilidad de R. Frank*, Coloquio entre profesores italianos y alemanes sobre Culpabilidad, CastelGandolfo,1980.

¹² HEGLER, Augus. *Die Merkmale des Verbrechens*, en ZSTW, Vol. XXXVI, 1914, pág. 19-44 y 184 a 232; citado por Nodier Agudelo Betancurt, *Curso de Derecho Penal, Esquemas del Delito*, Ediciones Nuevo Foro, Colombia 1998, pág. 43.

en que lo socialmente dañoso dependa de determinados elementos subjetivos, éstos deben quedar incluidos en el tipo.

Mezger¹³ en 1931, encontró que había ciertos casos en que el tipo penal utiliza determinado lenguaje referente a datos que no podían ser constatados objetivamente a través de los sentidos y por tanto no podían ser considerados como elementos descriptivos, sino que para su constatación requerían determinado juicio de valoración jurídico o cultural, por ejemplo, cuando el tipo señala: al que **indebidamente**; al que **ilícitamente**; **al funcionario público**; **documento público**; **cheques sin fondo**; **mujer casta y honesta**; **permiso correspondiente**; **campesino**; **compraventa**, **cosa ajena**, **mueble**, etc. A estos elementos se les caracterizó como elementos normativos del tipo penal, porque para obtener su significado habría que recurrir al entero sistema jurídico, es decir, al derecho civil, al derecho administrativo, etc., según que los datos para ello lo proporcione la propia ley o el contexto cultural en el que la conducta se realiza.

De la anterior reseña histórica observamos que de 1915 a 1930 fue construyéndose un concepto de tipo con un contenido mixto, en cuanto que además de los elementos objetivos o descriptivos, aparecieron en el tipo elementos subjetivos y normativos.

Este criterio lo encontramos en el Código Federal de Procedimientos Penales del 23 de agosto de 1934, cuyo artículo 168, reformado hasta 1986, dispuso para la acreditación (del cuerpo del delito) que bastaba "**la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hechos delictuosos según lo determine la ley penal. Se atenderá para ello, en su caso, a las reglas especiales que para dicho efecto previene este Código**".

¹³ MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Revista Privado, Madrid, 1935, Tomo I, pág. 321.

En Alemania la doctrina penal siguió evolucionando y a partir de la década de los años '30 en adelante, empieza a desarrollarse una nueva concepción en la teoría del delito, conocida como **teoría de la acción final** y que dio origen a lo que se conoce con el nombre de **sistema final o finalista del delito**. Esta nueva concepción reconoce que en la estructura de la acción existen tanto elementos objetivos como subjetivos, tanto elementos externos como internos y que dentro de estos últimos destaca principalmente el contenido de la voluntad, que es, en esencia, lo que le da sentido a la actividad corporal. De ahí que esta teoría visualice que toda acción humana es una acción final, dirigida a un objetivo, lo cual trajo consecuencias muy importantes para la estructura del cuerpo del delito, que se traduce sobre todo a nivel de cambios en la concepción del tipo y la tipicidad, y por otra parte a nivel de la culpabilidad.

Según Moisés Moreno Hernández¹⁴, con el sistema finalista se establece que en todos los casos el tipo penal se estructurará tanto de elementos objetivos, normativos y subjetivos, y que entre estos últimos habría que considerar la existencia del dolo o de la culpa. Dolo y culpa, de acuerdo con el sistema finalista son extraídos de la culpabilidad y ubicados en el tipo penal, porque en el plano de lo óntico, la acción se concretiza así en la realidad. El legislador, al crear los tipos penales, toma de ese mundo de acciones que se dan en la realidad, aquéllas que considera deben ser reguladas penalmente, y las toma tal como se dan en ese mundo fáctico, con su propia y natural estructura; de tal manera que al plasmarlas en los tipos penales ellas conservan esa estructura óntica. Por lo que eso que en toda acción realizada en el mundo fáctico se llama finalista, ahora, al formar parte del tipo penal adquiere un nombre técnico que es precisamente el de acción dolosa. Por ello, se afirma que el dolo no es otra cosa que la "finalidad tipificada".

¹⁴ MORENO Hernández, Moisés. *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, Editorial Ius Poenale, número 1, México, Agosto 1999, pp 271-296; *Revista Mexicana de Justicia*, Vol. .I, Enero- Marzo 1983, pp. 163-194; *Política Criminal y Reforma Penal*, Editorial Ius Poenale, México 1999, pp. 181-218.

Como consecuencia de lo anterior, con este sistema la distinción de un delito doloso y un delito culposo yace en el ámbito del tipo penal y no a nivel de culpabilidad como sucede en el sistema causalista. Para afirmar la tipicidad de un delito doloso, atendiendo a los términos del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, vigente a partir de febrero de 1994 a mayo de 1999, primero habría que acreditar la existencia de los elementos objetivos del tipo penal sean descriptivos o normativos y luego acreditar la existencia del dolo. En muchos casos ello era suficiente para afirmar la tipicidad del delito doloso, cuando solo requería del dolo genérico; pero en otros no era suficiente, sino que se requería además el dolo específico como sería por ejemplo: un ánimo, propósito, deseo, etc., en la medida en que el tipo penal así lo requiera expresamente. Y por lo que hacía la tipicidad del delito culposo, había que acreditar a demás de los elementos objetivos todo aquello que es característico de la culpa.

Esta posición finalista fue adoptada por nuestro artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, al establecer que tanto el Ministerio Público, como base del ejercicio de acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, acreditarán los elementos del tipo penal del delito que se trate, y esta última autoridad examinará si están acreditados los siguientes elementos:

"Art. 168.-.....

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

II.- La forma de intervención de los sujetos activos; y

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

Así mismo, se acreditarán si el tipo lo requiere: a).- Las calidades del sujeto activo y del pasivo; b).- El resultado y su atribubilidad a la acción y omisión; c).- El objeto material; d).- Los medios utilizados; e).- Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f).- Los elementos normativos; g).- Los elementos subjetivos específicos y h).- Las demás circunstancias que la ley prevea."

De acuerdo con el penúltimo párrafo del aludido artículo 168 que desarrolló los lineamientos programáticos de la reforma constitucional de 1993, **para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.**

De una interpretación gramatical del anterior párrafo, se sigue que la probable responsabilidad comprendía dos juicios: uno, sobre la antijuridicidad del hecho, que se traducía en la constatación de que si en favor de el procesado había obrado alguna causa de justificación como es la legítima defensa, cumplimiento de un deber, estado de necesidad, obediencia jerárquica, etc., y otro juicio, relativo a la probable culpabilidad.

Sobre esta última figura jurídica, en la dogmática penal desde Franz Von Liszt¹⁵, hasta nuestra época han sido elaborados también conceptos y estructuras diferentes: uno psicológico y otro normativo, enriquecido en 1930 por la teoría de la acción finalista de Welzel¹⁶.

La concepción psicológica de la culpabilidad, engarzada ideológicamente al naturalismo causalista, partió de la distinción tajante entre la parte objetiva y subjetiva del delito, refiriéndose lo primero al tipo y lo segundo a la culpabilidad. Esta fue entendida como la relación psicológica entre el autor y su hecho que se agota en sus especies o formas: dolo y culpa.

Conforme a esta corriente la culpabilidad solo se anula mediante las causas que eliminan el proceso psicológico como lo son el error y la coacción; el primero destruye el elemento intelectual, la segunda el elemento volitivo del dolo.

¹⁵ VON Liszt, F. *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Reus, S.A., Madrid, Tercera Edición, Tres Tomos, S/F impresión.

¹⁶ WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, Ediciones Ariel, Barcelona, España, 1964.

2.4. Principio de legitimidad.

La intervención penal en todo Estado de Derecho sólo se legitima en tanto proteja a la sociedad y a sus miembros. Pierde completamente su justificación y, por tanto, su legitimidad si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos.

Un elemento fundamental para la configuración de los delitos fiscales es la existencia de una necesidad social digna de protegerse; en este sentido cobra importancia especial el tema del Bien Jurídico, ya que si no existe un Bien Jurídico digno de protegerse, el resultado fatal será la utilización de un Derecho Penal deslegitimado por su inutilidad.

Las tesis utilitaristas, llamadas también utilitarismo penal, tienden, a decir de Ferrajoli, una doctrina ambivalente, ya que se pueden extraer dos versiones según el tipo de fin que se le asigne a la pena y al Derecho Penal.

Una primera versión, según Ferrajoli,¹⁷ consiste en comparar el fin con la máxima utilidad posible que pueda asegurarse a la mayoría de los no desviados. Se relaciona así el fin con los intereses de seguridad social, diferentes de aquellos que pertenecen a los sujetos a quienes les es aplicada la pena, y hace entonces imposible la comparación entre costos y beneficios. Esta versión no está en condiciones de exigir ningún límite ni garantía a la intervención punitiva del Estado, pues si el fin es la máxima seguridad social alcanzable contra la repetición de futuros delitos, ella servirá para legitimar a priori los máximos medios, llegando a aplicar las penas más severas, incluso la pena de muerte, así como los procedimientos más antigarantistas. Entendido así el utilitarismo, no garantiza en ningún modo contra el arbitrio potestativo.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *El Derecho Penal mínimo en poder y control*. Editorial Montecorvo. Madrid, 1986, p.33.

La segunda versión, según Ferrajoli, ha atribuido a la pena el único fin de la prevención de los delitos futuros, protegiendo a la mayoría no desviada, y no el de la prevención de los castigos arbitrarios o excesivos, tutelando la minoría de los desviados y de todos aquellos considerados en esta categoría. Se ha identificado a estas doctrinas con las de la defensa social. En esta postura, la determinación del merecimiento de pena se adapta según puede responder a los problemas reales que surgen de las infracciones jurídicas más graves. En algunos casos se obliga la intervención del legislador por necesidades de utilidad, tales como el tráfico de drogas, el delito ecológico, el terrorismo o la transmisión de enfermedades como el sida y, en ocasiones, incluso para evitar el fraude fiscal.

Pone de manifiesto Ferrajoli que desde una concepción jusnaturalista y contractualista, la pena es el producto de la socialización y de la estatalización de la venganza privada, concebida a su vez como expresión del derecho natural de defensa que pertenece a cada hombre para su conservación en el estado de su naturaleza.

Locke decía que *el jus punitiones* es el contenido de defensa que le corresponde a cada hombre en el estado de naturaleza para la propia autoconservación. En esta tesis se ha basado la tesis de la continuidad histórica y teórica entre pena y venganza, y ha conducido a que muchos retribucionistas y utilitaristas como Filangieri, Romagnosi, Carrara y Ferri, hayan concebido y justificado el Derecho Penal como derecho de defensa, a través de la idea de la defensa individual. Pero el Derecho Penal no nace como negación de la venganza sino como desarrollo, no como continuidad sino como discontinuidad y en conflicto con ella; y se justifica no ya con el fin de asegurarla sino con el de impedirla, es un hecho que la pena sustituye a la venganza privada, pero esta sustitución no es ni explicable históricamente ni justificable axiológicamente con el fin de mejor satisfacer el deseo de venganza; por el contrario, sólo se puede justificar con el fin de poner remedio y de prevenir las manifestaciones. De ahí que es posible

decir que la historia del Derecho Penal y de la pena, puede ser leída como la historia de una larga lucha contra la venganza.

Desde el punto de vista de la utilidad para la justicia, la doctrina ha señalado que la concepción del comportamiento criminal no puede solamente satisfacer los presupuestos de justicia sino debe también tener un sentido práctico, es decir, debe ser útil. Según esta concepción, el principio de utilidad tiene como meta actualizar las determinaciones del merecimiento de pena del Derecho Penal material y verificar si son realizables en las actuales condiciones reales de la administración de Justicia Penal. No obstante lo anterior, una decisión sobre el merecimiento de la pena puede ser justa pero en ocasiones inútil, pues puede tener más consecuencias negativas que positivas, de aquí que se diga que es posible desligarse de las consecuencias políticas a que conduce una decisión sobre el merecimiento de pena de una determinada conducta.

2.5. Principio de necesidad.

Se desprende a su vez del principio de utilidad, otro al que se le conoce como el principio de necesidad o del merecimiento de pena. En este principio se plantea si realmente el Derecho Penal es necesario para evitar delitos. En el caso de nuestro tema de estudio, se plantea con especial referencia a los delitos fiscales, si el Derecho Penal sirve para evitar la comisión de delitos fiscales. En este sentido, se cuestiona si la pena sirve efectivamente como estímulo para la no comisión de los delitos previstos en el Código fiscal de la federación. A este respecto, hay quienes señalan que la eficacia de la amenaza penal no debe valorarse por sus fracasos, sino por sus posibles éxitos, es decir, han de buscarse los éxitos de la aplicación de la pena en aquellos quienes aún no han delinquido y acaso lo hubieren hecho de no concurrir la amenaza de la pena.

El principio de la necesidad de protección de los Bienes Jurídicos, significa que la intervención del Estado sólo es posible cuando existen Bienes Jurídicos que requieren de la protección jurídica. Para estos efectos es

indispensable señalar qué es lo que se tiene que proteger y, en un segundo término, fundamentar esa necesidad de protección. La teoría del Bien Jurídico trata de dar respuesta a la primera cuestión: es decir, a lo que se tiene que proteger; y la política criminal, a la segunda: es decir, a determinar la necesidad de la protección. Determinar los intereses que son o que no son fundamentales para la vida social es tarea sumamente compleja, pues no sólo se trata de una cuestión de carácter valorativo sino también democrático.

La doctrina penal ha señalado que se justifica la necesidad de proteger el Bien Jurídico cuando se dan estas tres características, o criterios, independientemente de la fundamentación normativa:

- a. Cuando existe una clara necesidad social de que sea protegido;**
- b. Cuando con cierta frecuencia se ponga en peligro o se lesiona;**
- c. Cuando su lesión produzca sentimientos reales de amenaza.**

No obstante los tres criterios sociológicos anteriores para establecer el merecimiento de pena en la protección de un Bien Jurídico, la doctrina penal señala que el único criterio para saber si un comportamiento que lesiona el Bien Jurídico o lo pone en peligro es merecedor de pena debe ser un criterio normativo. Dicen Hassemer y Muñoz Conde¹⁸ que una política criminal racional no consiste en aceptar ideas sobre el merecimiento de pena normativamente inaceptables pero socialmente eficaces, ni tampoco en ignorar o reprimir estas ideas porque no sean normativamente de recibo. Una auténtica política criminal debe elaborar estas ideas estratégicamente, como ya se ha hecho en algunos casos en la discusión sobre los límites del Derecho Penal sexual y concretamente en relación con la punibilidad de las prácticas homosexuales.

La tutela y protección de los Bienes Jurídicos no es absoluta, es decir, cuando el Bien Jurídico es defendido penalmente significa que está siendo protegido sólo frente a ciertas formas de agresión: aquellas consideradas

¹⁸ *Op. Cit.* p. 64.

como socialmente intolerables. Es el legislador quien decide cuáles bienes han de ser tutelados penalmente, de acuerdo con cada momento histórico; es decir, su decisión de sancionar penalmente las conductas en defensa de un Bien Jurídico debe ser motivada principalmente por la necesidad de la protección de éste y de acuerdo con el momento histórico de la situación cultural, política y social imperante. Es evidente que los límites de la necesidad de protección no siempre son claros y que se deja al legislador un amplio margen de libertad para decir lo que considera necesario para ser protegido.

Si bien es cierto que la libertad del legislador penal tiene límites a la hora de determinar éste lo que se va a sancionar, pues existen criterios que lo constriñen a ello, sin embargo, estos criterios son vagos y complejos y, por tanto, se debe atender para ello a los criterios de utilidad y de justicia. En este sentido, el legislador debe tomar siempre conocimiento de los datos y de las consecuencias de la sanción a una conducta.

Según Hassemer y Muñoz Conde¹⁹, la decisión del legislador es siempre una decisión insegura, ya que desconoce la mayoría de las veces los factores que condicionan el efecto motivador en las personas y, en todo caso, porque la utilidad y eficacia que va a tener la regulación es siempre un pronóstico que nunca se sabe si se va a confirmar. La acción humana no se puede concebir de modo puramente mecánico, y el futuro es siempre incierto. Para legitimar la criminalización dicen que el legislador debe obtener todos los datos que le sean posibles sobre la dañosidad de una conducta y las consecuencias de la pena, teniendo en cuenta los criterios de justicia y de utilidad para decidir sobre el merecimiento de pena, ya que responden a determinada cultura política y jurídica.

Se cuestiona así si lo importante en la protección jurídico-penal de un Bien Jurídico es si éste es digno de tutela penal o si, por el contrario, no necesita de ella para su protección. Para resolver lo anterior es conveniente partir

¹⁹ *Op. Cit.* p. 70.

del concepto de la nocividad social, pues una vez resuelto este concepto, se podría más claramente resolver si los Bienes Jurídicos deben ser dignos de tutela penal o si, por el contrario, no deben necesitar de la tutela penal para su protección.

Por otro lado, es verdad que existen ocasiones en que lo decisivo para considerar si un Bien Jurídico requiere de protección jurídico-penal es en sí mismo el propio valor del Bien Jurídico *per-se*. Existen bienes en toda sociedad cuyo valor es tal que el más leve ataque dirigido contra ellos puede llegar a ser considerado como delictivo: tal es el caso de los delitos contra la vida, por ejemplo. Cuando un bien se eleva a la categoría de Bien Jurídico se considera que tiene un valor respetable que hay que proteger y, por lo tanto, necesita de protección jurídica penal. Muñoz Conde advierte que la elevación a la categoría de Bien Jurídico, es decir, de aquel valor respetable y que es necesario proteger, puede traer consigo determinadas ventajas e intereses en beneficio de unos pocos y en perjuicio de la mayoría; lo que es una forma evidente de mantener un status, y de reaccionar frente a todo lo que signifique progreso y de conservar a toda costa la actual situación. En estas hipótesis, en ocasiones, se abusa del Derecho Penal como sistema de represión en defensa de algunas minorías dominantes, en las que se antepone la posición política al margen de la ley, castigando los ataques a los Bienes Jurídicos instrumentales o a la propiedad privada, por ejemplo, con la misma gravedad o incluso más gravemente que los ataques a la vida, a la salud o a la libertad, considerados como "derechos naturales" inmutables y permanentes, lo que no es más que el interés personal y egoísta de los que detentan el poder.

La cuestión central de la teoría del Bien Jurídico, como se ve, gira en torno a la determinación de los Bienes Jurídicos que deben formar parte de la protección jurídica, es decir, aclarar los criterios que se deben seguir para seleccionar los Bienes Jurídicos que han de protegerse. De esta forma se logrará dar validez al contenido material del delito. Sin embargo no se debe olvidar que no basta que un bien posea suficiente importancia social para que se justifique su protección jurídico-penal, pues no se puede justificar la

necesidad de protegerlo atendiendo exclusivamente a su entidad o a su utilidad, sino además es preciso determinar que no haya otros medios suficientes de tutela jurídica que sean menos lesivos y que la forma de ataque sea de las consideradas merecedoras de la intervención penal tanto por ser especialmente peligrosa como desagradable a los ojos de la sociedad.

Se dice que solamente una conducta típica y antijurídica es la que puede lesionar Bienes Jurídicos penales, Si bien es cierto que ésta no es una definición explícita del Bien Jurídico, es importante instaurar esta regla de correspondencia para establecer el concepto de Bien Jurídico penal y su necesidad de ser protegido.

Un sistema penal está justificado únicamente si minimiza la violencia arbitraria en la sociedad. Este fin es alcanzado en la medida en la cual satisfaga las garantías penales y procesales del Derecho Penal mínimo. Para alcanzar sus fines, no se justifican medios violentos o de cualquier forma opresores, alternativos al Derecho Penal mismo y a sus garantías. El Derecho Penal, con su complejo sistema de garantías, debería siempre permanecer para aquel único caso en que pudiera producirse la reacción institucional coactiva frente a un hecho delictivo.

Según el Principio de Necesidad, cuando se demuestra que una pena es inútil para cumplir su objetivo protector, deberá desaparecer, dando lugar a otras reacciones jurídicas más leves pero más eficaces. Pues como ya lo expresaba Beccaria²⁰: *"con frecuencia, más importante que la gravedad del castigo es la seguridad de que se impondrá alguna pena. El Estado estará legitimado a imponer las sanciones del Derecho Penal cuando demuestre que estas son efectivas a los fines que persigue"*. Sólo una determinación de pena adaptada a su tiempo y a las necesidades de la praxis, puede lograr a la larga las expectativas que encierran las teorías preventivas del Derecho Penal.

²⁰ BECCARIA, Cesar. *Tratado de los delitos y de las penas*. 11ª. ed. Editorial Porrúa. México. 2006.

Respecto al sistema de merecimiento de pena por la comisión de un delito, se establece que el sistema "pretende ser uniforme, preciso y pleno, teniendo en cuenta que la moderna Política Criminal ofrece al Derecho Penal numerosas posibilidades para que la respuesta a la acción antijurídica y culpable no sea siempre la imposición de una pena. Es un sistema abierto, de forma que puede integrar nuevos criterios de merecimiento de pena, pero al mismo tiempo debe comprender todos los elementos del merecimiento de pena que existen en un momento dado, ordenándolos completamente de un modo sistemático" .

Este principio se relaciona, a su vez, con la cuestión de la eficacia de los delitos que se encuentran en las leyes especiales, es decir, fuera del Código Penal, pues debe evitarse criminalizar en distintas leyes la misma conducta antijurídica. En este sentido, es importante analizar hasta dónde es conveniente que las mismas conductas previstas en el Código Penal Federal se repitan en el Código Fiscal de la Federación, pues esto puede suponer una violación al principio de utilidad de las normas penales, ya que puede impedir que el ciudadano conozca y comprenda ese universo inextricable de normas que han proliferado de modo tan irracional, aunado a que el gran caudal de los delitos especiales hace de las normas penales el que no sean funcionales. Del principio de necesidad, la doctrina ha deducido, a su vez, cuatro principios de técnicas operativas aplicables en materia de delitos especiales el de sistematización, el de congruencia, el de transparencia y el de eficacia.

A. El principio de sistematización significa que los capítulos de leyes administrativas que regulan delitos especiales no deben tener huecos; no debe haber contradicciones. en su composición y estructura en relación con el Código Penal; ni tampoco debe existir repeticiones.

B. Del principio de congruencia se desprende que los delitos especiales deben atender fundamentalmente a la consecución de las

finalidades esenciales del Derecho Penal, es decir, la institucionalización de los valores y la protección de los Bienes Jurídicos individuales y colectivos; no deben utilizarse los delitos especiales para llenar aquellos vacíos existentes en el instrumental administrativo que producen ineficacia, ni deben usarse utilitariamente.

C. De acuerdo con el principio de transparencia, las normas que establecen delitos especiales deben ser inteligibles, claras y precisas.

D. Conforme al principio de eficacia, los delitos especiales deben ser invariablemente detectables por la administración pública, e inexorablemente perseguibles por los órganos de procuración de justicia y sancionables por los tribunales.

E. Con los anteriores razonamientos se llega a la conclusión de que la legitimación del *ius puniendi* en un Estado de Derecho, sólo queda debidamente legitimada, valga la redundancia, cuando se hace uso de la pena estatal con el único fin de proteger Bienes Jurídicos penales, y exclusivamente cuando éstos se encuentren en una situación de peligro o que hayan sido lesionados, es decir, en la situación de la necesidad de ser protegidos. Este presupuesto viene a ser no sólo un límite al *ius puniendi* sino también una garantía para todos los ciudadanos.

El principio del Bien Jurídico permite que cada uno de los miembros de la sociedad sepa lo que en realidad protege y sanciona el ordenamiento punitivo, y que con base en ese conocimiento, pueda asumir su razón, participar en su crítica y postular razonadamente su revisión. Con este principio del Bien Jurídico como fundamento de la necesidad de pena, cobra relevancia la idea del desvalor del resultado, pues al decirse qué es lo que se necesita proteger se sabe con mayor precisión qué es lo que está sancionado.

2.6. Interprete y clarificador del sentido de la norma.

El Bien Jurídico que se protege con la norma es un elemento indispensable para la interpretación de la norma penal ya que perfila y delinea claramente la esencia de la figura delictiva y le muestra al juzgador cuál es la verdadera finalidad de la norma. La búsqueda del sentido de la norma se realiza a través de un método inductivo y no deductivo, pues es la objetividad jurídica del delito la que muestra cuál es el interés que en él se esconde, más o menos preconcebido de antemano.

Como ejemplo de esta función que tiene el Bien Jurídico como intérprete y clarificador del sentido de la norma, la teoría del Bien Jurídico sirve para explicar algunos casos de justificación de las conductas típicas, ya que en torno al Bien Jurídico se relacionan algunas causas de justificación como son el consentimiento del titular del Bien Jurídico y el estado de necesidad, por ejemplo.

Bajo este contexto los lineamientos que imponen tanto la figura del estado de necesidad como la del consentimiento de la víctima, hacen que determinados Bienes Jurídicos no tengan la protección penal, sin negar que sigan siendo considerados Bienes Jurídicos por el Derecho. De la construcción que la teoría del delito ha elaborado de estas dos figuras: la justificación del estado de necesidad y del consentimiento de la víctima, se extraen consecuencias funcionales para la clarificación de la diferencia entre los Bienes Jurídicos penales y aquellos que no tienen protección jurídico-penal alguna. Al respecto, Mir Puig ha puesto de relieve la importancia de diferenciar entre Bienes Jurídicos y Bienes Jurídicos Penales.

Respecto al estado de necesidad, esta figura señala que en determinadas situaciones es también posible afectar Bienes Jurídicos, así lo establecen la mayoría de las legislaciones que regulan expresamente esta figura jurídica. El fundamento del estado de necesidad justificante se ha desarrollado

teniendo en cuenta el concepto de Bien Jurídico. Hay casos en que el sujeto se ve ante una situación forzosa de lesionar un Bien Jurídico, pero dependiendo del valor del Bien Jurídico que se haya decidido lesionar habrá o no consecuencias jurídicas. Así sucederá en el estado de necesidad justificante si el sujeto lesiona un Bien Jurídico para preservar otro de mayor jerarquía o al menos de igual valor. En esta situación no se podrá decir que obra antijurídicamente porque obró como el mismo Derecho lo quiere. Distinta situación será si para preservar un Bien Jurídico lesiona uno de mayor valor. Sin entrar a la discusión de las diferencias entre el estado de necesidad justificante y disculpante, sí es conveniente señalar que la teoría del Bien Jurídico funciona para establecer las diferencias del sentido de la norma en cuanto a determinar si se trata de uno u otro tipo de estado de necesidad. Lo conducente en relación con la evaluación de los Bienes Jurídicos para establecer los criterios que permitan indicar cuándo se está en presencia de un Bien Jurídico de mayor o de menor escala. Se dice que el Derecho Penal tiene la función de proteger Bienes Jurídicos penales y que el procedimiento que utiliza es el castigo de los actos que los lesionan o los ponen en peligro. Pero la función de estos actos se fundamenta en el supuesto de que el agente al lesionar un Bien Jurídico eligió la peor alternativa de las que se le presentaban como posibilidades de acción, porque las otras son indiferentes a los Bienes Jurídicos penales. Cuando se presenta alguna situación de estado de necesidad y el agente elige la lesión del bien jurídico de menor valía para preservar otro más valioso, no actúa antijurídicamente ya que obra conforme a lo que el Derecho quiere. En este supuesto, el Bien Jurídico lesionado no tiene protección jurídica penal. Es importante destacar que en esta concepción el Bien Jurídico juega un papel relevante, dependiendo de su valor aislado para la sociedad.

Por regla general todo Bien Jurídico-penal merece ser protegido por una norma jurídica, sin embargo, existen situaciones en las que el titular de un Bien Jurídico renuncia por voluntad a que éste sea protegido jurídicamente, de tal manera que la lesión o puesta en peligro de su Bien Jurídico no produce consecuencia jurídica alguna. Así sucede cuando el propietario de una cosa permite que ésta sea destruida por un tercero. En esta figura del

consentimiento, la teoría del Bien Jurídico juega un papel relevante pues no siempre se permite normativamente que el Bien Jurídico sea lesionado o puesto en peligro, no obstante el consentimiento del titular del mismo. Los criterios que se siguen para imponer las limitaciones de la no producción de efectos jurídicos, se dan en razón de la importancia que se dé a los Bienes Jurídicos, estableciendo la dogmática penal la existencia de Bienes Jurídicos disponibles por el consentimiento de su titular y Bienes Jurídicos no disponibles aun otorgándose el consentimiento.

La dogmática establece que un Bien Jurídico es disponible cuando los actos clasificados por el derecho como perjudiciales al mismo tienen como resultado un estado de cosas que si fuera realizado por el titular del Bien Jurídico no sería disvalioso; por el contrario, un Bien Jurídico no es disponible si los actos que lo lesionan o lo ponen en peligro tienen como resultado un estado de cosas que lo haría disvalioso, aun cuando lo hubiese realizado el titular del Bien Jurídico. De esto se desprende que hay Bienes Jurídicos que la sociedad no está dispuesta a permitir se lesionen o se pongan en peligro, aun cuando lo consienta su propio titular.

Sirve también la teoría del Bien Jurídico para brindar criterios de distinción entre los actos preparatorios y el comienzo de la ejecución punible, esto es, entre la tentativa y la consumación. El peligro contra un Bien Jurídico establece la demarcación entre estas figuras distinguiéndose entre lo que es lesión y peligro, Además establece la distinción entre el concurso ideal y el real, así como entre los delitos instantáneos, continuos y continuados, y finalmente sirve para resolver los problemas de los concursos de normas.

2.7. Interprete del tipo y objeto de tutela.

La teoría del Bien Jurídico intenta también determinar, en primer lugar, cuál es la naturaleza del Bien Jurídico. Pretende dar a entender cuál es el Bien Jurídico que se protege en cada delito, y da contenido a la tipicidad y a la antijuridicidad, tal y como se señaló desde principios de este siglo.

Según Nino²¹ esta tarea se realiza haciendo una descripción de hechos que no son cognoscibles por la experiencia, pero que permiten explicar todos los otros relevantes acerca de un instituto jurídico, y de los cuales es posible deducir consecuencias normativas. En la creación e interpretación de los tipos penales se propugna acudir a valores éticos objetivos, a valores que se considera deben operar en nuestra sociedad por cuanto son fundamentales para un ordenado y armónico desarrollo de la vida comunitaria, y a los que no se duda en enraizar con la ética natural.

El legislador debe conocer, orientar y dirigir el desarrollo del orden social: y para ello debe conocer la concepción popular, para corregida y reorientada. La concepción popular está plagada de valores que se mueven dentro de concepciones arraigadas en un plano de costumbres, las que se pueden considerar por algunos como valores ideales inmutables y que llegan a plasmarse en el ordenamiento jurídico al ser recogidas por el legislador.

Estas convicciones generales que se han incorporado a los ordenamientos jurídicos, mismas que fueron recogidas por el legislador, pertenecen, a su vez, a la elección de una u otra teoría. La defensa de unos valores u otros, es lo que caracteriza a la sociedad pluralista.

El problema que se plantea es si se deben proteger jurídicamente los valores que la mayoría de la población de una sociedad desea sean protegidos o si, por el contrario, los que el legislador cree sean más convenientes, aun en contra de la opinión mayoritaria, es decir, del sentimiento común y de las costumbres del pueblo. ¿Debe el legislador orientar la norma hacia lo que el pueblo quiere o hacia lo que el pueblo debiere querer y pensar?

Mantovani señala que si bien hay que atender al sentimiento medio de la comunidad, ya sea real o presumible, no pueden dejarse sin resaltar los

²¹ NINO, Carlos Santiago. *Las teorías dogmáticas. La teoría del bien jurídico, en consideraciones sobre la dogmática jurídica*. UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas. México, 1974. p. 67.

valores morales que quizá no han sido todavía adquiridos por el sentimiento medio o incluso sean rechazados por la mayoría, ya que hay que atender a las exigencias que, a lo largo del curso temporal, se delinean como profundamente morales y socialmente útiles, aunque la colectividad no haya tomado conciencia precisa de ellas.

Lo anterior va directamente vinculado con las situaciones en las que lo que se sanciona son aquellos comportamientos que se dice lesionan o ponen en peligro los sentimientos de la sociedad. Para extraer el significado de lo que constituye la lesión de los sentimientos de la sociedad, las doctrinas italiana y alemana se han referido a lo que consideraría el "hombre normal", o llamado también "hombre medio"; lo cual no se ha de entender como el resultado de hallar la medida de los individuos de una sociedad, sino de un ser humano medio no corrupto, o la persona sana y media. También se menciona al hombre imparcial, a la persona sensata con prudente rectitud de criterios y con buen sentido ético, honrada, honesta.

El proceso de selección y jerarquización de Bienes Jurídicos funciona mediante la definición de la antisocialidad de hechos y personas. La sociedad no desviada define y reprime a la desviada, al igual que a la que no acepta sus reglas y sus límites. La marginación, al igual que otros fenómenos como el desempleo, es un fenómeno de raíces estructurales inevitables y duraderas.

En ocasiones el tipo no describe a los Bienes Jurídicos, ni tampoco se desprenden de él en forma clara, por lo que en estos casos la ciencia Penal los haya denominado como tipos incompletos, los cuales han de ser completados con los elementos o requisitos producto de la lógica y de la unidad del sistema. Se debe atender aquí a las reglas del reenvío.

Normalmente estos problemas quedan resueltos cuando el legislador agrupa en la parte especial de los códigos los delitos, en atención al tipo de Bien Jurídico que se protege en los enunciados títulos o capítulos. Así, por ejemplo, el Código Penal Italiano en los trece títulos de su libro segundo,

enuncia los delitos contra. . . el Bien Jurídico correspondiente. Hay otros códigos que, por el contrario, no señalan ni en sus títulos ni en sus capítulos los Bienes Jurídicos que se vayan a proteger en los tipos.

A veces se presentan problemas como el de que al señalar en un título determinado Bien Jurídico no se corresponda con el que se desprende del contenido del tipo penal, lo que trae como consecuencia que, en buena lógica, obligue a interpretar todo su contenido utilizando como elemento de juicio la posible lesión o peligro de dicho bien, independientemente de lo que el título señale como Bien Jurídico protegido. Si en toda clasificación científica debe predominar siempre el orden superior, del cual los inferiores no deben evadirse, es a veces conveniente que la rudimentaria sistematización de los códigos haya obligado a los intérpretes a seguir el sistema opuesto, partiendo del tipo como entidad autónoma y no especificadora.

En las leyes especiales es conveniente utilizar la exposición de motivos para averiguar qué clase de Bien Jurídico está contenido en el tipo. Muchos delitos producen la lesión o puesta en peligro de más de un Bien Jurídico, pero sólo el protegido por ellos tiene efectos a fin de considerar tipificada la conducta. Ejemplo de ello son los delitos de falsedad, que principalmente lesionan la fe pública pero además lesionan intereses específicos como la salvaguarda e integridad de los medios probatorios. En los casos en que el propio tipo impone la lesión o peligro de más de un bien, debe prevalecer, en orden a la clasificación, el más importante, puesto que en el momento de su aplicación los tipos con pluralidad de bienes impiden la posible calificación de la sanción por separado.

En la interpretación y creación de los tipos penales es imprescindible clarificar y definir la criminalidad, estudiar las estructuras que producen la desigualdad, así como los procesos mediante los cuales se puede volver a insertar el individuo en la sociedad. De acuerdo con estas directrices político-criminales puede el legislador penal extraer con mayor facilidad y precisión los criterios válidos para elaborar los tipos penales y el catálogo

de delitos, sobre la base de que lo que se amenace y se sancione sean conductas que dificulten gravemente o imposibiliten las posibilidades de participación en la vida social.

Finalmente, el Bien Jurídico aparece como el fundamento básico de la estructura abstracta de la infracción y, a la vez, como criterio ordenador del conjunto de los delitos de la parte especial. La sistemática de cada Código Penal viene condicionada por consideraciones valorativas prelegales.

CAPÍTULO 3

SUJETO PASIVO Y TITULAR DEL BIEN JURÍDICO

Siendo fin del derecho penal la tutela de intereses sociales, individuales o colectivos, es evidente que éstos no son creados por el legislador sino meramente reconocidos¹. De no preexistir al proceso legislativo un determinado interés, la norma jurídico penal respectiva será una norma arbitraria.

*"Bien jurídico es el concreto interés social, individual o colectivo, protegido en el tipo"*².

¹ Según FRANZ von Liszt: "los bienes jurídicos son precisamente *intereses tutelados mediante el derecho*. Dichos intereses no los crea el ordenamiento jurídico, sino la vida misma. Pero la tutela del derecho transforma los intereses de la vida en intereses jurídicamente protegidos, esto es, en bienes jurídicos. El Derecho Penal cumple con la finalidad específica de tutelar aquellos intereses particularmente valiosos, de modo complementario. (Citado por Grisolia, en *El objeto jurídico del delito*. Separata de la Revista de Ciencias Penales, XVII, No. 3, Santiago de Chile, 1959).

² MANZINI expresa que el objeto jurídico es aquel particular bien-interés que el hecho incriminado lesiona o pone en peligro, y no debe confundirse con el objeto material. Este -aclara- es el elemento constitutivo de un hecho delictuoso en relación al cual sobreviene la lesión del interés protegido, y representa la entidad material: principal en la que recae la acción o la omisión (cosa en el hurto, hombre en el homicidio). Agrega que mientras el delito tiene necesariamente un objeto jurídico, muchos delitos no tienen un objeto material (Cfr. *Trattato di diritto penale italiano*, Volumen primero, pp. 506-507,, Torino, 1933-XI). Rocco, por su parte, dice: "El objeto jurídico del delito es el interés protegido por una norma jurídica impuesta bajo sanción penal y violado por una acción delictuosa". (Citado por Eusebio Gómez, en *Tratado de Derecho Penal*, 1, p. 388, Buenos Aires, 1949). Welzel indica: "*Bien jurídico* es un bien vital del grupo o del individuo, que en razón de su significación social, es amparado jurídicamente". (*Derecho penal. Parte general*, T. II p. 5-6, Buenos Aires, 1956). En Chile, Grisolia considera que "el objeto jurídico de cada delito se encuentra... en el *bien* que es lesionado o puesto en peligro mediante la acción criminal; pero semejante bien no se entiende en un sentido *naturalístico*, sino en un sentido *normativo*... No puede haber delitos que consistan en la mera descripción de una conducta y sin que ésta presente, indiciariamente al menos, el ataque a un interés, a un valor, a un *bien*, que se pretende proteger mediante la incorporación de esa conducta al catálogo de figuras delictivas, esto es, sin que exista un objeto de protección específico, al cual, explícita o implícitamente, haga referencia... Si por esencia, el derecho penal interviene como mecanismo tutelar de los valores más altos y fundamentales, cuya conservación interesa superlativamente al Estado, es obvio que los delitos, hipótesis discontinuas de ilicitudes a través de las cuales se expresa el derecho penal, tendrá consubstancialmente por objeto esos valores" (*El objeto jurídico del delito*. Separata de la Revista de Ciencias Penales, Tomo XVII, No. 3, pp. 17 a 23, Santiago de Chile, 1989).

El bien jurídico 'es un elemento del tipo, y precisamente el que justifica la existencia de la norma jurídico penal. La lesión que se le infiere, o, al menos, el peligro a que se le expone, trae como consecuencia, salvo los casos en que operan aspectos negativos, la concreción de la punibilidad.

“Es, el bien, el concepto básico en la estructura del tipo. A partir de él, se pueden derivar las situaciones en que se lesiona, y, también, caracterizar el kernel idóneo para producir las lesiones.

Según sea la protección que el legislador quiera dar al bien, se establecerán los elementos del particular tipo típico. Si se quiere proteger ampliamente el bien, menor cantidad de elementos habrá que introducir. Si, por el contrario, se le quiere proteger limitadamente, habrá que dar más elementos; o sea: a menor cantidad de elementos dados en el tipo, mayor protección al bien, y viceversa”³.

Su existencia es determinante para la existencia del tipo. Si la comunidad desvalora el bien, éste debe desaparecer como tal, lo que, a su vez, se traduce en el desvanecimiento del tipo. Adviértase aquí el proceso inverso al de la creación de la figura legal: si el tipo típico se formula para proteger un bien, la desvaloración de éste obliga al legislador a cancelar a aquél⁴.

La interpretación de la figura legal debe ser unívoca; esto es, sólo es válida si corresponde a la semántica del bien recogida en el tipo típico. Debe, por lo mismo, rechazarse cuando pretende modificar aquel contenido semántico. Una interpretación que conduce a un bien diferente del que motivó la creación de la

³ ISLAS DE GONZÁLEZ Mariscal, Olga, *Lógica del tipo en derecho penal*, Editorial, Jurídica Mexicana, México, 1970.

⁴ MAURACH se refiere al tema, diciendo: "Tan sólo puede ser considerado como bien jurídico un interés reconocido por la *sociedad* o por las capas sociales dirigentes de la colectividad estatal"... La decadencia valorativa de un bien reconocido hasta la fecha como merecedor de protección, constituye la razón más importante para la derogación de las normas penales por el derecho consuetudinario". (*Tratado de derecho penal*, I, p. 251, Ediciones Ariel, Barcelona, 1972).

correspondiente figura legal, no es interpretación; es integración. Ejemplo: si dado un tipo A que tutela un bien M, este bien es desvalorado socialmente, entonces el tipo resulta desvanecido; no es válido, por tanto, introducir nueva semántica para asociarla al bien, pues con ello se llena el vacío dejado por el bien desaparecido. Este es el error frecuente de los juristas: no interpretan; integran.

Debido a la univocidad de la interpretación, a toda forma sintáctica que exprese a un bien particular corresponde una, y sólo una, semántica. Esto es obvio en razón de la correspondencia biunívoca que se da en la relación "sintaxis-semántica" que define a la existencia del tipo típico particular. Por tanto, en un proceso de integración (interpretación errónea), la biunivocidad de la relación "semánticasintaxis" genera una nueva sintaxis que impide la univocidad de la interpretación. Esta consecuencia, es más funesta en un tipo típico que tutele dos bienes. Aquí, 'los procesos de interpretación pueden conducir a cuatro situaciones, de las que sólo una tiende a ser correcta; en las restantes, la probabilidad de error es tres veces mayor que la de acierto.

Por otra parte, y por ser distinto el rango valorativo de unos bienes en relación a otros, resultan necesarias una jerarquía y una discriminación en subconjuntos. La jerarquía, o, para ser más exactos, el bien jurídico ya ubicado en el rango que le corresponde, va a proyectarse en la punibilidad determinando el intervalo de ésta. A cada bien jurídico deberá asignársele, en orden a su protección, el intervalo de punibilidad adecuado. En términos formales, todo bien jurídico es un objeto que tiene su imagen en el intervalo de punibilidad. Es el dato que permite asociar la punibilidad al Tipo⁵.

Más sintéticamente: el bien jurídico es el fundamento de la existencia de la norma jurídico penal. De lo anterior se sigue que, sin la presencia de un bien,

⁵ ISLAS DE GONZÁLEZ Mariscal, Olga, *Op. Cit.*

no existe un tipo penal⁶.

Frente al sujeto que lesiona los intereses sociales, siempre existe una persona, individual o colectiva, que resulta afectada por el perjuicio. Esta persona es el titular del concreto interés lesionado, o sea, quien directamente resiente el menoscabo derivado de la conducta lesiva, en otras palabras el llamado por la doctrina, sujeto pasivo.

La posición que guarda el ofendido respecto del derecho penal, depende de la existencia o no del tipo penal. Antes del proceso legislativo, ninguna acción de naturaleza penal puede ponerse en juego para resarcir el daño causado. Establecida la figura legal, el derecho punitivo despliega todos sus recursos en razón de que el ofendido es, ya, el sujeto pasivo del delito.

“Sujeto pasivo, es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro en el caso particular”⁷.

Es el elemento del tipo en quien se particulariza la ofensa inferida a la sociedad y concretada en la violación del deber jurídico penal. O sea: la prohibición del núcleo del tipo lesivo se justifica en cuanto hay un titular del bien lesionado o puesto en peligro⁸; Y la violación del deber no es más que la resultante de la lesión o puesta en peligro del bien cuyo titular es 'el sujeto pasivo.

El concepto "sujeto pasivo" varía en función del bien tutelado; o sea, dado un

⁶ Es obvio que, sin la presencia de un bien jurídico, no puede, ni debe crearse la punibilidad.

⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA opina que "sujeto pasivo del delito es todo poseedor de un bien o de un interés jurídicamente protegido. Por consiguiente, lo son: el hombre, la persona jurídica, el Estado, o la colectividad" (*Tratado de derecho penal*, nl, p. 88, Editorial Losada, Buenos Aires, 1958). Rocco afirma que sujeto pasivo es "la persona que resulta ofendida directa e inmediatamente por el delito" (Citado por Jiménez de Asúa, en *Tratado de derecho penal*, III, p. 87, Editorial Losada, Buenos Aires, 1958). Para Silvela, "el sujeto pasivo del delito es aquel a quien se debe la condición jurídica negada por el crimen" (Citado por Jiménez de Asúa, en *Tratado de derecho penal*, nl, p. 87, Editorial Losada, Buenos Aires, 1958).

⁸ El concepto de bien jurídico -expresa Maurach- no debe ser reducido a una abstracción exangüe y contemplado separadamente de su titular" (*Tratado de derecho penal*, 1, p. 252, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962).

bien jurídico, éste permite identificar a su titular. Siendo diversa la semántica del bien, diversa también es la semántica del pasivo, misma que se sintetiza en esta problemática:

a) Calidades específicas;

b) Número específico.

La esfera del sujeto pasivo, amplia sin limitaciones en algunos tipos típicos, se halla restringida en otros. Los límites derivan de la naturaleza del bien protegido en la figura legal de que se trate, y se sintetizan, en primer término, en la denominada "calidad del sujeto pasivo". Esta calidad, explícitamente regulada en algunos casos, se obtiene en otros a base de una interpretación. No es la mención expresa en 'él tipo típico lo que determina la calidad, sino la naturaleza del bien tutelado. Sólo puede ser sujeto pasivo quien reúne las condiciones para ser titular del bien.

Una segunda característica del sujeto pasivo consiste en la unidad o pluralidad de miembros integrantes del concepto. También en esto es decisivo el bien jurídico.

Cuando se analizó el concepto de Bien Jurídico, se estableció la necesidad de diferenciar al sujeto pasivo del titular del mismo, así como también se distinguió al ofendido o víctima, de la persona u objeto en que puede recaer la acción. En muchos delitos, el sujeto pasivo coincide con el titular del Bien Jurídico, esto es con el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del ilícito, pero en ocasiones pueden no ser la misma persona⁹.

El ofendido, en todo ilícito, es el ente que resiente el daño causado por el ilícito cometido, es el titular del Bien Jurídico o del interés jurídicamente protegido. El sujeto pasivo de los delitos puede ser, como se dijo, el titular del Bien Jurídico u otra persona distinta, como en el caso del robo. La persona en

⁹ Así sucede en algunos casos de robo. Sería el ejemplo de la persona a quién le prestaron un objeto y a la cual le sustraen el mismo. En este caso el titular de los derechos de propiedad es el ofendido o la víctima, y la persona que posea dicho objeto será el sujeto pasivo.

quien recae la acción de una infracción puede ser también el titular del Bien Jurídico o el sujeto pasivo, pero también puede ser una persona distinta, como sucede en los delitos de fraude cometidos en perjuicio de una persona moral. Piénsese, por ejemplo, en el empleado bancario que es la persona engañada¹⁰. Si bien es cierto que la persona moral no puede ser objeto del engaño, dado que no es un ente con capacidad ontológica de ser engañada, sí en cambio toda persona moral puede ser objeto del delito cometido en su perjuicio.

Es cierto que cualquier transgresión al ordenamiento jurídico causa daño no solamente al mismo sistema jurídico, sino a la sociedad en sí¹¹. Ahora bien, la organización social en el campo del Derecho permite al Estado, bajo la técnica de personificación, manifestarse como centro de imputación o titular de los poderes o potestades. Es por esto que se habla de las potestades o poderes de los entes públicos: Federación, Estados, Municipios¹². Cuando se analizó la evolución del Bien Jurídico, se planteó la discrepancia en torno a los postulados del sistema liberal democrático y los del sistema social democrático. En el primero, se dijo que el Estado jugó un papel distinto que en el segundo. Así, en el sistema del Estado social de Derecho, el Estado debía atender a las necesidades de todos y cada uno de los ciudadanos, pues le competía una función positiva consistente en promover las condiciones para que los individuos gozaran de las garantías individuales otorgadas por la Constitución.

La Doctrina Penal Española ha señalado que el portador de los Bienes Jurídicos puede ser el particular o la comunidad. Dado el carácter público del Derecho Penal, la lesión de los Bienes Jurídicos faculta exclusivamente al Estado a imponer una pena o aplicar una medida de seguridad¹³. Otros¹⁴

¹⁰ GARCÍA DOMÍNGUEZ. *op.cit.*, Pág. 94. Es conveniente destacar la terminología que se utiliza en el Derecho Penal. en el cual el sujeto pasivo se entiende como la víctima del delito; en cambio, en el Derecho Fiscal, el sujeto pasivo es quien tiene la obligación fiscal, y en este sentido sería el autor del delito.

¹¹ GARCÍA DOMÍNGUEZ. *op. cit.*, Pág. 94.

¹² Por tanto, se consideran como entes de afectación de los delitos fiscales y sujetos pasivos del mismo.

¹³ CERESO Mir Puig. *Curso de Derecho Penal español. 2/e. 1/reimp.* Tecnos, 1982, Pág. 15.

¹⁴ QUINTERO Olivares. *Represión penal y Estado de Derecho. 1/e.* Editorial Dirosa. Barcelona.1976, Pág. 84.

señalan que la protección de la sociedad aparece en la mayoría de las definiciones teóricas del Derecho Penal como su objetivo fundamental. Según esto, quien detente la potestad punitiva se supone la usará solamente con ese fin. Pero esta hermosa declaración programática -pone de manifiesto Quintero-puede tornarse en arma de doble filo a partir de determinadas interpretaciones de lo que se entienda por proteger a la sociedad¹⁵; ello obliga a establecer un equilibrio entre la protección de la sociedad y la protección de los individuos. Es preciso subrayar que este tema no se refiere a la distinción dogmática operada entre Bienes Jurídicos que pertenecen a la comunidad, diferencia establecida en función de quien tiene el interés inmediato en la protección de un valor¹⁶.

Ahora bien, en cuanto al segundo tema que se analiza en esta tesis y que corresponde al análisis de los delitos fiscales, es importante destacar que la infracción fiscal en los delitos previstos en el CFF va dirigida no en contra del Estado sino en contra de la sociedad, la cual es la titular del Bien Jurídico que se protege en los delitos fiscales¹⁷.

¹⁵ Idem, Pág. 85. Quien expresa "La historia de la represión penal ha conocido una época en la que la idea de protección de la sociedad se hipertrofió. Ciertamente. En el antiguo Derecho Penal ni siquiera se podía hablar de un sentido ontológico de la misión del Derecho Penal que soportara ni el calificativo de protector de la sociedad ni el de protector del individuo, pues la única explicación de su misión se encontraba en la defensa del poder mayeútico y omnimodo del soberano, cuando en la imposición violenta de una moral y una religión. Pero ya a partir de la Revolución Francesa, momento en que con mayor o menor precisión, puede situarse el inicio del Derecho Penal moderno, es posible hablar de un sentido jurídico de la función represora."

¹⁶ Así, se dice que en la integridad física tiene interés el propio individuo -y el valor de ella hace que se le conceda una protección público-penal-; en cambio, en la salubridad de alimentos y subsistencias medicinales se afirma que el interés es de la comunidad toda, al igual que en el caso de las leyes monetarias, por ejemplo. Pero esta distinción de interés dogmático y sistemático no tiene más que una lejana relación con el problema de la doble vertiente de la función penal: protección de la sociedad en equilibrio con la protección del individuo.

¹⁷ Vela Treviño Sergio. *La prescripción en materia penal*. Editorial Trillas. México 2003, pàg. 317. Quien señala lo siguiente: "*En estos casos de los llamados delito fiscales preocupa, lo relativo a la personalidad del ofendido o sea de quien debe iniciar las gestiones que pueden válidamente interrumpir el inicio del curso de la prescripción. Ello en razón de que la víctima, el pasivo, en estos delitos lo es el Estado y es el propio Estado quien tiene que hacer la declaración pertinente. Más confusa no puede darse la situación, incrementándose por la circunstancia de que el mismo Estado es el titular del*

El Estado es solamente el ente en el que se personifica la sociedad política. De tal manera que en los delitos previstos en el CFF, el sujeto pasivo se identifica con el Estado, al cual le compete precisamente el desempeño de la administración pública en cuanto se refiere a la administración de la Hacienda Pública¹⁸. La representación del Estado para estas funciones, se realiza por medio del Poder Ejecutivo¹⁹, así, a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público le compete administrar la Hacienda Pública del Pueblo en representación del Poder Ejecutivo y del Estado, en términos de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal²⁰.

3.1. El Estado como titular de bienes jurídicos.

Para llegar a la fundamentación del Estado como titular de los Bienes Jurídicos, es conveniente hacer un análisis histórico de cómo se fueron dando estas ideas. En primer lugar, cabe señalar que Liszt dividió la comunidad, al igual que Ihering, en Estado y sociedad, estableciendo una clasificación de los titulares de los Bienes Jurídicos en tres divisiones: Individuo, sociedad y Estado; pero pronto renunció a elevar a la sociedad como sujeto de interés autónomo, y colocó los intereses del individuo de frente a los del Estado, con lo cual, para Liszt, los Bienes Jurídicos de la sociedad predominan junto con los del

ejercicio de la acción persecutoria, de tal modo resulta una triple representación por un mismo sujeto."

¹⁸ Así lo establece el Art. 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Art. 25. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

¹⁹ Así lo establecen los Arts. 41 Y 90 de la Constitución. Es el Poder Ejecutivo el que distribuye los negocios del orden administrativo a las Secretarías de Estado.

²⁰ De particular interés resulta el Art. 31 Fracc. XI de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que establece: A la Secretaría de Hacienda y Crédito Público corresponde el despacho de los siguientes negocios: XI. Cobrar los impuestos, contribuciones de mejoras, derechos, productos y aprovechamientos federales en los términos de las leyes aplicables y vigilar y asegurar el cumplimiento de las disposiciones fiscales

individuo sobre los del Estado²¹.

Se dice que el Estado moderno está formado siempre por personas que se dirigen a gobernar individuos, y todas sus dependencias se dirigen al logro del bien común y de la justicia social, cuyas acciones se encaminan a beneficiar a las personas concretas e individuales. Como persona jurídica que el Estado es, y como fenómeno asociativo, se propone y lucha por fines comunes junto con otras personas. Es el orden jurídico positivo el que les da personalidad, y como tal se debe referir, al igual que a todas las personas jurídicas, a cumplir las finalidades de las personas individuales.

El Derecho existe para la persona individual en sus más altos ideales, y para ayudarle a conseguir sus más altos fines; no para ayudarle a conseguir fines ilegítimos o injustos mediante los cuales trate de dominar a los demás o de estorbar a su vez la realización personal de sus iguales. Es de considerarse en esta línea de pensamiento que el contenido del Bien Jurídico se dio a partir de la pregunta: ¿qué es lo que al titular del Bien Jurídico se le protege? Para contestar esta cuestión había que resolver antes si el Bien Jurídico es un bien del Derecho o un Bien del orden Jurídico. Oetker llamó a los Bienes Jurídicos los "Bienes del Derecho" (Güter des Rechts)²². Otros vieron los Bienes Jurídicos como "Bienes de la Colectividad o del Estado" (Güter der Gesamtheit oder des Staats). Otros, por el contrario, como Honig, llamaron a los Bienes Jurídicos: "*los intereses del particular como de cantidades inobservables*"²³.

²¹ Según RODRIGUEZ Devesa, José María. *Manual. op. cit.*, Pág. 397. El Sujeto pasivo del delito es el titular del interés jurídicamente protegido, atacado por el delito. La titularidad de los intereses jurídico-penales corresponden siempre en primer lugar al Estado.

²² OETKER. En *Rechtsgüterschutz und Strafe*. 2, 17, 1985, Pág. 508. Bajo esta perspectiva no podría entonces orientarse el concepto de Bien Jurídico con los bienes individuales o personales.

²³ HONIG. *Einwilligung*, Pág. 115. (Demgegenüber die Interessen der einzelnen als quantitativer Erscheinung erscheinen sollte.) Según Windscheid a quien no entiende la voluntad como una categoría ética, sino sólo como una categoría psicológica, le sale al paso la dificultad de que pueda existir también un derecho subjetivo, independientemente del querer real del titular del derecho. Pues también el incapaz de voluntad puede ser titular de derecho, y se puede tener un derecho sin saberlo. Windscheid opinaba que la voluntad que ordena en el derecho subjetivo (a otros o, en un derecho de crédito, al deudor) no es

A continuación se analizan algunas ideas aportadas por los iluministas en relación con la evolución del objeto de protección del Derecho Penal, utilizado por el Estado²⁴ para tratar de establecer las diferencias entre los delitos de policía y los delitos como injustos, lo cual sirve considerablemente para el tema que se estudia en este capítulo respecto a los titulares de los Bienes Jurídicos.

a. En primer lugar, Puffendorf cuestionaba cuál era el método científico natural que investiga la índole del Estado, por el cual se analice el poder y el Derecho de los que mandan y la obligación de quienes deben obedecer. A este respecto, decía Grocio que el Estado, entendido como un contrato social en el que a los hombres les interesa la sociabilidad, no se puede extraer ninguna consecuencia para el Derecho Penal, pues de esa concepción se desprende que podrían castigarse todas las infracciones que mediata o inmediatamente se refieren a la sociedad humana o a otro ser humano, sin que el delito dependiera necesariamente de la separación de un daño concreto.

en modo alguno la del titular del derecho sino la del orden jurídico; el orden jurídico sólo ha dejado a la decisión del titular del derecho (o de su representante) la realización del mandato dado en favor del titular del derecho. De este modo, para él, el acento se desplaza de la posibilidad del dominio de un objeto, por ejemplo la soberanía real individual del propietario, a la posibilidad que él califica de pretensión, de hacer prevalecer judicialmente contra otro un precepto del orden jurídico. Consecuentemente, él ve, por ejemplo, en la propiedad no tanto la facultad del propietario de disponer de esta cosa según su voluntad (disponer de ella tanto de hecho como jurídicamente), cuanto sólo la posibilidad de mantener a otros alejados de la cosa. Winscheid. *El tratado de las Pandectas*. Pág. 89. Citado por Larenz, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Metodología de la Ciencia del Derecho*. Traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, a la 4/e. Ariel, Barcelona-Caracas-México, 1980. Pág. 51.

²⁴ Para el desarrollo de estas ideas históricas nos hemos basado principalmente en el libro de Mattes, Heinz. *Problemas de Derecho Penal Administrativo. Historia y Derecho comparado. (Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten. Geschichte und Rechtsvergleichung.)* Editorial Duncker und Humboldt. Berlin, 1977. Investigaciones sobre la teoría de las infracciones del Orden. Historia y Derecho Comparado. Traducción y notas de José Ma. Rodríguez Devesa. Editorial Revista de Derecho Privado Jaén, 1979. El desarrollo de estas ideas se hace a continuación en los siguientes incisos marcados con letras, en la inteligencia de que son extraídas principalmente del libro de Mattes.

b. Thomas Hobbes decía que la sociedad y el Estado no son desarrollo de la esencia del hombre, sino medios (artificiales) para asegurar la paz y el orden en la vida en común, imposibles sin represión de las cualidades humanas por un fuerte e ilimitado poder estatal que asegura un estado de orden. El fin al que sirve el Estado, y también el orden jurídico, es la paz general y la protección de todos contra todos, por eso hay que otorgar obediencia a los mandatos del Estado (*Leviathan*). El Derecho Vigente es sólo lo creado por el poder estatal, fuera del Estado no hay ningún orden jurídico ni justo ni injusto²⁵.

c. Para Samuel Puffendorf, el derecho natural lo concibe con una mayor significación en el contrato social. No es expresamente individualista, sino que se halla constituido por un sistema de deberes relativos a la comunidad, sin ser derechos individuales. Las leyes naturales son las leyes de la sociabilidad que enseñan cómo debe comportarse cada uno correctamente como miembro de la comunidad humana. Según el derecho natural, está mandado con esto todo lo que es necesario y promovedor en conjunto de esa sociabilidad, y prohibido lo que la perturba o destruye. El Derecho Penal sirve para alcanzar y asegurar el fin del Estado. Con su ayuda el Estado vigila que los hombres sigan los preceptos generales de la ley natural y las disposiciones especiales dictadas por el bien del Estado, sólo lo contrario al bien del Estado constituye el contenido del injusto jurídico-penalmente relevante. Por ello sólo se deben castigar las acciones perjudiciales al bien del Estado, pero no aquellas cuya punición no aporta ningún provecho.

d. Thomasius señalaba que el derecho en la sociedad es un producto final individualista y racional, fundado en interés de los individuos por individuos, y el derecho natural sólo puede partir del individuo. En lugar del orden (de deberes) comunitario objetivo, aparece el derecho subjetivo (*el ius* como pretensión) del individuo que da a la persona la pretensión a una conducta de los demás hombres con los que vive en sociedad. De este modo se subjetiviza el

²⁵ HOBBS (1588-1679), *Leviathan* 21,26,30. De ahí que para Hobbes el delito sólo puede ser una infracción de la ley estatal. No serán delito las contravenciones a las leyes naturales, pues éstas no son genuinas leyes sino meras instrucciones, aunque todo delito como lesión del contrato social constituye al mismo tiempo una contravención de una ley natural *Leviathan* 26.

concepto de derecho. La persona, según Thomasius, es pensada individualmente, no como ligada a la comunidad, sino como individuo humano aislado o como conjunto de individuos. El derecho natural aparece también subjetivizado e individualizado como conjunto de derechos innatos e inalienables de los individuos. El individuo no se ve llevado al Estado como la sociedad más perfecta, sino por el miedo externo entre males que amenazan al hombre por parte de otros hombres y por la indigencia de bienes necesarios para la vida. Parte Thomasius de la felicidad del individuo como su fin y de igual forma el fin del Estado es la felicidad civil. La sumisión de los que mandan los obliga a cuidar de la seguridad y bienestar general y a los demás los obliga a obedecer las órdenes dictadas para conseguir tales fines. El Estado puede aplicar las fuerzas y capacidades de todos para la paz y seguridad comunes²⁶.

e. Cristián Wolff, por su parte, estableció que los deberes del hombre como individuo surgen como tales frente a otros y no de una unión originaria condicionados por el hecho de que el individuo precisa de la ayuda de otros individuos para su perfeccionamiento; de modo que el deber de autoperfección, es decir, los deberes del hombre hacia los demás, son una misma cosa con los deberes hacia sí mismo. De estos deberes naturales surge el derecho a todas aquellas acciones que son necesarias para su cumplimiento. Lo justo y lo injusto de una acción se contrasta no conforme a un orden supraindividual objetivo sino, según las referencias de la acción, conforme a una esfera jurídico individual: injusto es lo que contradice el derecho (innato o adquirido) de otro individuo, es la lesión de deberes del individuo frente a otros individuos. La contravención a las leyes debe conminarse con penas; y las penas deben ejecutarse, ya que la obligatoriedad tiene sus fuerzas en el miedo a la pena. El

²⁶ Así se establece el fin y el contenido material de las leyes estatales. Se caracterizan las infracciones de las mismas como lesiones de la seguridad y bienestar generales contra las cuales interviene el Estado con penas, se determina así la misión del Derecho Penal y la esencia de las acciones punibles y de la pena mediante aquellas tareas del Estado. El Derecho Penal sirve para asegurar el bien público, las acciones punibles dentro del Estado son esencialmente ataques al bien público; y el bienestar público es lo que decide contra qué actos y en qué medida se han de imponer penas. La corrección general de los ciudadanos (no del autor) es el primer fin de la pena, que incluye ulteriores fines, como la seguridad y la corrección del autor.

contenido material de las acciones punibles son ataques contra el bien público, especialmente contra la seguridad pública²⁷.

f. Según Kant, el fin del Estado es el fin del Derecho. Define el derecho como: el conjunto de las condiciones bajo las cuales pueden ser juntamente reunidas la arbitrariedad de uno con la arbitrariedad de otro con arreglo a una ley general de libertad. El Estado, para Kant, es la unión de una multitud de hombres bajo leyes jurídicas. En él los individuos están unidos por el interés común de mantenerse en el Estado jurídico. Como fin del Estado, y fin del Derecho, está la protección de la esfera jurídicamente individual, ésta existe como tal antes que el Estado, el cual sólo tiene que asegurarla, pues la constitución civil es sólo el estado jurídico por medio del cual se asegura a cada uno lo suyo, pero propiamente no lo estipula ni lo determina.

g. Según Wilhelm Von Humboldt, el Estado es un mero medio para los fines del individuo. El auténtico objeto de la eficacia del Estado está en la seguridad (certeza de la libertad legal) de los individuos, esto es, en el ejercicio no perturbado por intervenciones extrañas de los derechos que les competen. Los derechos de los individuos se piensan como independientes del Estado; el Estado no tiene otra misión que protegerlos. La unión estatal es . . . meramente un medio subordinado. El Estado solamente debe extenderse a las acciones que inmediata y directamente ataquen un derecho ajeno; limitarse a decidir sobre el derecho discutido; reponer al lesionado, y castigar al lesionador; pero sobre todo no preocuparse del bien de los individuos.

h. Johan Anselm Von Feuerbach decía que el derecho natural como derecho independiente del Estado estaba determinado por los derechos individuales que corresponden al individuo, a pesar del poder del Estado, el cual debe limitarse a proteger. Las acciones contrarias al derecho natural (que son también las opuestas al fin del Estado) aparecen en todos los ataques injustificados a la esfera originaria del individuo. Las infracciones de la ley, en cambio, se dirigen contra las limitaciones legales de la esfera jurídica y de la

²⁷ WOLFF, según MATTES, los llama vicios groseros, los cuales son designados después como meros delitos de policía. El contenido del injusto es en todos los delitos cualitativamente el mismo.

libertad individual, las cuales puede imponer el Estado lícitamente partiendo de las necesidades que condicionan la convivencia de los individuos dentro del Estado para conseguir su fin, que es el aseguramiento de los derechos individuales (prevención de lesionar Bienes Jurídicos). No representan propiamente una infracción de los derechos del ser humano, sino sólo están prohibidas arbitrariamente por el Estado, restringiendo el ámbito de lo que es lícito de modo natural, a causa solamente del perjuicio de derechos ajenos.

El Estado, según Feuerbach, tiene el fin de proteger la recíproca libertad de todos, y esto lo debe hacer a través del Derecho Penal. Pero el Estado puede prohibir también acciones en sí no antijurídicas, esto es, aquellas que se mantienen dentro de la esfera natural de libertad junto del individuo y que sólo traspasan la esfera de libertad restringida lícitamente por el Estado. De acuerdo con esto, hay crímenes en sentido estricto que lesionan los derechos originarios del ciudadano o del Estado como individuo; por otra parte, existen delitos de policía que son contravenciones que ya no son originariamente ni por sí mismos antijurídicos, sino que lesionan sólo el derecho del Estado a exigir obediencia a una ley determinada de policía en concreto. Los delitos de policía no tienen nada que ver con la idea de la justicia, ya que no afectan inmediatamente las relaciones entre individuos, sino más bien pertenecen al ámbito público, que el Estado ha de regular por puras consideraciones utilitarias, las cuales están separadas de la idea de la justicia.

i. Suárez Carl Gottlieb precisó las ideas de Feuerbach, diciendo que el fin y la tarea de la policía es evitar peligros, velar por la seguridad del Estado y de sus ciudadanos. La infracción de una ley de policía no lesiona aún la seguridad del Estado y de sus ciudadanos (como el delito criminal), sino que expone a éste sólo a un peligro inminente que todavía puede ser apartado. Sin embargo, no se encuentra la diferencia material entre ambos injustos, pues el contenido material portador del injusto radica en los crímenes y en los delitos de policía por igual, en la incompatibilidad del acto con la seguridad y el bienestar de la colectividad y de los individuos como el fin del Estado; por otra parte, la definición del crimen como acciones por las que se perturba la tranquilidad y el orden a la seguridad doméstica de los súbditos, puede aplicarse también a los

delitos de policía.

Según esta posición "todos los deberes que un Estado pueda imponer a sus ciudadanos bajo amenaza de una pena para cumplir su fin, tienen que tener fundamentalmente igual significación y diferenciarse sólo cuantitativamente, estén fundadas en el derecho natural del individuo o no".

Las anteriores ideas recogidas por Mattes en la obra citada, expresan cuál era la concepción que se tenía del Derecho Penal hacia fines del Siglo XVIII y principio del XIX, en la que si se cometen delitos dentro del Estado, cuya magnitud se ha de juzgar sólo por el influjo nocivo que ejercen sobre el bien del Estado, determinado con arreglo a este módulo su rango, incluso su moralidad. De ahí que surjan los genuinos delitos de Estado o alta traición; y posteriormente se sigan con los de lesiones contra la vida, la salud, libertad, patrimonio, honor de los individuos; y finalmente sigan los delitos que sólo surgen dentro del Estado y que atacan las buenas costumbres y el restante orden de la sociedad civil, que de un modo lejano lesionan el bien común. Entre ellos están los delitos de religión, los cuales tienen que ser enjuiciados sólo por su influjo dentro del Estado.

Las anteriores ideas condujeron a la idea de que el Derecho Penal no sólo debía garantizar y proteger la seguridad general, el bienestar y el orden, sino proteger en lo esencial al individuo en su esfera jurídica dada pre-estatalmente, que garantiza una esfera de libertad en la que se puede desarrollar. De ahí se extrae la idea del contenido material del injusto del Derecho Penal en cuanto a la protección del Derecho Penal criminal y el Derecho Penal de policía, la cual es una diferencia material de esencia. Así, el Derecho Penal concibe como delito en sentido estricto, todas aquellas injurias que atacan de modo inmediato a la seguridad de las personas y sus bienes; esto es, derechos y condiciones inmutables del hombre cuya lesión en todos los pueblos constituía igualmente delito.

El liberalismo en el siglo XIX, vino a plantear la exigencia formal de que las penas fuesen impuestas únicamente por un juez, y además de que se

fundamentó el injusto exclusivamente sobre la referencia del Bien Jurídico. Así se elevó la protección del individuo a la categoría de finalidad del Estado y de su ordenamiento jurídico. En él operó el individualismo de la teoría iusnaturalista del Derecho y del Estado, con la idea de la esfera libre estatalmente del individuo mantenida a todo lo largo de la época del derecho natural. El que a pesar de ello no pudiera abrirse paso a lo largo del Siglo XIX, la teoría del mero injusto policial yace primero en la pérdida del punto de partida iusnaturalista, pero luego y principalmente en la exigencia formal planteada por el liberalismo de que las penas fueran impuestas únicamente por un juez, y además en la fundamentación exclusiva del injusto sobre la referencia al Bien Jurídico.

Por otro lado, Ihering quería que la definición de las condiciones de vida como condiciones subjetivas de bienestar no se separaran, lo que le valió sólo para desmembrar a la sociedad en diferentes sujetos: el Individuo, el Estado, la Iglesia, las Asociaciones y las indeterminadas mayorías que forman una sociedad²⁸. Los sujetos son, al mismo tiempo, sujetos jurídicos, es decir, titulares de derechos subjetivos. De este modo desarrolló Ihering la influyente teoría de los "titulares" de los Bienes Jurídicos²⁹, lo que permitió orientar a la clarificación de delitos en contra de los individuos, del Estado o de las indeterminadas mayorías³⁰. Tanto para el nacionalsocialismo en Alemania, representado por los partidarios de la escuela de Kiel, como para los penalistas fascistas en Italia, se tenía una concepción del delito como rebelión frente al Estado. A este respecto decía Maggiore:

"Es verdad que el delito es culpa, y como tal es castigado según el principio la

²⁸ Como se vio en el desarrollo de las ideas de Ihering, respecto al contenido del Bien jurídico. Al principio de este mismo capítulo. En concreto sentido, decía Ihering: *"en las relaciones, finalidades, misiones de estos sujetos se representa la vida de la sociedad"*.

²⁹ Vid AMELUNG. *op. cit.*, Pág. 68.

³⁰ AMELUNG. *op. dt.*, Pág. 68. También Frank, no obstante esto, negó en una ocasión el concepto del Bien Jurídico diciendo que no es posible identificar los intereses protegidos y los bienes con intereses; además de que no es posible que de acuerdo con la concepción liberal de la Ilustración, bajo el concepto de Bien jurídico, solamente se proteja los intereses estatales; lo que es falso y obsoleto. Vid Frank en Kom, 18 Aufl. Pág. 6. Citado por Sina. *op. cit.*, Pág. 64.

culpa llama a la pena. Pero ¿porqué es una culpa el delito? No sólo porque ofende o expone al peligro al individuo o al estado (cuya existencia no tiene nada que temer de la simple acción individual), sino por un motivo superior: porque atenta a la autoridad y majestad del Estado portador del orden ético jurídico. El delincuente no desobedece y atenta únicamente a la autoridad de la ley, tal y como pensaba Binding en su construcción normativista. La Ley como entidad abstracta no puede ser ofendida. Es ofendido, en cambio, el Estado, como persona y autoridad que ha dictado la ley. El delincuente con su acción envilece y rebaja al Estado en su dignidad, y traiciona el deber de fidelidad y obediencia que le liga con el Estado. Todo delito es, por lo tanto, un delito de felonía, un crimen de Laesa Majestad: todo delito es, en el fondo, un delito político. El delincuente es, ante todo, un rebelde. Rebelándose contra el orden jurídico político constituido por el Estado, agrede el honor del Estado - consistente en su autoridad- y su honor de súbdito del Estado: súbdito no en el sentido de ciudadano, sino de persona que vive en el territorio sometido a su soberanía. . . El Estado no debe tolerar ni el propio deshonor, ni que en su dominio vivan hombres deshonorados³¹.

Ahora bien, el Estado no se puede igualar en cualquier modo al individuo como titular de intereses, sino que el Estado es una Institución integrada por muchos individuos de la sociedad. Es la sociedad la que debe determinar la producción y el sistema económico. El Estado es en el sistema político aquella institución que en la sociedad permite a los hombres vivir dentro de los grupos sociales. Así, aquellas normas penales que -por ejemplo- prohíben la corrupción y que sirven para proteger al Estado, no sirven para proteger "intereses", sino que tienen una función que consiste en la seguridad de la estructura necesaria de la organización de producción. Considero que lo perturbador para la sociedad no puede ser todo lo contrario a los diferentes individuos que viven juntos. Es cierto, sin embargo, que su validez universal no se obtiene sólo de la teoría del interés, puesto que el Estado maneja los intereses como interesado, y al

³¹ MAGGIORE. *Diritto penal totalitario nello Stato, totalitario* en Revista italiana de Derecho Penal 1939, Pág. 155. Citado por Álvarez García Francisco Javier. Bien Jurídico y constitución. En cuadernos de política criminal. 1991, número 43, pág. 9.

individuo lo equipara y lo eleva a su mismo nivel, cuando en realidad el individuo es único y no se le debe equiparar ni elevar a ningún otro. Se debe reconocer en este sentido que la lesión del Estado no es el lesionar sus intereses, sino el poner en peligro su funcionamiento, su organización para la producción de la sociedad en interés de ésta y de los individuos.

Se concluye entonces que el Derecho Penal debe asegurar la coexistencia de las condiciones humanas; y para ello es necesario el aseguramiento del funcionamiento del Estado, pero con ello no queda satisfecho de que su misión sea la descripción del aseguramiento y la delimitación de la esfera de sus intereses estatales únicamente, 'puesto que el Estado es un sistema político para la estabilidad de la organización de la sociedad, pero no es en sí titular de intereses propios, sino de los de los individuos y los de la sociedad.

La importancia de establecer al Estado como titular de Bienes Jurídicos, denominados como Bienes Jurídicos estatales, es que todos los Bienes Jurídicos, tanto los individuales como los de la sociedad o los colectivos, se les concibe desde una perspectiva de la importancia que tienen para el Estado; de tal manera que, por ejemplo, los Bienes Jurídicos individuales se les considera como simples atribuciones derivadas a las funciones del Estado.

3.2. El individuo como ente principal de protección penal.

Hablar del individuo como titular de Bienes Jurídicos y de derechos, es hablar de la Persona en toda su acepción. Es interesante para los efectos que se persiguen en el desarrollo de este tema, señalar que el significado de la palabra persona en griego equivale a *hypóstasis*, que quiere decir en castellano *subsistencia*. Es de todos conocido que en el teatro griego con la palabra *persona* se designaba la máscara que los actores usaban para representar su personaje, de la cual se obtenía la *personalidad* que representaban y cuya cualidad principal era la subsistencia en virtud de que la persona es o existe en sí o por sí misma, siendo independiente respecto de todo sujeto.

Posteriormente, se concibió en latín la palabra *persona*, como *prósopon*, como *rationalis individua substantia*; es decir, *persona es una substancia individual de naturaleza racional*, dotándola así de dos ingredientes: el de la racionalidad y el de la individualidad³².

En la Edad Media, la persona fue concebida por Santo Tomás como un ser subsistente, distinto en la naturaleza intelectual. Decía "es el ser más eminente, el más perfecto en toda la realidad". La persona es el ser subsistente y, por lo mismo, separado; el más incomunicado por razón de su más perfecta subsistencia; al tiempo que el más abierto y el más profundamente enlazado con todos los seres. Es el ser que por racional e inteligente, es consciente de sí mismo, se autopertenece y dispone de sí; por estar abierto a la razón de ser en cuanto ser, lo está asimismo a la razón de bondad en toda su infinitud virtual y, por tanto, es libre³³.

Si se parte de la idea de que todo hombre es persona independientemente de que el Derecho lo reconozca como tal, se dirá entonces que todo hombre es persona y que sus características se traducen en: ser substancial, individual, y racional. Los tres anteriores elementos lo conducen a ser un ser libre. El hombre nace y es libre por naturaleza, se auto-pertenece y dispone de sí mismo. Es además sociable y necesita de la sociedad para realizarse como persona, pues solo en la sociedad puede satisfacer sus necesidades espirituales y materiales. Como decía Kant:

*"El hombre no puede ser tratado por ningún hombre (ni por otro, ni por sí mismo) como un simple medio, sino siempre a la vez, como un fin y en ello estriba su dignidad"*³⁴.

Es por este camino que se llega a decir que el hombre es anterior al Derecho y al Estado, y que éstos surgen exclusivamente para servirle en el cumplimiento

³² Esta definición de persona la dio Beocio; *De daibus naturis et una persona Christi*, c.3; PI 64,1345. citado por Pacheco E. Alberto. *La persona en el Derecho Civil Mexicano*. I/e. Panorama Editorial. México, 1985.

³³ MILLÁN Puelles, Antonio. *Persona*. Editorial Rialp. Madrid, 1984, Pág. 460.

³⁴ KANT. *Fundamento a la metafísica de las costumbres*.

de determinados fines secundarios a los propios, como son, entre otros: el ordenar y regular su convivencia en sociedad; el alcanzar un ambiente donde pueda desarrollar libremente su personalidad con la seguridad jurídica adecuada. La regulación de estos fines secundarios la cumple el orden jurídico, orden que nace del Derecho creado por el hombre mismo, y que tiene el objetivo único de lograr los fines que el hombre como persona individual quiere. Sin embargo, son tantos los fines del hombre y tan variados que no todos ellos puede conseguirlos él sólo. Es por ello que las personas individuales tienden a asociarse, para proponerse y luchar por fines comunes junto con otras personas, siendo tales fines secundarios por ser ajenos a ellos³⁵.

Por ello el ciudadano, en lo que concierne a las normas sobre infracciones del orden, no es un sujeto de derecho entre otros sujetos de derecho sino un órgano auxiliar del Estado que administra, ya que la regulación de la ordenada vida en común no le afecta para nada en cuanto titular individual del derecho. En la teoría de las infracciones administrativas se contraponen, por una parte, el hombre como individuo y, por la otra, el hombre como ser comunitario.

Así, la infracción administrativa sólo es posible si el individuo se convierte en fundamento y fin del ordenamiento jurídico y también en fin del Estado, convirtiéndose el ser social del hombre con el espacio vital social en un fenómeno absolutamente extrajurídico. Por ello todas las concepciones de las infracciones administrativas con anterioridad a la Ilustración, se concebían bajo la idea de que el individuo es anterior a la sociedad y, por tanto, no tienen ninguna razón de ser para ser estudiadas, pues las infracciones administrativas sólo pueden ser concebidas a partir de que el hombre debe concebirse como

³⁵ Según Mattes, para que pueda hablarse de delito administrativo, por ejemplo, la conducta ilícita debe afectar únicamente el mundo de los Bienes Jurídicos de la comunidad jurídica, pues para el Derecho Penal una conducta no tiene relevancia sino en relación con las esferas jurídicas individuales. En cambio la Administración exige ser miembro activo de la misma, la cual exige el cumplimiento de deberes que obligan al particular no como individuo sino como miembro de una comunidad social en el ámbito de la vida social, para el bienestar general: en interés de la conveniencia social de seres sociales y no del mantenimiento de barreras jurídicas entre los titulares individuales de derechos. Mattes. *op. cit*, Pág. 10.

un ser social, constituyéndose el individuo en el fundamento del Derecho y de la moral, de la sociedad y del Estado. Es a partir del hombre individual reconocido como ser social, que se empieza la investigación metodológica científica consistente en determinar la relación (conexión) entre el hombre y el Estado. Aparece el individualismo y el racionalismo.

Se pretende conocer el orden jurídico y el Estado, en su esencia y estructura interna; descomponiéndose en sus partes, y poder llegar así a comprender las leyes por las que se rige la conexión de las partes. Se trató de investigar cómo está constituida la naturaleza humana, porqué es apropiada para formar un Estado y cómo se han de reunir los hombres cuando quieren unirse.

Los fines secundarios que el hombre desea, se pueden traducir en aquellos que implican el bien común: la seguridad jurídica, la paz, la tranquilidad, el equilibrio social, etc. Los fines secundarios, sin embargo, no deben rebasar el respeto a la dignidad del hombre, el respeto a los valores como persona individual, sino que éstos deben ser límite infranqueable a los fines del orden jurídico. La Persona humana es el centro del orden jurídico, es la razón de existir del Derecho, el fin trascendente de la persona humana; y sus características básicas no pueden ser modificadas por el orden jurídico sino que deben ser protegidas y promovidas por él mismo, para que alcance la plenitud de su realización como tal.

Hegel llegó a señalar que el Estado es una persona con fin en sí mismo, que su espíritu es el espíritu real y orgánico (viviente) de un pueblo a través de las relaciones de los específicos espíritus nacionales, y que tiene su más alto derecho frente a los particulares cuyo alto deber consiste en ser miembros del Estado³⁶. Estas ideas de Hegel fueron tomadas posteriormente por los partidarios de las ideas totalitaristas del Estado y que llevó -como la Historia lo relata- a suprimir los derechos individuales y personales en aras de esa superestructura o suprema entidad del Estado, quitándole la subsistencia a la

³⁶ HEGEL. *Filosofía del Derecho*, Parágrafo 33. Véanse los seguidores de las Ideas de Hegel como Marx y Engels, Bakunin, Lenin, Stalin. así como los representantes de la Escuela de Kiel.

persona individual, al señalar que la persona no es nada, que la persona humana es lo que la colectividad le deja ser, lo que quiera que sea. El Estado lo convierte el mismo hombre en la única persona que debe tener todos los derechos, convirtiéndose en el único titular de ellos y de los bienes. Según esta posición, ya no cabe más hablar de los Derechos Fundamentales de la Persona.

Sin embargo, el hombre no sólo es titular de derechos sino que precisamente por ser persona tiene fines trascendentes y establece relaciones con otros hombres. Se dice que a todo sujeto de derechos le corresponde lo que es suyo, tanto si ha adquirido este derecho como si lo tiene por naturaleza. Lo suyo, el tener derecho es anterior a todo acto de justicia, por ser precisamente el fundamento de la justicia misma. Desde esta perspectiva y en referencia a todos los demás Bienes Jurídicos, los estatales o de la sociedad, o incluso los universales, se pueden considerar desde el punto de vista de la persona, esto es, como Bienes Jurídicos que sólo son legítimos en tanto que sirven al desarrollo personal del individuo.

3.3. La sociedad y el individuo como titulares de bienes jurídicos.

Se utiliza también el término "persona" para designar a las entidades colectivas, las que se identifican como personas jurídicas o personas morales para designar los entes colectivos o asociativos. Hay quienes señalan que no debe hablarse de personas cuando se refiere uno a los entes que actúan en el Derecho que no tienen voluntad ni inteligencia propia, y por ello dicen que no es correcto llamar persona a las colectividades, ya que estas no tienen más que algunas características externas parecidas a las de la persona física.

El sentido que el Derecho Penal da a la pena, es el de proteger Bienes Jurídicos, de tal manera que el Derecho Penal tiene el carácter delimitador del mínimo ético-social necesario para proteger a la sociedad. En la mayoría de las definiciones teóricas del Derecho Penal, se encuentra como objetivo del Derecho Penal la protección de la sociedad, de tal manera que quien detente la potestad punitiva debe usar la misma con el objetivo de empleada para ese fin.

El problema que se plantea es que la protección de la sociedad supone múltiples interpretaciones, lo que obliga a determinar realmente qué es lo que significan "la protección de la sociedad" y "la protección de los individuos". Sólo así se podría entender porqué se dice que la sociedad es titular de los Bienes Jurídicos que le pertenecen, de los Bienes Jurídicos de los que son titulares los individuos o el Estado.

La teoría del Bien Jurídico distingue entre Bienes Jurídicos individuales (como la vida, libertad, salud, propiedad) y Bienes Jurídicos universales o colectivos (como seguridad del Estado, administración de justicia, orden económico, seguridad del tráfico, etc). Sin embargo, la función de esta distinción según un sector de la doctrina, sólo sirve para responder a la pregunta de si una persona, y cuál, puede consentir válidamente en la lesión del Bien Jurídico, así como también si puede válidamente defenderse de una agresión contra su Bien Jurídico; pues tanto el consentimiento como la legítima defensa suponen que el Bien Jurídico afectado en cada caso pertenece al que consiente o se defiende, es decir, que se trata de un Bien Jurídico individual, pero no de uno colectivo³⁷.

Para establecer la diferencia entre los titulares de los Bienes Jurídicos, es necesario referirse al tema del interés. Sólo así se podrá decir que dependiendo de quién tenga interés en la protección de un Bien Jurídico podrá ser o no titular del mismo. Por regla general, se dice que respecto a la integridad física quien tiene interés es el propio individuo; en cambio en la salubridad de alimentos y sustancias médicas, quien tiene interés es la comunidad total³⁸. Muñoz Conde³⁹ señala que los delitos que afectan a la

³⁷ Así HASSEMER Y MUÑOZ CONDE. *op. cit.*, Pág. 108. Según estos autores, fuera de esta función no tiene ninguna importancia la distinción entre Bienes Jurídicos individuales y colectivos

³⁸ Vid MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Bosch. Barcelona, 1975, Págs. 48 y 49. Quien señala que los Bienes Jurídicos comunitarios afectan más a la comunidad como tal, que a la agrupación de varias personas individuales, y suponen un cierto orden social o estatal: la salud pública, la seguridad en el tráfico motorizado, la organización política, etc. Sin embargo, establece correctamente Muñoz Conde que no se debe entender como una concepción dualista del Bien Jurídico por la que se contrapongan los Bienes Jurídicos individuales y los colectivos.

³⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte especial. 7/e*. Tirant lo Blanch. 1988, Pág. 358. "De. estos valores no es ya titular la persona

comunidad en cuanto al orden social -a los que considera delitos contra los valores sociales supraestatales- son delitos independientes de la organización como Estado.

individual, sino la comunidad como hecho que se deriva de la convivencia que puede verse conmovida con su lesión. Entre estos valores sociales supraestatales pueden citarse: la moral sexual, el estado civil, los sentimientos religiosos, la seguridad material y la fe pública."

CAPÍTULO 4

PRINCIPIOS BÁSICOS PARA LA TUTELA DEL BIEN JURÍDICO EN DERECHO PENAL

4.1. El principio limite al “*ius puniendi*”.

Por este principio se pretende imponer un límite material al *ius puniendi*, en cuanto a que limita al legislador, así como al juzgador en la imposición de las sanciones penales. Pretende limitar al legislador para que no sancione comportamientos que no sean lesivos de Bienes Jurídicos, ni los pongan en peligro¹. Al juzgador lo limita en cuanto a que si no se prueba que un comportamiento ha lesionado o puesto en peligro un Bien Jurídico, no podrá imponer sanción alguna.

Cuando se habla de que el Bien Jurídico tiene la función de limitar preventivamente al *ius puniendi* estatal, se refiere a que pretende limitar el uso de la pena. Con esta idea se intenta encontrar los límites materiales al ejercicio del poder sancionador. No obstante esta idea, no todos los Bienes Jurídicos ofrecen esta posibilidad de ser límite material al poder sancionador, sobre todo cuando se trata de Bienes Jurídicos en los que es muy difícil encontrar un contenido material.

La cuestión central de la teoría del Bien Jurídico gira en torno a varios puntos, entre ellos, la decisión de cuáles Bienes Jurídicos deben formar parte de la protección jurídica penal, pretendiendo aclarar cuáles son los criterios que se han seguido para seleccionar los Bienes Jurídicos protegidos. También gira en torno a los criterios que se deben seguir para dotarlo del contenido material del

¹ HASSEMER, WINFRED y MUÑOZ CONDE. Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Editorial Tirant Lo Blanch, Derecho. Valencia, 1989. Señalan que constituye el Bien Jurídico un criterio que viene a limitar al legislador. Este criterio de la protección del Bien jurídico pretende evitar que el legislador pueda actuar con entera libertad a la hora de crear las normas penales o de imponer determinados deberes de conducta, ya que el legislador está vinculado a un baremo material por el que debe ser valorada su actuación. y este baremo es el concepto del Bien Jurídico, Págs. 68-69

delito, pues sólo explicando el contenido material del Bien Jurídico se podrá encontrar un verdadero límite material al *ius puniendi*, límite que estará sujeto a la explicación de los criterios de selección que se hayan tenido para la formulación del Bien Jurídico, y no a la mera enunciación del mismo.

La idea de que los Bienes Jurídicos constituyen un límite al *ius puniendi* del Estado se convierte en una fórmula meramente formal, o simbólica, si no se le dota del contenido material, como se ha señalado; para ello, es menester revisar los criterios que han llevado al legislador a la creación de cada tipo penal. Hay quienes señalan que sólo la delimitación constitucional abstracta y aproximativa de los intereses sociales, de acuerdo con la teoría del perjuicio social (formulada por Amelung) , o de los Bienes Jurídicos, entendidos como valores culturales espirituales-individuales (en la teoría de Roxin) , puede ofrecer un punto de partida común para construir el límite material al Bien Jurídico².

Se desprende a su vez del principio de utilidad, otro al que se le conoce como el principio de necesidad o del merecimiento de pena. En este principio se plantea si realmente el Derecho Penal es necesario para evitar delitos. En el caso de nuestro tema de estudio, se plantea con especial referencia a los delitos fiscales, si el Derecho Penal sirve para evitar la comisión de delitos fiscales. En este sentido, se cuestiona si la pena sirve efectivamente como estímulo para la no comisión de los delitos previstos en el CFF. A este respecto, hay quienes señalan que la eficacia de la amenaza penal no debe valorarse por sus fracasos, sino por sus posibles éxitos, es decir, han de buscarse los éxitos de la aplicación de la pena en aquellos quienes aún no han delinquido Y acaso lo hubieren hecho de no concurrir la amenaza de la pena. El principio de la necesidad de protección de los Bienes Jurídicos significa que la intervención del Estado sólo es posible cuando existen Bienes Jurídicos que requieren de la protección jurídica. Para estos efectos es indispensable señalar qué es lo que se tiene que proteger y, en un segundo término, fundamentar esa necesidad de protección. La teoría del Bien Jurídico trata de dar respuesta a la

² Vid. GÓMEZ Benítez. "*Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena*", pág. 150.

primera cuestión: es decir, a lo que se tiene que proteger; y la política criminal, a la segunda: es decir, a determinar la necesidad de la protección. Determinar los intereses que son o que no son fundamentales para la vida social es tarea sumamente compleja, pues no sólo se trata de una cuestión de carácter valorativo sino también democrático.

La doctrina penal ha señalado que se justifica la necesidad de proteger el Bien Jurídico cuando se dan estas tres características, o criterios, independientemente de la fundamentación normativa:

- a. Cuando existe una clara necesidad social de que sea protegido;***
- b. Cuando con cierta frecuencia se ponga en peligro o se lesiona;***
- c. Cuando su lesión produzca sentimientos reales de amenaza.***

No obstante los tres criterios sociológicos anteriores para establecer el merecimiento de pena en la protección de un Bien Jurídico, la doctrina penal señala que el único criterio para saber si un comportamiento que lesiona el Bien Jurídico o lo pone en peligro es merecedor de pena debe ser un criterio normativo. Dicen Hassemer y Muñoz Conde³ que una política criminal racional no consiste en aceptar ideas sobre el merecimiento de pena normativamente inaceptables pero socialmente eficaces, ni tampoco en ignorar o reprimir estas ideas porque no sean normativamente de recibo. Una auténtica política criminal debe elaborar estas ideas estratégicamente. La tutela y protección de los Bienes Jurídicos no es absoluta, es decir, cuando el Bien Jurídico es defendido penalmente significa que está siendo protegido sólo frente a ciertas formas de agresión: aquellas consideradas como socialmente intolerables.

Es el legislador quien decide cuáles bienes han de ser tutelados penalmente, de acuerdo con cada momento histórico; es decir, su decisión de sancionar penalmente las conductas en defensa de un Bien Jurídico debe ser motivada principalmente por la necesidad de la protección de éste y de acuerdo con el

³ HASSEMER, WINFRED. Y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Derecho. Valencia, 1989, Págs. 73 Y Sigs.

momento histórico de la situación cultural, política y social imperante. Es evidente que los límites de la necesidad de protección no siempre son claros y que se deja al legislador un amplio margen de libertad para decir lo que considera necesario para ser protegido.

Si bien es cierto que la libertad del legislador penal tiene límites a la hora de determinar éste lo que se va a sancionar, pues existen criterios que lo constriñen a ello, sin embargo, estos criterios son vagos y complejos y, por tanto, se debe atender para ello a los criterios de utilidad y de justicia. En este sentido, el legislador debe tomar siempre conocimiento de los datos y de las consecuencias de la sanción a una conducta.

La decisión del legislador es siempre una decisión insegura, ya que desconoce la mayoría de las veces los factores que condicionan el efecto motivador en las personas y, en todo caso, porque la utilidad y eficacia que va a tener la regulación es siempre un pronóstico que nunca se sabe si se va a confirmar. La acción humana no se puede concebir de modo puramente mecánico, y el futuro es siempre incierto. Para legitimar la criminalización, dicen que el legislador debe obtener todos los datos que le sea posible sobre la dañosidad de una conducta y las consecuencias de la pena, teniendo en cuenta los criterios de justicia y de utilidad para decidir sobre el merecimiento de pena, ya que responden a determinada cultura política y jurídica.

Se cuestiona así si lo importante en la protección jurídico-penal de un Bien Jurídico es si éste es digno de tutela penal o si, por el contrario, no necesita de ella para su protección. Para resolver lo anterior es conveniente partir del concepto de la nocividad social, pues una vez resuelto este concepto, se podría más claramente resolver si los Bienes Jurídicos deben ser dignos de tutela penal o si, por el contrario, no deben necesitar de la tutela penal para su protección.

Por otro lado, es verdad que existen ocasiones en que lo decisivo para considerar si un Bien Jurídico requiere de protección jurídico penal es en sí mismo el propio valor del Bien Jurídico *per se*. Existen bienes en toda sociedad cuyo valor es tal que el más leve ataque dirigido contra ellos puede llegar a ser

considerado como delictivo: tal es el caso de los delitos contra la vida, por ejemplo.

Cuando un bien se eleva a la categoría de Bien Jurídico se considera que tiene un valor respetable que hay que proteger y, por lo tanto, necesita de protección jurídica penal. En estas hipótesis, en ocasiones, se abusa del Derecho Penal como sistema de represión en defensa de algunas minorías dominantes, en las que se antepone la posición política al margen de la ley, castigando los ataques a los Bienes Jurídicos instrumentales o a la propiedad privada, por ejemplo, con la misma gravedad o incluso más gravemente que los ataques a la vida, a la salud o a la libertad, considerados como "derechos naturales" inmutables Y permanentes, lo que no es más que el interés personal y egoísta de los que detentan el poder.

La cuestión central de la teoría del Bien Jurídico, como se ve, gira en torno a la determinación de los Bienes Jurídicos que deben formar parte de la protección jurídica, es decir, aclarar los criterios que se deben seguir para seleccionar los Bienes Jurídicos que han de protegerse. De esta forma se logrará dar validez al contenido material del delito. Sin embargo no se debe olvidar que no basta que un bien posea suficiente importancia social para que se justifique su protección jurídico-penal, pues no se puede justificar la necesidad de protegerlo atendiendo exclusivamente a su entidad o a su utilidad, sino además es preciso determinar que no haya otros medios suficientes de tutela jurídica que sean menos lesivos y que la forma de ataque sea de las consideradas merecedoras de la intervención penal tanto por ser especialmente peligrosa como desagradable a los ojos de la sociedad.

Se dice que solamente una conducta típica y antijurídica es la que puede lesionar Bienes Jurídicos penales. Si bien es cierto que ésta no es una definición explícita del Bien Jurídico, es importante instaurar esta regla de correspondencia para establecer el concepto de Bien Jurídico penal y su necesidad de ser protegido.

Un sistema penal está justificado únicamente si minimiza la violencia arbitraria

en la sociedad. Este fin es alcanzado en la medida en la cual satisfaga las garantías penales y procesales del Derecho Penal mínimo. Para alcanzar sus fines, no se justifican medios violentos o de cualquier forma opresores, alternativos al Derecho Penal mismo y a sus garantías. El Derecho Penal, con su complejo sistema de garantías, debería siempre permanecer para aquel único caso en que pudiera producirse la reacción institucional coactiva frente a un hecho delictivo.

Cuando se demuestra que una pena es inútil para cumplir su objetivo protector, deberá desaparecer dando lugar a otras reacciones jurídicas más leves pero más eficaces: Pues como ya lo expresaba Beccaria⁴: *"con frecuencia, más importante que la gravedad del castigo es la seguridad de que se impondrá alguna pena. El Estado estará legitimado a imponer las sanciones del Derecho Penal cuando demuestre que estas son delictivas a los fines que persigue"*. Sólo una determinación de pena adaptada a su tiempo y a las necesidades de la praxis, puede lograr a la larga las expectativas que encierran las teorías preventivas del Derecho Penal.

Respecto al sistema de merecimiento de pena por la comisión de un delito, se establece que el sistema "pretende ser uniforme, preciso y pleno, teniendo en cuenta que la moderna Política Criminal ofrece al Derecho Penal numerosas posibilidades para que la respuesta a la acción antijurídica y culpable no sea siempre la imposición de una pena. Es un sistema abierto, de forma que puede integrar nuevos criterios de merecimiento de pena, pero al mismo tiempo debe comprender todos los elementos del merecimiento de pena que existen en un momento dado, ordenándolos completamente de un modo sistemático"⁵.

Este principio se relaciona, a su vez, con la cuestión de la eficacia de los delitos que se encuentran en las leyes especiales, es decir, fuera del Código Penal, pues debe evitarse criminalizar en distintas leyes la misma conducta

⁴ BECCARIA, César. *De los delitos y de las penas. Op. Cit.*

⁵ RODRÍGUEZ Mourullo. *op.cit.*, Pág. 60. Quien señala: *"La peor obra que puede hacer un legislador es promulgar mandatos que, por su falta de realismo, acaban por no aplicarse. Se debe ordenar únicamente aquello que se sabe puede ser cumplido"*.

antijurídica a efecto de no romper con el principio *NON BIS IN IDEM*⁶.

En este sentido, es importante analizar hasta dónde es conveniente que las mismas conductas previstas en el código Penal Federal se repitan en el Código Fiscal de la Federación, por ejemplo, pues esto puede suponer una violación al principio de utilidad de las normas penales, ya que puede impedir que el ciudadano conozca y comprenda ese universo inextricable de normas que han proliferado de modo tan irracional, aunado a que el gran caudal de los delitos especiales hace de las normas penales el que no sean funcionales.

Del principio de necesidad, la doctrina ha deducido, a su vez, cuatro principios de técnicas operativas aplicables en materia de delitos especiales: El de sistematización, el de congruencia, el de transparencia y el de eficacia:

a. El principio de sistematización significa que los capítulos de leyes administrativas que regulan delitos especiales no deben tener huecos; no debe haber contradicciones en su composición y estructura en relación con el Código Penal; ni tampoco deben existir repeticiones.

b. Del principio de congruencia se desprende que los delitos especiales deben atender fundamentalmente a la consecución de las finalidades esenciales del Derecho Penal, es decir, la institucionalización de los valores y la protección de los Bienes Jurídicos individuales y colectivos; no deben utilizarse los delitos especiales para llenar aquellos vacíos existentes en el instrumental administrativo que producen ineficacia, ni deben usarse utilitariamente.

c. De acuerdo con el principio de transparencia, las normas que establecen delitos especiales deben ser inteligibles, claras y precisas.

⁶ Reconocido constitucionalmente en el artículo 23 de la Constitución Federal mexicana.

d. Conforme al principio de eficacia, los delitos especiales deben ser invariablemente detectables por la administración pública, e inexorablemente perseguibles por los órganos de procuración de justicia y sancionables por los tribunales. Con los anteriores razonamientos se llega a la conclusión de que la legitimación del *ius puniendi* en un Estado de Derecho, sólo queda debidamente legitimada, valga la redundancia, cuando se hace uso de la pena estatal con el único fin de proteger Bienes Jurídicos penales, y exclusivamente cuando éstos se encuentren en una situación de peligro o que hayan sido lesionados, es decir, en la situación de la necesidad de ser protegidos. Este presupuesto viene a ser no sólo un límite al *ius puniendi* sino también una garantía para todos los ciudadanos.

El principio del Bien Jurídico permite que cada uno de los miembros de la sociedad sepa lo que en realidad protege y sanciona el ordenamiento punitivo, y que con base en ese conocimiento, pueda asumir su razón, participar en su crítica y postular razonadamente su revisión.

Con este principio del Bien Jurídico como fundamento de la necesidad de pena, cobra relevancia la idea del desvalor del resultado, pues al decirse qué es lo que se necesita proteger se sabe con mayor precisión qué es lo que está sancionado.

4.2. El principio de proporcionalidad.

Este principio es en realidad parte del principio de culpabilidad⁷, ya que alude a la exigencia de que la gravedad de la sanción debe resultar proporcionada a la del hecho cometido, pues sirve de base a la graduación de las penalidades, estableciendo que la pena no debe sobrepasar la que corresponde a la culpabilidad. De esta forma se asegura la necesaria proporcionalidad entre

⁷ Vid. ANTOLISEI. *Manuale de diritto penale*. Parte Speciale. Milano, 1954, pág. 457.

delito y pena⁸.

Se desprenden de este principio dos exigencias: por una parte, la necesidad de que la pena sea en proporción al delito y, por otra, que la proporcionalidad se establezca con base en la importancia social del hecho, de acuerdo con la nocividad del mismo⁹. Según este principio, un comportamiento sólo puede tratarse como merecedor de pena cuando el empleo de los medios jurídico-penales es adecuado, necesario y proporcionado. Este principio de proporcionalidad complementa al de subsidiariedad con criterios individualizadores en el empleo de las consecuencias jurídico-penales, con él se asegura que una conducta sólo sea incluida en el círculo del merecimiento de pena cuando la aplicación de reacciones jurídico-penales no es desproporcionada a la significación de ese comportamiento.

La proporcionalidad se fundamenta principalmente en la conveniencia de una prevención general no sólo intimidatoria, sino capaz de afirmar positivamente la vigencia de las normas en la conciencia colectiva (prevención general positiva). Un Estado de Derecho debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos producidos, y esto se determina de acuerdo con la nocividad social del ataque al Bien Jurídico. Las valoraciones sociales que se hagan del hecho deben orientar la

⁸ El Art. 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se refiere a esta proporcionalidad al señalar la prohibición de penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y *cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales*. Los términos *inusitadas* y *trascendentales* son lo que se deben interpretar en relación con la proporcionalidad de las penas con los delitos cometidos, de esta forma se puede encontrar el fundamento constitucional del principio de proporcionalidad.

⁹ MONTESQUIEU. "La suavidad de las penas va en concordancia con las sociedades civilizadas" El espíritu de las leyes, 1822. Liv VI. Ch. IX, T. 11. Decía Montesquieu que la seguridad y la libertad de los ciudadanos no son en efecto amenazadas únicamente por los delitos sino también, y habitualmente en mayor medida, por las penas excesivas y despóticas (inusuales), por los arrestos y los procesos sumarios, por los controles de policía arbitrarios e invasores; en una palabra, por aquel conjunto de intervenciones que se definen con el noble nombre de justicia penal, la que quizás, en la historia de la humanidad, ha costado más dolores e injusticias que el número de los delitos cometidos. Seguramente mayor que los daños producidos por todos los delitos castigados y prevenidos ha sido, en efecto, el daño causado por aquella suma de atrocidades y de infamias, torturas, suplicios, expoliaciones, masacres, que provocó la mayor parte de los ordenamientos punitivos premodernos, desde el antiguo Egipto hasta la Santa Inquisición, a la que muy difícilmente puede reconocérsele una función cualquiera de defensa social. . . El arbitrio judicial y policial producido por la crisis contemporánea de las garantías penales y procesales, hacen incierto y problemático el balance de los costos y de los beneficios del Derecho Penal, como también su justificación.

proporcionalidad de las penas, y deben guardar proporción no sólo con los beneficios sociales que puedan aportar sino, en especial, con el grado de peligrosidad criminal del sujeto y con la gravedad del hecho cometido.

Entre el mal que el delito significa para la comunidad y el mal que la pena representa para el autor del delito, debe existir una relación de proporcionalidad. Cuando se exaspera la gravedad de la pena en aras de finalidades preventivas, con quebranto del criterio retributivo, se origina una hipertrofia cualitativa del Derecho Penal que conduce a resultados altamente insatisfactorios. La pena considerada injusta no contribuirá a formar en los ciudadanos un recto sentido jurídico, sino suscitará en ellos además un sentimiento de terror, y cuando se predispongan a actuar, asumirán el riesgo de la imposición de la pena como una "desgracia" más de las que pueden surgir en la convivencia comunitaria¹⁰.

No es siempre fácil encontrar los criterios razonables que conduzcan a determinar la magnitud de la pena que corresponda a un injusto cometido. La Ciencia Penal ha querido siempre encontrar aquella magnitud de la pena que resulte justa en cada caso concreto. Es la pena justa (al menos así debiera ser) la que orienta al legislador y al juzgador en la aplicación de la sanción para cada injusto cometido.

Los criterios para encontrar la magnitud de la pena han sido, a lo largo de la historia de la Ciencia del Derecho Penal, muy variables y, en algunos casos, contradictorios entre sí (antinómicos), sobre todo tratándose de los fines que se

¹⁰ Así lo estableció ya BECCARIA, *Dei Delitti*. Parágrafo XV, quien decía: "Resulta evidente que el fin de las penas no es el de atormentar y afligir a un ser sensible, ni el de deshacer un delito ya cometido ¿Puede un cuerpo político que, lejos de obrar por pasión, es el tranquilo moderador de las pasiones particulares, albergar esa inútil crueldad, instrumento del furor y del fanatismo o de los débiles tiranos? . . . El fin, pues, no es otro que el de impedir al reo que realice nuevos daños a sus conciudadanos y el de apartar a los demás de que los hagan iguales. Las penas, por consiguiente, y el método de infligirlas, deben elegirse en tal forma que, guardada proporción, produzcan la impresión más eficaz y duradera en los ánimos de los hombres y la menos atormentadora sobre el cuerpo del reo. . . Para que una pena consiga su efecto, basta que el mal de la pena supere al bien que nace del delito; y en ese exceso del mal debe calcularse la infalibilidad de la pena y la pérdida del bien que el delito produciría . . . La atrocidad misma de la pena hace que se arriesgue tanto más por eludida cuanto mayor sea el mal a que se expone; hace que se cometan nuevos delitos para rehuir la pena de uno solo."

persiguen con las penas. Es de todos conocido que existen sistemas jurídicos que toman en cuenta unos elementos y desechan otros, o les dan más importancia a algunos y se la disminuyen a otros¹¹. Es sabido que la evolución del Derecho Penal se ha ido dando a la luz del abandono de los sistemas retributivos para darle cabida cada día con más fuerza a los sistemas preventivos.

Al legislador no le es posible graduar la pena con toda exactitud y normalmente recurre, de acuerdo con los sistemas jurídicos tradicionales, a establecer mínimos y máximos de la misma en los códigos penales, todo con el fin de que el juzgador pueda moverse dentro de dichos límites para la imposición de la pena por el injusto cometido. Es así como quedan fijados los límites al poder punitivo del Estado respecto a la magnitud de la pena que es posible imponer por los injustos cometidos. De acuerdo con el principio de legalidad, no se debe ir más allá de los límites establecidos legalmente y que supuestamente son razonables (racionales) como castigo.

El legislador al crear los tipos penales trata de ser congruente respecto de la magnitud de la pena que ha de imponer a los injustos que se vayan a cometer: No debe, desde una perspectiva político-criminal, sobrepasar aquellos límites que conviertan en ineficaz a la norma jurídica y productora de inseguridad jurídica¹².

No obstante lo anterior, es una realidad que en muchos países los códigos penales y las leyes especiales prevén penas que resultan desproporcionadas

¹¹ No es objeto de estudio en este trabajo el abordar en específico los elementos referentes a la determinación de la pena, sino tan sólo la importancia que tiene el Bien Jurídico en su graduación.

¹² Señala MIR Puig, en *Introducción a las bases de Derecho Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1976 (reimpresión 1982), Pág. 158, que como límite del *Ius Puniendi* que impone el Estado democrático en el momento legislativo de la conminación típica y que se expresa a través del principio de proporcionalidad, el que significa que la gravedad de la pena o de las medidas de seguridad debe hallarse en relación con la gravedad del hecho cometido o la peligrosidad del sujeto, en el ámbito del Derecho Penal de la pena, el principio de proporcionalidad se distingue del principio de culpabilidad en que el primero se relaciona en cuanto afecta al injusto del hecho. Se cuestiona Mir Puig cuál ha de ser la proporcionalidad entre la gravedad del injusto y de la pena, y señala que la respuesta podría resumirse así: "un Derecho Penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la valoración que la sociedad efectúa de los hechos que se asignan. Exigir proporción entre delitos y penas no es, más que pedir que la dureza de la pena no exceda de la gravedad que para lo sociedad posee el hecho castigado".

con el injusto cometido. Esta situación normalmente responde a la incongruencia entre los fines que la ley penal persigue con las penas y a la falta de valoración de los elementos que se deben tomar en cuenta para los fines de dichas penas. Por todo esto, en ocasiones la graduación de la pena resulta desproporcionada e incongruente con los mismos fines que el Derecho Penal moderno persigue.

Por tradición, se ha manejado la idea del principio de culpabilidad¹³ como criterio que racionalmente debe determinar la medición de la pena. Sin embargo, cada día el Derecho Penal moderno avanza considerablemente, en el entendido de que su función no es la de establecer juicios morales de reproche -constituyéndose en juez absoluto del bien y del mal- sino que la función del Derecho Penal está marcada por rasgos de exclusiva utilidad social que le sirvan a la comunidad para mantener la paz social permitiendo a sus miembros que desarrollen su personalidad con posibilidades de participar dentro de un marco establecido por los valores de libertad y de igualdad entre todos los miembros de la sociedad.

De esta manera el Derecho Penal de un Estado social y democrático de Derecho debe otorgar alternativas y posibilidades a las personas de reincorporarse a la sociedad cuando hayan sido marginadas de la misma por sus conductas antisociales; y esto debe ser permitido por las mismas leyes que sancionen los comportamientos lesivos.

Cada día la Ciencia del Derecho Penal moderno busca nuevos horizontes que le permitan medir la pena de acuerdo con fines preventivos; es por ello que se ha cuestionado y criticado el principio de culpabilidad como único criterio para medir la pena. En este contexto, la política criminal ha aportado nuevas ideas fuera del propio sistema del Derecho Penal para responder a las exigencias que las sociedades le imponen. Se llega a decir que la solución a la medición

¹³ En este contexto, el principio de culpabilidad significa que la pena nunca debe ser más dura de la que corresponde a la idea general de justicia, pues para tranquilizar a la sociedad ante una quiebra del Derecho no es necesario más que la pena justa. *Vid* ROXIN en *El desarrollo de la política criminal en el proyecto alternativo*.

de la pena no es solamente intrasistemática (es decir, dentro del Sistema del Derecho Penal), sino que hay soluciones que se encuentran fuera de él. No es solamente el hecho de "funcionalizar la disfunción" -es decir, de resolver el problema de la antinomia de los fines de la pena (prevención general y especial) a la luz del principio de la culpabilidad- sino es necesario atender a la crítica de la teoría del Bien Jurídico; y, finalmente, encontrar la racionalidad de la medición de la pena conforme a la gravedad del hecho cometido¹⁴.

Por otra parte, la doctrina ha puesto de manifiesto que cuando se alude a la medición de la pena normalmente se le vincula con la gravedad del hecho cometido; y desde un punto racional "lo más racional" , es medir la gravedad del hecho en relación al sistema social, de acuerdo con la teoría liberal del perjuicio social¹⁵.

La medición de la pena conforme a criterios de culpabilidad-retributiva se ha hecho atendiendo principalmente a la gravedad del hecho y a la personalidad del autor. En cambio un sistema de medición de la pena con criterios de culpabilidad preventivo-especial, se determina atendiendo principalmente a las características personales de su autor, es decir, a su personalidad y peligrosidad¹⁶.

¹⁴ Poco a poco los principios preventivos de la pena se han ido imponiendo en el marco de la función del Derecho Penal. concediendo oportunidades para posibilitar la rehabilitación social para las personas delincuentes.

¹⁵ Es práctica común en este sistema que para determinar la personalidad se toma en cuenta la gravedad del hecho, mismo que se encuentra directamente relacionado con el perjuicio social. Lo que en este trabajo interesa, es la importancia que el Bien Jurídico juega en la medición de la pena, por lo que no se abordan aquí con la profundidad debida los problemas que implican el principio de culpabilidad y el problema de la antinomia de los fines de la pena preventivos en la cuestión de la graduación de la misma, y se concentra la atención en las consecuencias que para la pena impone la teoría del Bien Jurídico.

¹⁶ Así GÓMEZ Benítez. *Racionalidad e Irracionalidad en la medición de la pena*. . . Págs. 132 y Sigs. Quien incluso llega a hablar de "un derecho racional en la medición de la pena". Señala Gómez Benítez los diferentes problemas de "irracionalidad" que existen en la medición de la pena, irracionalidad que no proviene solamente de la libre decisión judicial y de su negativa a tomar en cuenta las aportaciones de otras ciencias, sino que se extiende a criterios exclusivamente de prevención general o especial o incluso antinómicos de los

No sería conveniente, sin embargo, dejar de señalar que las teorías preventivas generales pretenden proteger Bienes Jurídicos y que para medir la pena establecen una proporción entre la pena y la gravedad del hecho, de acuerdo con la teoría del Bien Jurídico. Es decir, sólo la referencia al hecho cometido se erige como criterio limitador en la función de la medición de la pena desde un punto de vista preventivo proporcional, dejando a un lado el principio de la culpabilidad para medir la pena¹⁷.

De esta manera, la medición de la pena se remite exclusivamente al hecho cometido, sin tener porqué incluir la medición en la culpabilidad del autor. Coinciden en este sentido la teoría del perjuicio social de Amelung y la teoría de la protección preventiva de Bienes Jurídicos, señalando que el criterio para determinar la pena es exclusivamente la gravedad del hecho cometido. Esto hace trasladar el problema de la medición de la pena a la valoración de la gravedad del hecho cometido. La gravedad de cada hecho tendrá que ser medida congruentemente según la lesión al sistema social¹⁸.

A este respecto, es conveniente analizar cómo funcionan las teorías preventivas en la protección de los Bienes Jurídicos. Respecto de las teorías preventivo generales, existen dos diferentes teorías:

La primera teoría es llamada de la prevención general de intimidación, también de la prevención general *especial* o general-negativa, y se funda en la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach. Los presupuestos de esta teoría se basan en el hecho de pretender evitar futuras lesiones o puesta en peligro de

finés de la pena. Para lograr la racionalidad de la medición de la pena, en Alemania se ha pretendido formalizar la medición de la pena de acuerdo con una automatización y matematización de la misma. Señala Gómez Benítez (Pág. 33) que esta formalización la han intentado Luhmann y Lüderssen.

¹⁷ GÓMEZ Benítez. *Racionalidad e irracionalidad*. . . *op cit.*, Pág. 149. Señala que en la teoría del perjuicio social de Amelung, la gravedad del hecho es una gravedad social objetiva, una medida en relación con el sistema social mismo.

¹⁸ Que los hechos cometidos para la teoría del perjuicio social y el funcionalismo tengan un determinado valor. Así, GÓMEZ Benítez. *Op. cit.* "La teoría del perjuicio social aporta un nuevo objeto de referencia, un nuevo contenido para complementar la proporcionalidad de la pena, al tratar de valorar socialmente el hecho, en lugar de hacerla cultural o liberalmente."

Bienes Jurídicos amenazando al futuro delincuyente, pretendiendo intimidarlo con una pena. El principal problema de esta teoría es que no señala cuáles son los límites que se deben establecer para determinar correctamente la efectiva intimidación penal. La historia ha demostrado que con el uso de esta teoría normalmente se tiende a ocasionar una huida al Derecho Penal, convirtiéndolo en un medio de terror y de inseguridad jurídica.

A la segunda teoría se le conoce como de la prevención general de integración, o llamada también "teoría de la prevención general-general". Esta teoría pretende utilizar la pena con el fin de conservar el sentimiento o conciencia social dentro del marco del Derecho, al hacerle ver a la colectividad que finalmente el Derecho se impone contra la violación de las normas. Se utiliza la pena como un control social exclusivamente para la promoción de la integración y de la estabilidad sociales. Esta teoría, sin embargo, tampoco establece los límites exactos de la magnitud de la pena para lograr sus objetivos, aunque pudiera decirse que no tiende hacia los fines de la teoría de la prevención general-especial.

En relación al "cómo el Bien Jurídico" influye en la medición de la pena, es necesario definir primero los criterios de evaluación de los Bienes Jurídicos, pues dependiendo de su valor social éstos tendrán mayor o menor repercusión en la medición de la pena. Para establecer la graduación de los bienes, es necesario vincular el Bien Jurídico con proposiciones empíricas observables¹⁹.

Uno de los criterios más usados, aunque no el único, es el evaluar los Bienes Jurídicos atendiendo a las escalas penales que la parte especial de los códigos penales establecen para la sanción de las conductas que los lesionan, estableciéndose una escala valorativa matemática de acuerdo con la magnitud de la pena que los tipos previenen. De la escala dada por los códigos penales se desprenden diversos criterios que sirven para jerarquizar el valor de los Bienes Jurídicos; se llega así a diversas conclusiones:

¹⁹ Así NINO, Carlos S. *Las teorías dogmáticas. La teoría del Bien Jurídico en Consideraciones sobre la dogmática jurídica.* UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1974, Págs. 71 y Sigs.

- A. A mayor sanción punitiva, mayor valor del Bien Jurídico.**
- B. A menor sanción penal, menor valor del Bien Jurídico.**
- C. A mayor sanción penal, las conductas son más reprochables.**
- D. A menor sanción penal, las conductas son menos reprochables.**

Sin embargo, esta sistemática establecida por las escalas en los códigos penales no siempre es apropiada, sino, por el contrario, en ocasiones solamente establece las bases críticas de los abusos que se hacen de la pena y del Derecho Penal. En la determinación de la magnitud de la pena que ha de imponerse a un hecho injusto, ésta debe ser perfectamente valorada de acuerdo con los siguientes conceptos:

- a. Por su utilidad social;**
- b. Por sus efectos y consecuencias para: El autor, la sociedad, la víctima y para el propio Estado que la impone.**

Es en este último punto donde mayor injerencia tiene la teoría de la dañosidad social de Amelung, en cuanto a que se debe tomar en cuenta todos estos factores para señalar, respecto de la dañosidad social del injusto, la magnitud de la pena que ha de imponerse. Se puede decir que la comisión de un injusto no lesiona solamente el Bien Jurídico que se propuso dañar, sino también que la reacción penal implica otras consecuencias como son los gastos económicos que se destinan al funcionamiento de la administración de justicia y de la ejecución de la pena.

Los efectos sociales, económicos y culturales que conducen a la imposición de la pena se pueden incluso llegar a medir desde concepciones estrictamente económicas, como es el costo social y económico que al Estado le significa la imposición de una pena: entre más grande sea la pena, más difícil le resultará al Estado el hacerla efectiva. En la determinación de aquella pena que pueda acercarse lo más posible a lo que se considere como pena justa, será necesario valorar no solamente el hecho injusto sino las repercusiones de carácter social, económico, político, incluso de prevención general y especial, así como su significado para determinados grupos sociales respecto a su

utilidad o inutilidad social.

La lesión al objeto dañado no solamente se debe valorar respecto de la magnitud de la pena que ha de imponerse, sino también en cuanto a la utilidad social del objeto lesionado. La gravedad del injusto cometido no deberá ser valorada atendiendo ni a un solo criterio ni a un único objeto. Aplicando el sentido lógico, entre más valor de utilidad social tenga un bien, mayor protección jurídica debería tener, y por ende la proporcionalidad de la pena que correspondiera aplicar dependería de la utilidad social del bien protegido. En este sentido se lleva entonces la discusión al terreno valorativo de la utilidad social de los objetos para coadyuvar a la decisión de la graduación de las penas.

Ahora bien, valorar la utilidad social de un objeto o de un bien de la sociedad no es algo fácil, pues los parámetros con los que se mide un objeto o una cosa no son siempre objetivos ni generales. Hay quien sugiere que se acuda a criterios políticos democráticos de decisión de lo que por útil socialmente debe considerarse -es decir, que la propia sociedad determine el valor de utilidad social de cada objeto- y en esa medida graduar el injusto y la magnitud de la pena que ha de imponerse. Evidentemente esto sería un ideal inalcanzable en las sociedades actuales, pues piénsese en casos como el aborto, el cual es un hecho respecto al que en las diferentes sociedades -atendiendo a sus sentimientos éticos y/o religiosos- el producto de la concepción se considera con mayor o con menor valor; de ahí que en algunas sociedades se impongan penas altas y, en cambio, en otras no se imponga pena alguna. Es cuestionable en algunos casos la valoración por igual de algunos supuestos de utilidad social, incluso desde perspectivas meramente objetivas y generales para todas las sociedades²⁰.

²⁰ Resulta todavía mucho más grave que en algunos países se tengan varios códigos penales, -como es el caso de México que tiene 32, uno para cada Entidad Federativa- y que cada Código sancione no sólo diferentes comportamientos sino además que algunos injustos tengan diferentes penas. Por ejemplo, el Art. 265 del Código Penal para el Distrito Federal sancionaba a la violación con prisión de ocho a catorce años; en cambio en el Código Penal del Estado de México, se sanciona la violación con prisión de tres a ocho años.

Cuando el legislador no maneja una concepción material o substancial del delito, dejando que la esencia del delito surja exclusivamente de la desobediencia de los deberes sin cuestionar el deber que se incumple o del imperativo que se desobedece, no es fácil graduar la pena que deba corresponder al injusto, pues en estos casos la lesión o puesta en peligro del Bien Jurídico prácticamente no juegan ningún papel orientador de lo que en realidad se quiere proteger, y de lo que socialmente se considera dañoso.

Es por ello que se dice que corresponde al legislador penal la tarea de definir cuáles son los bienes que debe proteger, es decir, el daño social que desea evitar con la norma penal; y entonces podrá ocuparse del cómo y del cuánto de la pena que lo debe proteger, pues sólo en función del resultado puede graduarse la nocividad social, y como consecuencia la pena²¹.

Para concluir, cuando se alude a la medición de la pena normalmente se le vincula con la gravedad del hecho cometido, lo que, desde un punto racional "lo más racional", significa medir la gravedad del hecho en relación al sistema social, de acuerdo con la teoría liberal del perjuicio social. Aplicando un sentido lógico, entre más valor de utilidad social tenga un bien, mayor protección jurídica deberá tener, y por ende la proporcionalidad de la pena que corresponda aplicar dependerá de la utilidad social del bien protegido. En este sentido se lleva entonces la discusión al terreno valorativo de la utilidad social de los objetos para coadyuvar a la decisión de la graduación de las penas.

Respecto a los delitos de bagatelas, la divergencia entre el concepto formal y el concepto material de delito se muestra del modo más acentuado cuando una

Caso curioso es el Código Penal del Estado de Sinaloa, que impone la pena de tres a nueve años de prisión para el delito de Calumnias, cuando en todos los demás Códigos Penales no sobrepasa la pena privativa de libertad los tres años de prisión. Esta pena se dio en razón de que un Gobernador del Estado de Sinaloa ya no quería que los periodistas lo siguieran calumniando.

²¹ OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, Emilio. *Función y límites del principio de exclusiva protección de Bienes Jurídicos*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XLIII Enero-Abril 1990, Pág. 19. Señala este autor que se debe intentar dotar de ciertos contenidos materiales a los Bienes Jurídicos, para obligar al Estado a deparar protección normativa a determinados intereses y no a otorgársela a otros.

acción formalmente típica perjudica materialmente en el caso concreto sólo en grado insignificante al Bien Jurídico protegido. La sustracción de un objeto de muy escaso valor también es un robo, pero no un daño notable del orden social. La descripción del tipo legal pretende ciertamente sólo incluir perjuicios graves del orden jurídico social, pero no puede impedir que entren también en su ámbito los casos leves. El tratamiento penal del injusto de bagatela es un problema complejo y no resuelto hasta hoy satisfactoriamente por la política criminal²².

Según Zipf, el daño para la justicia criminal consiste en una carga excesiva con el montón de menudencias y en el impedimento a ello unido en la persecución de hechos punibles graves, pero también en una actitud cada vez más laxa de la población sobre el ámbito de lo punible, producida inevitablemente por el empleo indiscriminado del Derecho Penal. De ahí que se plantee el problema en dos cauces: aquellas formas de conducta que típicamente sólo comportan un carácter de injusto de bagatela que no se subsumen en el concepto material de delito, y con ello no sería objeto de penalización admisible; por el otro lado, el concepto típico del injusto exige la penalización, pero los casos leves - atípicos- deben quedar excluidos, con lo cual la materia del injusto no puede describirse de modo que el tipo legal pueda ser un filtro seguro para tales casos²³.

²² ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Traducción de Izquierdo Macías-Picavea. Edersa. Madrid, 1979, Pág. 102.

²³ ZIPF pone el ejemplo de las lesiones físicas de las que hay numerosos casos de daños corporales de escasa entidad que no pueden excluirse con la descripción del tipo penal y, por lo tanto, sugiere que se deben hallar nuevas posibilidades de rectificación. Señala también que el Art. 3 del Código Penal de la hoy desaparecida República Democrática Alemana, declaraba que no existe hecho punible cuando "la acción corresponde ciertamente al texto literal de un tipo legal y, sin embargo, las repercusiones del hecho sobre los derechos e intereses de los ciudadanos o de la sociedad y la culpabilidad son irrelevantes". Igualmente, el Código Penal de la URSS, en su Art. 2, no considera delictiva la acción que por su escasa significación no presenta peligro social; en Yugoslavia, el Art. 4.2 del Código Penal establece que es decisiva la inexistencia o irrelevancia de consecuencias dañosas; por su parte, en Checoslovaquia el Art. 3-4 dice que el peligro social del hecho se mide atendiendo entre otros extremos a la importancia del interés atacado; finalmente en Cuba, el Art. 3,2 del Código Penal establece que "no se considera delito la acción u omisión que aun teniendo los elementos que lo

4.3. El principio de intervención mínima.

Siguiendo a la doctrina mayoritaria, *el carácter fragmentario, el subsidiario y de ultima ratio*, vienen a establecer límites al Derecho subjetivo de sancionar, en todo Estado que adopta un modelo democrático y social de Derecho, la necesidad del Derecho Penal en las sociedades actuales parte de la idea de que la humanidad, hasta este momento, no ha podido vivir sin las penas corporales como sanciones que regulan la vida social y jurídica para lograr la estabilización y la paz sociales. Parece que el hombre tiene marcado su destino de tener que vivir con instrumentos penales y con las consecuencias de estos. Hasta hoy no se vislumbra una alternativa distinta al penoso hecho de tener que marginar al hombre de la vida en sociedad cuando no respeta el orden jurídico.

Desde esta perspectiva, se concibe al Derecho Penal como un instrumento que auxilia en el restablecimiento de la paz social. Es un recurso no querido ni deseado, pero necesario e inevitable. Por ello hay quienes llegan a decir que es el último recurso o instancia para resolver las situaciones que ponen en peligro la tranquilidad de la vida social para poder vivir en paz, en armonía y con los valores necesarios fundamentales que todo hombre necesita.

En este orden de ideas, como ha señalado la Doctrina Penal, el primer presupuesto funcional del Derecho Penal consiste en que el uso de la pena en toda sociedad es un "instrumento imprescindible" (un mal necesario). Ahora bien, por ser un instrumento necesario, se encuentra en su propio contenido la primera limitación al uso de la misma. Este límite consiste en el hecho de que si no es necesaria la pena no hay razón alguna -ni debe haberla- para utilizarla²⁴. Se ha reiterado que el Derecho Penal está legitimado para intervenir

constituyen, carece de peligrosidad social por la escasa entidad de sus consecuencias".

²⁴ Como se dijo cuando se abordó el tema respecto al sentido de la necesidad de la protección de los Bienes Jurídicos, en la respuesta al mismo no sólo se encuentra la fundamentación del *ius puniendi*, sino también el contenido de cada uno de los principios limitadores del Derecho Penal subjetivo.

exclusivamente para proteger Bienes Jurídicos cuando éstos son lesionados o puestos en peligro por comportamientos antisociales. Por ello, se precisó la necesidad de saber cuál es el contenido de cada uno de ellos. En la definición, análisis y descripción de su contenido se legitima parte de la intervención punitiva del Estado. Más adelante se insistirá en la cuestión de cuándo estamos en presencia de Bienes Jurídicos que al Derecho Penal le interesa proteger al elevarlos a la categoría de Bienes Jurídicos Penales, y cuándo se trata de otros que si bien son considerados Bienes Jurídicos por otras ramas del *Derecho*, no son elevados a la categoría de Bienes Jurídicos protegidos por el Derecho Penal.

La fundamentación de los principios o caracteres del Derecho Penal fragmentario, del subsidiario, y de *ultima ratio*, se realiza a partir de la necesidad de protección de los Bienes Jurídicos penales, pues si no existe tal necesidad, sea por la razón que fuere, estos principios no tendrían sustentación alguna ni razón de ser aplicados. Es importante señalar que parte de la doctrina se refiere a estos principios, los cuales se aglutinan dentro de lo que se denomina *El Principio de Intervención Mínima* del Estado de Derecho; principio que significa que el Derecho Penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo; esto es, se ocupa sólo de una parte, fragmentos, pero además sólo cuando no pueden quedar debidamente protegidos por otros mecanismos.

4.4. El principio fragmentario.

La doctrina ha señalado en reiteradas ocasiones que el Derecho Penal solamente debe otorgar protección a los Bienes Jurídicos y sólo contra determinadas agresiones configuradas de una específica manera²⁵.

La función que el Derecho Penal desempeña tiene la característica de que la

²⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1975, Págs. 59 y Sigs.; también, artos Núñez, Juan Antonio. *El Principio de intervención penal mínimo en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Año 1987, Tomo XL.

misma se lleva a cabo a través de la amenaza y la aplicación de la pena y/o de la medida de seguridad. Son estos dos instrumentos los que se identifican como los recursos más drásticos con que cuenta todo ordenamiento jurídico para proteger los valores más fundamentales del orden social contra los ataques que desde el punto de vista de la convivencia social aparecen como más intolerables²⁶.

No protege el Derecho Penal todos los Bienes Jurídicos, sino sólo los fundamentales o imprescindibles para la convivencia social. En un sistema penal dentro de un Estado Democrático de Derecho, el carácter fragmentario significa que el Derecho Penal sólo debe sancionar algunas modalidades de conductas que lesionen o pongan en peligro Bienes Jurídicos. Deben ser sancionables penalmente solamente algunas modalidades de ataques, o algunos específicos comportamientos ¿cuáles? Solamente los más peligrosos y los más repudiados por la sociedad, en orden a una significación ética que la comunidad tiene respecto de esos comportamientos.

No todos los ataques contra el Bien Jurídico pueden ser sancionables penalmente; por ejemplo, no toda lesión del Bien Jurídico propiedad constituye delito, sino sólo algunas modalidades especialmente peligrosas y repudiadas, como serían los casos de robo, fraude, abuso de confianza, despojo, extorsión. Esto es, solamente deben sancionarse aquellos comportamientos que sean capaces de desencadenar una reacción social que suscite indignación moral, irritación en la colectividad, y, finalmente, que dichos comportamientos sean percibidos por la colectividad como contrarios a la normalidad²⁷.

Pueden ser mucho más lesivos y peligrosos algunos comportamientos en contra del Bien Jurídico patrimonio derivados de incumplimientos de contratos civiles, y que incluso en algunos casos llegan a lesionar más severamente el patrimonio, que los simples hurtos o robos en que el autor sólo llega a obtener

²⁶ WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán, 11/e.* (Traducción de J. Bustos y Sergio Yáñez P. Editorial Jurídica de Chile). Walter de Gruyter. Berlín, 1969, pág. 16.

²⁷ Asi, BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal.* Editorial Siglo XXI Editores. México, 1986, Pág. 138.

una pequeña cantidad de dinero, como cuando ignoraba que su víctima no poseía más dinero. Sin embargo, la sociedad repudia y sanciona más severamente unas modalidades de comportamiento (el hurto o robo) que otras, aunque fueren más peligrosas las menos lesivas al Bien Jurídico protegido desde un punto de vista cuantitativo.

El límite material para el Derecho Penal se encuentra en que sólo debe sancionar lo que socialmente se considera necesario para la convivencia social, y por ello toma en cuenta no sólo el aspecto cualitativo de la necesidad de sancionar sino además el aspecto cuantitativo. Es de destacarse que el Derecho Penal no protege a los Bienes Jurídicos frente a cualquier clase de atentado, sino tan sólo frente a los ataques más intolerables. De lo contrario, si se sancionara cualquier ataque, el Estado podría convertirse en un Estado policial, corriéndose el riesgo de paralizar toda la actividad social; además de que los ciudadanos no podrían vivir bajo la amenaza penal constante en todas sus actividades sociales, provocando la consecuente inseguridad jurídica²⁸.

Es de destacarse también que no se sanciona el ataque contra todos los bienes por igual, sino que se debe sancionar con distinta intensidad. Ésta también es una característica del carácter fragmentario, que por lo demás puede llegar a establecer severas críticas desde el punto de vista de las diferentes reacciones que tiene según se trate de a quién pertenece el Bien Jurídico que se proteja²⁹.

El Derecho Penal se caracteriza más por lo que no castiga que por lo que castiga³⁰. Es relevante destacar también que la vinculación del carácter

²⁸ La doctrina señala que la estimación de lo que a la sociedad le conviene sancionar penalmente no puede ser efectuada sino por la vía de la comprobación de los bienes y valores susceptibles y requeridos de la tutela penal. *Vid* Polaino Navarrete, Miguel. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo 1. *Fundamentos científicos del Derecho Penal*. Editorial Bosch, Casa Editorial, 1984, Pág. 98.

²⁹ Así Bustos Ramírez, Juan. *Manual de Derecho Penal español. Parte general*. Editorial Ariel. Barcelona, 1984, Pág. 49.

³⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminología y dogmática penal* en la *Revista de Sociología PAPERS* publicada por la Universidad Autónoma de Barcelona. No.

fragmentario se conecta a su vez, directamente, con el origen de la pena en dos sentidos diferentes: en cuanto a la gravedad de la infracción, y en cuanto a que la infracción sólo puede ser penada cuando se haya afectado a la sociedad en un elevado grado de nocividad contra sus Bienes Jurídicos³¹. Esto ha llevado a que la doctrina penal de los últimos tiempos haya transformado, consecuentemente, la concepción del Bien Jurídico en una teoría de la dañosidad social. De ahí que se diga que "no toda lesión de un Bien Jurídico exige una reacción mediante el Derecho Penal, sino tan sólo aquella que, además, presenta el carácter de socialmente dañosa". La pena cumple en este sentido una misión política de regulación activa de la vida social que asegura el funcionamiento satisfactorio mediante la protección de los bienes de los ciudadanos.

4.5. El principio de “última ratio”.

Se dice que el Derecho Penal debe ser considerado siempre como la *ultima ratio legis*. Por este término se entiende que debe ser el último recurso que el Derecho debe tener para proteger el orden jurídico, es decir, antes de aplicar una pena se deben agotar otros medios jurídicos, cuando así sea razonable, para la protección de los Bienes Jurídicos; y solamente cuando éstos hallan fallado, se podrá entonces acudir a la pena, al Derecho Penal como la última instancia protectora de los mismos.

La fundamentación de este principio se encuentra en que debido a la dureza de los instrumentos a los que recurre (pena o medida de seguridad), se afecta uno de los valores más preciados del individuo que es la libertad, por ello se debe recurrir solamente en última instancia a la aplicación de estos instrumentos penales. Este principio establece una verdadera exigencia ética dirigida al legislador. Cuando éste no respeta el principio de recurrir al Derecho Penal como última instancia -es decir, cuando no recurre antes a otros medios

13. Barcelona, 1980, Pág. 29. Quien revela que el Derecho Penal no es menos desigual que otras ramas del Derecho Burgués, y que él es, contrariamente a toda apariencia, el Derecho desigual por excelencia.

³¹ Así POLAINO Navarrete. *Op. cit.*, Págs. 100 y 101. 285

jurídicos menos duros y lesivos, pero igualmente eficaces para la protección de los Bienes Jurídicos, y en su lugar ordena la aplicación de sanciones criminales por hechos que bien pueden ser sancionados con instrumentos legales menos duros para lograr la paz y la tranquilidad social- en múltiples ocasiones se le acusa como el causante de una recusable hipertrofia del Derecho. Se le acusa también de que no sólo utilizó el Derecho Penal abusivamente con fines políticos que no debió usar, sino además se dice que ha desencadenado el terror penal, creador de una notable inseguridad jurídica que toda sociedad desea no tener.

Es misión del Derecho, en general, alcanzar la paz social, sobre la base de dos pilares básicos: por un lado, el reconocimiento y protección de los derechos humanos y, por otro, el respeto a la ley como manifestación de la voluntad popular. Este principio de la *ultima ratio* encuentra también su fundamento en el principio de la necesidad de la pena. Hay autores³² que expresan este principio bajo la idea de que solamente debe intervenir el Derecho Penal cuando se revelen como "inservibles" los demás medios de tutela.

4.6. El principio subsidiario.

Se dice además que el Derecho Penal es de naturaleza subsidiaria; esto significa que en donde basten otros medios jurídicos como la aplicación de sanciones del Derecho Civil o del Derecho Administrativo, o de otras ramas jurídicas, ha de retraerse el Derecho Penal secundaria o subsidiariamente. Como ejemplo de lo anterior, se señala que no pertenecen al Derecho Penal las infracciones contra meros preceptos de policía, ya se trate de prohibiciones de aparcamiento, de horario de cierre de comercios, etc., pues para estos casos basta aplicar sanciones administrativas. No se deben penar tampoco simples perturbaciones del orden público, o a las personas indeseables para la comunidad, como los mendigos, vagabundos, etc. A estas personas se debe intentar reintegrarlas a la sociedad por otros medios distintos al Derecho Penal, pues las sanciones penales sólo consiguen llevar por un peor camino a tales

³² Así SAINZ CANTERO, José Antonio. *Lecciones de Derecho Penal*. Tomo 1. Editorial Bosch. Barcelona, 1979, Pág. 37.

personas en perjuicio de la propia sociedad. Lo mismo sucede con algunos de los tipos previstos en el CFF, los cuales basta sancionar con penas administrativas y no con las penales, pues a través de las primeras quedan suficientemente protegidos los intereses correspondientes.

Los orígenes del carácter subsidiario se remontan a Rousseau cuando afirmaba que "las leyes criminales más bien que una clase particular de leyes, son la sanción de todas las demás"³³. Pero la consideración de su carácter subsidiario radica más bien en la diferenciación que se pueda hacer de las conductas antinormativas y de su tratamiento jurídico.

Por su parte Binding³⁴ señaló que la misión de toda norma es la de establecer deberes personales que fundamentan el hacer y el omitir. El incumplimiento de tales deberes los denominó como delitos. Decía que corresponde al Derecho Penal determinar a cuáles incumplimientos se les debe imponer la pena y a cuáles desobediencias se aplicarán sanciones distintas a la pena. Esta formulación de Binding dio lugar a diferentes derivaciones en cuanto a la interpretación de la función de la norma y las ideas que ayudaron a tratar de delimitar el campo de la misión del Derecho Penal del de los demás Derechos. Si bien es cierto, esta idea de Binding hace apreciar la distinción que hay entre el Derecho Penal y las demás materias jurídicas desde una perspectiva meramente formal y no material. Con ello se llega a estar a favor de la intervención del Derecho Penal sólo cuando se afectaban intereses materiales de la sociedad.

Es indiscutible que en ocasiones el Derecho aparece no como un recurso subsidiario, ni siquiera como la *ultima ratio* ante el fenómeno antinormativo, sino como el primer instrumento al que se recurre, como cuando sucede en la protección de la vida. En este sentido se habla no de un Derecho Penal como último recurso, o con un carácter subsidiario, sino que se convierte en el primero en ser llamado para intervenir.

³³ *El Contrato social*. Citado por Martos Núñez. *Op. cit.*, Pág. 120.

³⁴ BINDING. *Op. cit.*

Por otro lado, lo característico del carácter subsidiario se ve exclusivamente en cuanto a la determinación de la desobediencia a unos mismos preceptos normativos, es decir, se cuestiona el porqué cuando se trata de la violación de los mismos imperativos, se sanciona algunas veces con la pena privativa de libertad y otras con sanciones distintas, como la administrativa o la civil³⁵.

Es por ello que la doctrina ha señalado que el reconocimiento del carácter subsidiario del Derecho Penal comporta inequívocamente " *la ineludible apreciación de la mayor gravedad material, que no sólo puramente formal, del Derecho Penal respecto del Derecho sancionador en general*"³⁶. De ahí que el legislador debe evitar la incriminación de conductas por meras razones de oportunidad, es decir, el castigar como delitos conductas cuya relevancia ética social o cultural (política criminal) sea escasa. Si bien es cierto que el Derecho Penal es una rama accesoria del Derecho, como señala Jescheck³⁷, debe interpretarse como si "el Derecho Penal sólo añadiera su carácter prohibitivo a un ordenamiento jurídico previamente creado e imaginado como permisivo."

4.7. La función promocional.

Es inadmisibles un Derecho Penal que pretenda imponer órdenes éticas que no sean las inevitablemente derivadas de los Bienes Jurídicos. La realización de fines trascendentales no compete al Derecho Penal, ni tampoco puede éste buscar la corrección moral coactiva de los ciudadanos. Tampoco puede constituirse en un factor de estandarización ideológica, ni en instrumento de eliminación de la discordia. Un Derecho Penal que sea sólo punitivo, que sea mera reacción negativa frente a la violación del orden social, no responde a las

³⁵ En este sentido, STAMPA BRAUN, José Maria, *Introducción a la ciencia del Derecho Penal*. Valladolid, 1953, Pág. 44. Quien señala: "no existe razón jurídica, política ni sociológica para castigar la desobediencia a unos mismos imperativos con sanciones penales, unas veces y con sanciones civiles, otras." Piénsese en el delito fiscal, por ejemplo.

³⁶ Así POLAINO Navarrete. *Op.cit.*, Pág. 105.

³⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Traducción de MIR PUIG y MUÑOZ CONDE a la 3/e. Editorial Bosch. 1981, Pág. 73.

actuales necesidades de la sociedad; responde, si acaso, tan sólo a los postulados del Estado liberal, que impone a sus ciudadanos lo que no deben hacer y no lo que han de hacer.

En las concepciones actuales basadas en el Estado social como motor de la sociedad, el Derecho promueve la consecución de fines sociales. Se vuelve el Derecho como lo preconizó Bobbio³⁸, en orientador, más por la idea de estímulo-motivación positiva que por la de contra-estímulo (motivación negativa). Y por eso se convierte en un Derecho que propicia la rápida evolución social, en donde la función penal es solamente una condición indispensable de dicha función, y sólo puede aspirar a retraer pero no a incentivar³⁹.

Señala también Bobbio que cuando el Estado se limita a ser guardián del orden, el Derecho va reduciéndose paulatinamente hasta transformarse en Derecho Penal, es decir, en el Derecho conservador y reproductor de las condiciones sociales dadas, De esta forma la prevención especial de la pena y de la medida de seguridad se convierten en funciones promocionales. Sin embargo como señala Terradillos, la función inhibidora del Derecho Penal no puede ser trascendida ni siquiera en el plano de las declaraciones, y el Derecho Penal funciona como mero instrumento de control social.

La doctrina penal ha buscado con esfuerzos loables encontrar el concepto material de bien jurídico y, en esa búsqueda ha logrado establecer criterios válidos que sirven de límites en la aplicación de la pena estatal, llegando a la conclusión de que todo lo que no tenga que ver con la protección de bienes jurídicos no deba ser sancionado penalmente.

Para la creación de un tipo penal se deben respetar ciertos derechos, sobre todo las garantías individuales.

³⁸ BOBBIO Norberto. *La funzione promozionale del Diritto en Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del Diritto.* Milán, 1977.

³⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan. *La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.* Año 1981. No. 63, Pág. 127.

Los legisladores en nuestro país, desconocen que es un tipo penal, mucho más que es un bien jurídico tutelado. Por ejemplo la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, establece un tipo penal, y no se sabe con claridad, cual es el bien jurídico que se tutela.

En nuestro país, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada contiene una serie de medidas incompatibles con el Estado de Derecho, un ejemplo de ello, fue el establecer el tipo penal básico de “delincuencia organizada” que por la no aplicación de los principios y las reglas establecidos en la parte general y en la parte especial del Derecho penal, viola garantías individuales de los gobernados.

La decisión del legislador es siempre una decisión insegura, ya que desconoce la mayoría de las veces los factores que condicionan el efecto motivador en las personas y, en todo caso, por que la utilidad y eficacia que va a tener la regulación es siempre un pronóstico que nunca se sabe si se va a confirmar. La acción humana no se puede concebir de modo puramente mecánico y el futuro es siempre incierto. Para legitimar la criminalización, el legislador debe obtener todos los datos que le sea posible sobre la dañosidad de una conducta y las consecuencias de la pena, debiendo tener en cuenta los criterios de justicia y de utilidad para decidir sobre el merecimiento de la pena, ya que responden a una determinada cultura política y jurídica.

En la búsqueda del concepto material del bien jurídico, como se ha dicho, se ha querido que tanto el legislador como el juzgador tengan criterios validos para justificar el uso de la pena estatal de tal manera que todo lo que no tenga que ver con la protección de los bienes jurídicos no deba ser sancionado penalmente.

Un sistema penal esta justificado únicamente si minimiza la violencia arbitraria en la sociedad. Este fin es alcanzado en la medida en la cual se satisfaga el respeto a las garantías penales y procesales para alcanzar los fines del Derecho Penal, no se justifican medios violentos o de cualquier forma

opresores, alternativos al Derecho Penal mismo y a sus garantías el Derecho Penal, con su complejo sistema de garantías, debería siempre permanecer para aquel único caso que pudiera producirse la reacción institucional coactiva frente a un hecho delictivo.

Los límites del *ius puniendi* solamente se pueden extraer de las garantías individuales o derechos fundamentales contenidos en la constitución, entendido ese como un ordenamiento normativo. Los principios fundamentales además condicionan la actividad del poder estatal estableciendo así los límites que se regulan por las leyes que reglamentan dicha actividad.

Así, el Estado- por una parte- crea el ordenamiento y- por otra- se fija un límite al poder de castigar; y este límite también se realiza mediante el concepto de Bien Jurídico, el cual está en el propio ordenamiento producido por el legislador en los códigos penales o leyes especiales.

4.8. Inobservancia en nuestro país de dichos principios.

El caso de los delitos informáticos.

Dar un concepto sobre delitos informáticos no es labor fácil y esto en razón de que su misma denominación alude a una situación muy especial, ya que para hablar de delitos (conducta típica y antijurídica), es necesario tomar en cuenta que los delitos sólo pueden ser cometidos por seres humanos, es decir son actos u omisiones que realizan los seres humanos y que sancionan las leyes penales, pero ¿que sucede cuando son cometidos a través un medio como la computadora?.

En estricto derecho si, se “cometen”, por este medio, no podemos hablar de delitos que produzcan un resultado material, pues para que esto ocurra tiene que haber forzosamente un cambio en la realidad. Más no en el llamado ciberespacio, que teleológicamente es una ficción. Hay que tomar en consideración, que la realidad, que podemos observar, tocar o escuchar, dista mucho de que sea alterada por uno de los mal llamados “delitos informáticos”.

En el peor de los casos se puede producir un delito de resultado formal, pero si estamos en presencia de un resultado formal, no podemos hablar de daño material; pues ¿en donde se produce un cambio en la realidad?, por ejemplo: El artículo 211 bis 1. Del Código Penal Federal dispone:

“Al que sin autorización modifique, destruya o provoque pérdida de información contenida en sistemas o equipos de informática protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de cien a trescientos días multa”.

Tal vez la intención del legislador, era equiparar el artículo en cuestión, al daño en propiedad ajena, pero para que pueda tipificarse el daño en propiedad ajena, y puedan acreditarse los elementos del tipo penal, es necesario que se produzca un resultado material, es decir que haya un cambio en la realidad que sea perceptible a través de alguno de nuestros sentidos, es decir que haya una pérdida, detrimento o menoscabo en el patrimonio del sujeto pasivo, forzosamente tiene que haber un cambio en la realidad, pero surge un problema jurídico, ¿cómo lo va a acreditar la representación social, si ese cambio tal vez ocurrió en el mundo virtual o ciberespacio?, ¿en donde se da la afectación al bien jurídico? Y por otro lado, como vamos a saber con certeza que la persona que estuvo frente a la computadora, efectivamente fue quien realizó la mal llamada conducta delictiva?

Por otro lado para que podamos hablar de “daño” el Derecho Civil en *la teoría general de las obligaciones*, establece que: *Es toda pérdida, detrimento o menoscabo en el patrimonio de una persona*, ¿en donde esta el objeto material en este “tipo de delitos”?, ¿como comprobamos que el objeto material sufrió un daño?

Este tipo de disposiciones, lejos de combatir a la delincuencia provocan incertidumbre jurídica y violación de garantías individuales de los gobernados.

Un principio elemental en lógica establece:

PRINCIPIO DE NO CONTRADICCIÓN: Una cosa no puede ser y dejar de serlo a la vez.

Este principio tiene una excepción a la regla y es aplicable para la física nuclear, para el caso de las partículas muy pequeñas como los átomos. Cosa que nada tiene que ver con nuestra materia jurídica.

Situación que en Derecho penal no ocurre, ni puede ocurrir, no puede un legislador, dejar de respetar los principios básicos para la tutela del Bien jurídico en Derecho Penal, porque tampoco se respetan los principios de la lógica formal. No podemos establecer que algo sea mitad legítimo y mitad ilegal. Ya que la plenitud hermenéutica en Derecho penal es clara al respecto, y sobre todo en materia penal que no hay que olvidar que es de estricto Derecho. Las garantías individuales no pueden ser violadas por este tipo de disposiciones que no respetan los principios de: Bien común, justicia, seguridad jurídica, debido proceso y legalidad.

Todos sabemos que la vida y la libertad personal, son quizá los bienes jurídicos más importantes, por ello consideramos que privar a una persona de su libertad, por su probable responsabilidad en la comisión de este tipo de hechos, es peligroso, ya que no existe actualmente una prueba pericial que establezca que la persona que esta siendo privada de su libertad, efectivamente cometió el hecho delictivo.

Con este tipo de disposiciones normativas, el legislador de origen, viola el principio *nullum crime sine lege*, Lo cual a todas luces es inconstitucional, pues como lo hemos venido manifestando, el fin de la obra legislativa es la seguridad jurídica, la justicia y el bien común, y no por tratar de proteger a la sociedad legislando al vapor en Derecho penal, se violen las garantías individuales de los gobernados, no hay que olvidar que aún las personas privadas de su libertad, o sujetas a proceso, no son basura que se debe abandonar en los

centros de readaptación social, como si se tratara de escoria.

Si se diera el caso de que una persona fuese sometida a la jurisdicción de un Juez de Distrito en materia penal, al momento de dictar su situación jurídica, ¿como acreditará su probable responsabilidad? ¿cómo acreditará su forma de participación, y en su momento el dolo o la culpa? Es decir, si jurídicamente, ni materialmente no hay pruebas para acreditarlo.

¿Seguridad jurídica?

Por otra parte, el artículo 224 del nuevo código penal para el Distrito Federal en su fracción IX. Establece:

Artículo 224. Se aumentaran en una mitad las penas previstas en el artículo 220 de este Código, cuando el robo se cometa: fracción III. Encontrándose la víctima o el objeto del apoderamiento en un vehículo particular o de transporte público; VIII. Respecto de vehículo automotriz o partes de éste; IX. En contra de transeúnte.

Dicho artículo viola el principio de *exacta aplicación de la ley en materia penal*, así como los principios conocidos como *non bis ibidem* y *última ratio legis poenale*. Puesto que sin justificación alguna en la exposición de motivos del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal no aparece la razón por la cual se sanciona una misma conducta bajo diferentes denominaciones penales, que no alteran el tipo básico, ya que forman parte de este, (sujeto pasivo y objeto material de apoderamiento) de igual manera por que las partes integrantes del tipo básico de robo, (que son parte íntegra del tipo penal) el legislador local las establece como calificativas o agravantes;

Por ejemplo el “sujeto activo del delito” puede ser cualquier persona y no agrava la forma de cometerse dicho ilícito tal y como cuando se comete en contra de transeúnte, por otra parte el objeto material del delito lo es cualquier mueble, “aún y cuando se trate: Fracción VIII, artículo 224. Respecto de vehículo automotriz o parte de éste; dicha hipótesis normativa se considera

como una agravante, pero ¿de que manera altera el tipo básico dicha circunstancia?. Peor aún si tomamos en consideración que por dicha circunstancia se aumentará la pena que corresponde al tipo básico con una punibilidad adicional (se impondrá de dos a seis años de prisión, cuando el robo se cometa:...), por otra parte la fracción III del citado artículo 224 del Nuevo Código Penal Para el Distrito Federal dispone: Encontrándose la víctima o el objeto del apoderamiento en un vehículo particular o de transporte público podemos observar que la víctima (sujeto pasivo del delito) y el objeto de apoderamiento (objeto material del delito) son parte integrante del tipo básico siendo por demás claro que no se agrava la conducta por estar ya contemplada en el juicio de tipicidad que realiza el Juez al momento de individualizar la sanción, el tipo penal de robo es autónomo, por lo cual no necesita ser complementado.

El legislador local, lejos de otorgar certidumbre jurídica a los gobernados, con este tipo de disposiciones, les deja en un total desamparo, pues no es constitucional que se sancione una misma conducta, bajo diferentes denominaciones, pues como se ha insistido en la presente investigación, hay violación a garantías individuales, pues se sanciona una misma conducta de manera desproporcionada y por consiguiente inequitativa, tal y como se ha venido mencionado. Prohibido constitucionalmente por el principio non bis in ídem, consagrado en nuestra carta magna en el artículo 23.

A continuación transcribimos dicho artículo:

Artículo 224. Además de las penas previstas en el artículo 220 de este Código, se impondrá de dos a seis años de prisión, cuando el robo se cometa:

- I. En lugar habitado o destinado para habitación, o en sus dependencias, incluidos los muebles;
- II. En una oficina bancaria, recaudadora, u otra en que se conserven caudales o valores, o contra personas que las custodien o transporten;

III. Encontrándose la víctima o el objeto del apoderamiento en un vehículo particular o de transporte público;

IV. Aprovechando la situación de confusión causada por una catástrofe, desorden público o la consternación que una desgracia privada cause al ofendido o a su familia;

V. En despoblado o lugar solitario;

VI. Por quien haya sido o sea miembro de algún cuerpo de seguridad pública o personal operativo de empresas que presten servicios de seguridad privada, aunque no esté en servicio;

VII. Valiéndose el agente de identificaciones falsas o supuestas órdenes de la autoridad.

VIII. Respecto de vehículo automotriz o parte de éste; o

IX. En contra de transeúnte, entendiéndose por éste a quien se encuentre en la vía pública o en espacios abiertos que permitan el acceso público.

Cuando una disposición normativa como la arriba transcrita, considera agravada una misma conducta y retoma los elementos del tipo base, para establecer una punibilidad diferente, es decir hay dos punibilidades, la del tipo básico (artículo 220 del Nuevo Código Penal) y la adicional (artículo 224 del mismo ordenamiento) pero ojo, ambas (220 y 224 del Nuevo código penal para el Distrito Federal) con los mismos elementos del tipo, están sancionando 2 veces una misma conducta, bajo una distinta denominación, violan lo establecido en el principio *non bis in ídem* cuya traducción latina al castellano significa, "no dos veces lo mismo". El legislador local no tiene por que violar dicho principio, pues no respeta la supremacía constitucional consagrada en el artículo 133 de nuestra constitución. Es claro que dicho dispositivo legal, es inconstitucional pues, es violatorio del principio NON BIS IBIDEM, previsto en el artículo 23 constitucional de nuestra carta magna, se pretende castigar una

misma conducta, varias veces y para efectos del Derecho Penal, el legislador local retoma los elementos del tipo base, y los trata de convertir en una situación jurídica distinta, que merece una nueva sanción, en un artículo diferente al 220 y dispone que a esos mismos elementos se les aplique otra nueva sanción, saturando las prisiones del Distrito Federal. Haciendo caso omiso del principio constitucional plasmado en el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lejos de tratar de reincorporar a la sociedad a las personas que han sido sujetas a juicio, con este tipo de disposiciones, el legislador es promotor de que sea imposible la readaptación social de sentenciados, en base a la capacitación la educación y al trabajo.

CAPÍTULO 5

CONSIDERACIONES PERSONALES Y PROPUESTAS

Como lo hemos manifestado en la presente investigación el Poder Legislativo en nuestro país no tiene una idea clara de lo que es el bien jurídico, o de plano no quiere entender lo que es el bien jurídico en Derecho Penal, y sólo se limita a establecer en los Códigos Penales “conductas” a su juicio “delictivas”, no respetando los principios y reglas elementales para la creación de tipos penales o en el mejor de los casos “cuerpo del Delito”.

En el presente capítulo hablaremos de la epistemología jurídica, como una rama de la filosofía, la se ocupa del estudio de la ciencia, y que tiene bastantes elementos que pueden servir al legislador como una herramienta indispensable en su labor. Trataremos de dar un esbozo, en el cual, de ser tomado en cuenta por nuestros legisladores, sería una herramienta de mucha utilidad y se respetarían las reglas y principios elementales, en los que esta cimentado el Derecho Penal y de los que hemos hablado en el capítulo 4 de nuestra investigación.

No pretendemos que la delincuencia quede impune, pero si que se dé, seguridad jurídica a los gobernados y que resultado de ello se pueda lograr el bien común al momento de legislar y aplicar las sanciones correspondientes. Pues si no se respeta la seguridad jurídica de los gobernados muy probablemente no habrá justicia. Por otro lado, con el presente trabajo, no pretendemos invadir la esfera competencial del poder legislativo, pues es de todos sabido que tan delicada función corresponde a uno de los tres poderes de la unión, pero consideramos que tenemos el derecho, de que como estudiosos de la ciencia jurídica, con estas breves ideas, se puedan mejorar las condiciones de vida en materia de seguridad jurídica en nuestro país.

5.1. Epistemología jurídica básica.

La epistemología es una rama de la filosofía que se ocupa del estudio de la ciencia. Es pertinente hacernos la siguiente pregunta: ¿El derecho es una ciencia?, ¿El derecho sólo son normas jurídicas? la respuesta muy probablemente es que "no"¹. El derecho es el objeto de estudio de la ciencia jurídica, el Derecho no es autónomo, es un instrumento que responde a intereses económicos, sociales y políticos; que surge para controlar y legitimar, el Derecho, no solo se limita a ser normas jurídicas, pues además tiene valores institucionales intrínsecos.

La ciencia está hecha de enunciados o proposiciones que pueden ser verdaderos(as) o falsos(as) y éstos a la vez de conceptos, o normas que son válidas o inválidas.

Entonces lo que hay que saber primero es: ¿qué es la filosofía?. La filosofía se ocupa de varios aspectos y lo que nos va a interesar para efectos del tema de investigación (bien jurídico), es la filosofía de la ciencia.

Los temas básicos que se deben abordar para efectos de la presente investigación son:

¿Qué es ciencia?

¿Qué es filosofía?

¿Qué es derecho?

La discusión de ¿qué es ciencia? se dio fuertemente en los años 70' s. Surge un libro que causa gran expectación a nivel mundial: "La ciencia: su método y su filosofía" de Mario Bunge.

¹ Nadie puede ser objeto por si mismo.

A finales del siglo XIX y principios del XX, surge una Escuela, llamada Neokantiana de Badel, en donde se lleva a cabo una clasificación de las ciencias:

1.- Ciencias Formales (cuyo objeto de estudio son: conceptos o ideas)

- 1) Lógica Formal: Reglas básicas del pensamiento, nadie ha dudado de la lógica, ni de su existencia, existen de diversas ramas, como la deóntica, la simbólica, etc.

Se fundamenta en los principios de: Identidad, No contradicción y tercero excluido.

Junto a la lógica también encontramos otras ciencias formales como:

- 2) Las Matemáticas y;
- 3) La Geometría

El objeto de estudio de estas ciencias son: conceptos o ideas. Pero hay un problema filosófico: En la naturaleza no hay números o figuras. ¿Los conceptos o ideas existen o son creados por el hombre? Si existen, ¿dónde están? ¿Si son creadas por el hombre, los podría manipular?. Sin embargo, estos conceptos o ideas son peculiares porque el hombre no los puede manipular libremente. No dependen totalmente de la creación humana.

La norma jurídica está construida por conceptos. La norma jurídica se expresa a través de artículos que son el vehículo para expresar la misma norma. un supuesto (deber) y la consecuencia. Los conceptos que estructuran la norma no son cualquier concepto; son conceptos fundamentales o categorías jurídicas, categorías de pensamiento.

Ejemplo:

Categoría:

Derecho Penal → **Delito**

Por ello, la ciencia jurídica a pesar de no ser formal tiene conceptos formales.

Ciencias Físicas o naturales (objeto de estudio: fenómenos naturales)

Cada ciencia dado su objeto de estudio depende de alguna manera de las formales; como la física, la química, etc., llamadas ciencias físicas o naturales.

Una cosa son los conceptos o ideas y otra la forma en que se expresan.

Las normas se expresan por medio de los artículos. Pero “*norma*” no es igual a “*artículo*”. Una norma jurídica puede traducirse en varios artículos.

La ciencia jurídica no es formal pero participa de elementos de las ciencias formales.

Originalmente había un enfoque en el que cada ciencia estudiaba una parte de la naturaleza. Pero eso ya no se utiliza, porque ahora se tienen que estudiar de manera interdisciplinaria.

2.- Ciencias de espíritu, de la cultura, del hombre, sociales:

Llamadas también: Ciencias del espíritu, de la cultura, del hombre, sociales (como la sociología o la psicología). En estas ciencias en el objeto de estudio participa el mismo hombre. La ciencia no construye normas, las estudia. La ciencia jurídica desarrolla su propia tecnología, (técnicas, para aplicarse al caso concreto).

La ciencia jurídica estudia al Derecho, que comprende normas aunque no solo se compone de ellas. Esta ciencia forma parte de las ciencias normativas.

Solo al filósofo le interesa definir qué es la ciencia. Es la filosofía la que clasifica a la ciencia y la critica.

Todas las ciencias utilizan la razón. Las categorías son conceptos fundamentales. No todo concepto es una categoría. Toda ciencia tiene su propia categoría. En cada área del Derecho hay categorías básicas². La ciencia jurídica se relaciona por ejemplo con: la ética, que es una rama de la filosofía (cuyo objeto de estudio es la moral, que versa sobre el bien y el mal), así mismo se relaciona con la economía, y con la sociología, por mencionar algunos ejemplos.

La ciencia jurídica no participa de la "*predicción*" y "*exactitud*" que tienen las ciencias duras. Las ciencias tienen que cumplir con ciertas características de las ciencias formales, aunque no todas, para que puedan ser consideradas como ciencias.

Problema para clasificar al Derecho.

El Derecho no es una ciencia formal, aunque su objeto de estudio participa de las ciencias formales, pues las normas encierran enunciados. No es una ciencia natural, aunque los fenómenos naturales y sociales influyen en él.

La ciencia del Derecho es una ciencia que "estudia" normas; no las crea, aunque puede influir en su creación. Es una ciencia con tendencias prácticas. La ciencia jurídica no es formal, su objeto si es formal.

² Las categorías son conceptos fundamentales, cuando tenemos un imperativo categórico que es la máxima regla que rige nuestra conducta.

¿Qué es ciencia?

La ciencia está hecha de enunciados o proposiciones, la ciencia es falsa o verdadera en cambio las normas jurídicas son válidas o inválidas.

La ciencia es la: "*Explicación objetiva y racional del universo*" (Elí de Gortari).

Dicha definición es positivista, pero la ciencia jurídica es una ciencia de comprensión y demostración, más que de comprobación por lo que no puede encuadrar en la definición de Elí de Gortari, porque implicaría necesariamente la comprobación y hasta la predicción.

Debe haber contrastación con la realidad, las ciencias formales demuestran sus verdades, no hace falta probarlas, no necesitan aplicación práctica, como sucede con las matemáticas, la geometría y la lógica que demuestran sus verdades.

Como el universo está en movimiento constante, y hay un conjunto de conocimientos sistemáticos y ordenados coherentemente, derivados de operaciones racionales, el Dr. Adolfo Sánchez Vázquez, en su tratado de ética, propone la siguiente definición:

"Constante explicación v comprensión objetiva y racional del universo jurídico"

Es constante: porque se renueva continuamente, su objeto es inacabable.

Es racional: porque tiene explicación y comprensión.

Es objetiva: porque su conocimiento se comprueba y se verifica en la realidad, independiente de quien lo ha probado y puede ser demostrado y comprobado por otro sujeto.

El conocimiento de la ciencia debe ser universal y necesario; Vale en todos los casos, aunque admite excepciones.

Toda verdad es absoluta vale para todos y a la vez es relativa pues no sabemos si en otro lugar del universo sea verdadera. Si hay una constante explicación, entonces y solo entonces habrá ciencia.

A principios de siglo XX surge la Escuela Neokantiana, de la cual Ritscherd fue su exponente, así como de la lógica formal, y plantea los principios de: Identidad, no-contradicción, tercero excluido.

El principio de no-contradicción significa que una cosa no puede ser y dejar de ser a la vez, pero este principio no funciona para las cosas muy pequeñas como los átomos, que son objeto de estudio de la física nuclear.

La ciencia jurídica, es una ciencia de comprender verdades, interpretar y tiene múltiples significados.

La definición de ciencia jurídica la construye el filósofo del Derecho que estudia a la filosofía vinculada con la lógica jurídica, teoría del conocimiento y sus demás ramas.

5.2. Filosofía.

También puede ser considerada ciencia, pero es una ciencia que se ocupa de los conceptos más generales, por ello, elabora el propio concepto de la ciencia en general, porque necesita ubicar todo el conocimiento y ubicarse a sí misma. La filosofía ayuda a las demás ciencias.

La Filosofía estudia todo aquello que es común y existe en todos los procesos del universo. Las demás ciencias estudian aspectos particulares del universo.

Filosofía de la ciencia

RAMAS

Lógica formal: Estudia el pensar correctamente independientemente de que sea verdadero o falso.

Epistemología, gnoseología, teoría del conocimiento: Estudia el proceso de construcción del conocimiento.

Metodología: Es el método para llegar al conocimiento.

Filosofía analítica o del lenguaje: Estudia el lenguaje que tienen las ciencias.

Semiología o semiótica: Estudia los símbolos y signos que utiliza el hombre para comunicarse.

Interpretación o argumentación.- Aplicación correcta del juicio de valor.

Lo anterior, son las directrices a las cuales el científico del Derecho debe apegarse. La ciencia le da al filósofo los resultados para que determine la concepción del hombre y del universo.

La Filosofía del Derecho utiliza los mismos elementos, pero dirigidos a su objeto de estudio, que es el universo jurídico.

El universo está formado por procesos. Las ciencias particulares estudian un grupo de procesos, un proceso o aspectos de un proceso.

La filosofía ayuda a las ciencias para definirse a sí mismas y ubicarse. La ciencia en general es formulada por la filosofía.

Hipótesis.

Las mismas semejanzas, diferencias y relaciones que se establecen entre la ciencia en general, la filosofía y todas las demás ciencias, son posibles de ser construidas, adaptadas y establecidas en todos los demás ámbitos científicos.

Con base en esta hipótesis se obtienen 3 definiciones básicas para esta área:

- 1) Ciencia jurídica
- 2) Filosofía del Derecho
- 3) Ciencias particulares

En toda área científica es necesario filosofar, ya que es necesario llegar a los conocimientos más generales.

Ciencia jurídica: Constante explicación y comprensión objetiva y racional del universo jurídico. No es sólo el derecho, sino todo lo que se le relaciona.

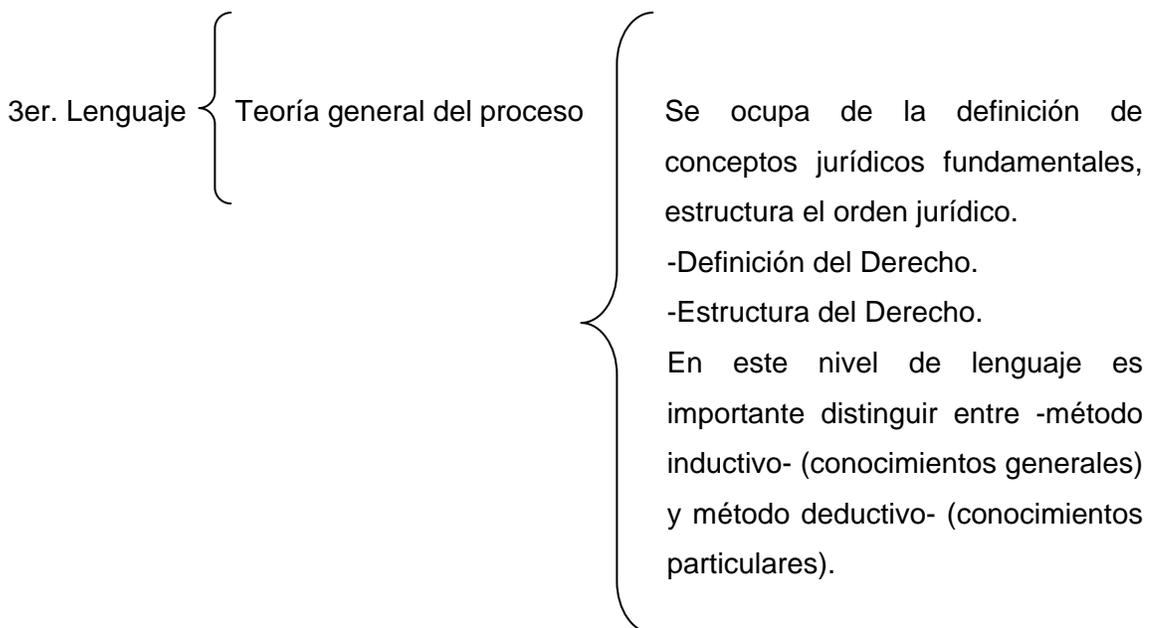
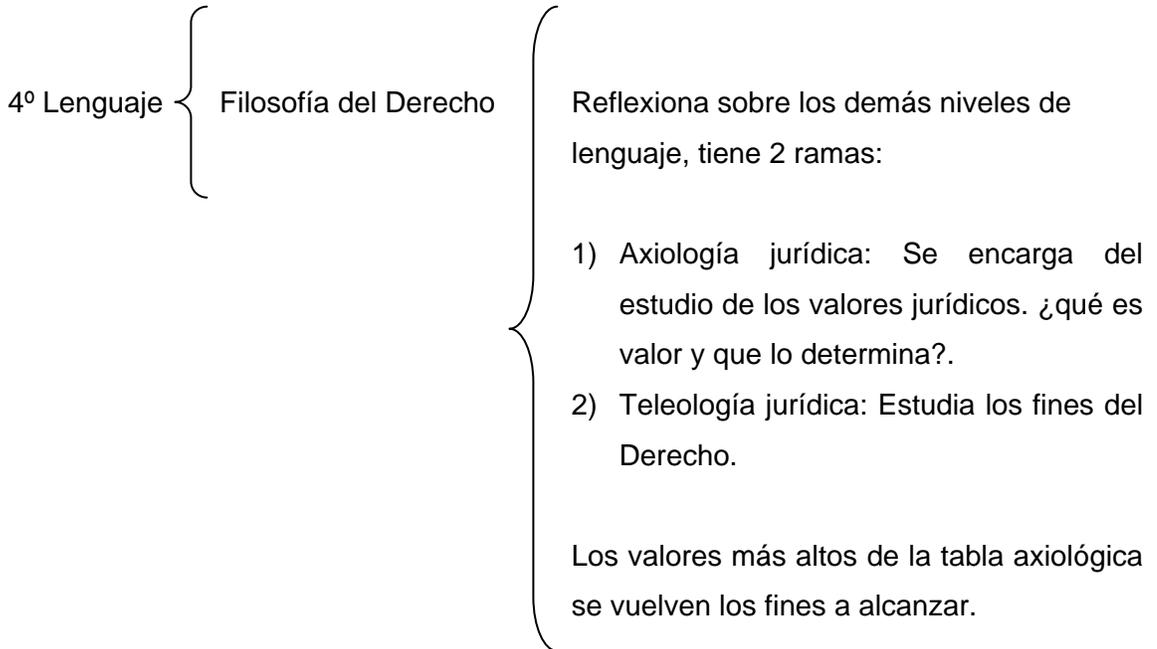
Filosofía del Derecho: Estudia los aspectos más generales del universo jurídico. Construye la definición de ciencia jurídica.

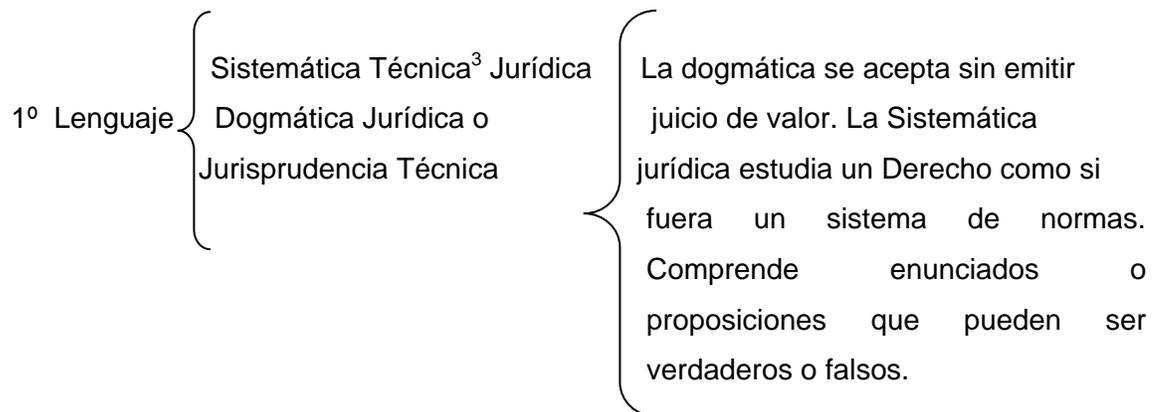
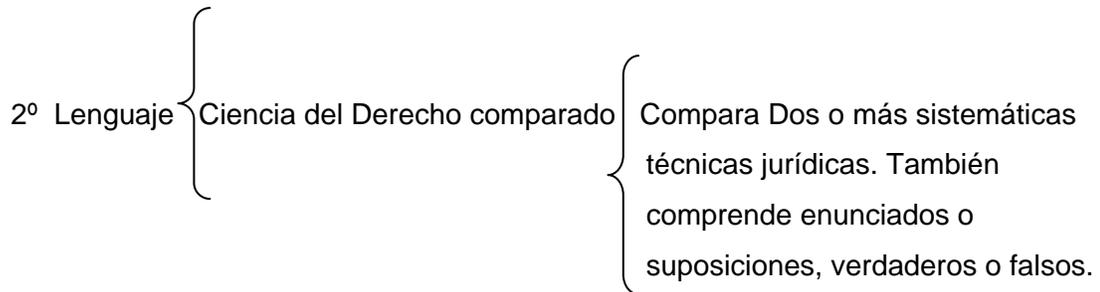
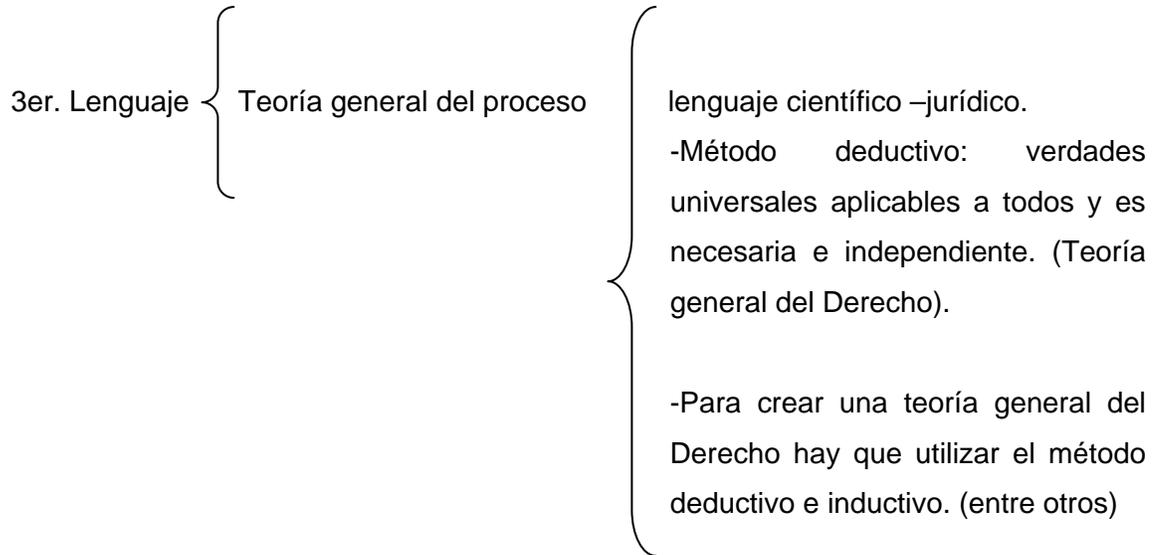
Demás ciencias jurídicas: Aspectos particulares del universo jurídico.

Una definición de ciencia en general engloba a la filosofía y a las demás ciencias. La filosofía del derecho define a la ciencia jurídica. El filósofo del Derecho determina o establece el objeto del Derecho.

El Derecho puede ser explicado a través de sus diversos lenguajes para llegar así a la ciencia jurídica y son:

Lenguajes que explican al Derecho – universo jurídico:





³ La técnica jurídica, se refiere a los grandes problemas de aplicación del Derecho positivo.

Los 6 problemas de aplicación del Derecho positivo y de los cuales se ocupa la técnica jurídica son:

- 1.- Interpretación.
- 2.- Integración o lagunas del Derecho.
- 3.- Conflicto de leyes en el tiempo (retroactividad o ultra actividad).
- 4.- Conflicto de leyes en el espacio (territorialidad o extra – territorialidad).
- 5.- Vigencia del Derecho.
- 6.- Antinomias o conflictos de contradicción de leyes jurídicas.

El lenguaje gramatical requiere precisión, gracias a ello se puede construir otro lenguaje, que se llamara a la postre “Derecho”, (normas que regulan conducta).

El Moderador óptico: ordena la conducta (valen o no valen). Respecto de la conducta, Ordenan (prohíben o mandan), permitirla (negarla, permitirla), autoriza o faculta.

5.3. Cuatro modos de filosofar.

1º, Cosmovisión.

Como su nombre lo indica, una visión de todo lo que nos rodea y de nosotros mismos. Principio explicativo de todas las cosas, primer modo de filosofar. Así empieza en Grecia con los primeros filósofos: Principio explicativo de todas las cosas, para Tales de Mileto lo era (el agua) para Anaximandro (lo indeterminado es el principio de todas las cosas), para Anaximenes (el aire).

2º, Perspectivismo.

Consiste en que también los filósofos determinan que todo se explica a través de una cierta óptica y que la realidad puede ser vista desde diversos puntos de vista. Por ejemplo la Explicación delimitada. Uno de los Representantes más

importantes del Perspectivismo fue Carlos Marx, *“no es tu conciencia lo que determina tu realidad; sino tu realidad la que determina tu conciencia”*. La filosofía depende de la perspectiva. Con Marx, tiene un cambio importante porque antes solo se contemplaba y ahora se pretende cambiar las cosas, se convierte en una ideología de cambio con bases. La importancia es incidir en la realidad, cambiar la realidad.

3º, Filosofía analítica o filosofía del lenguaje.

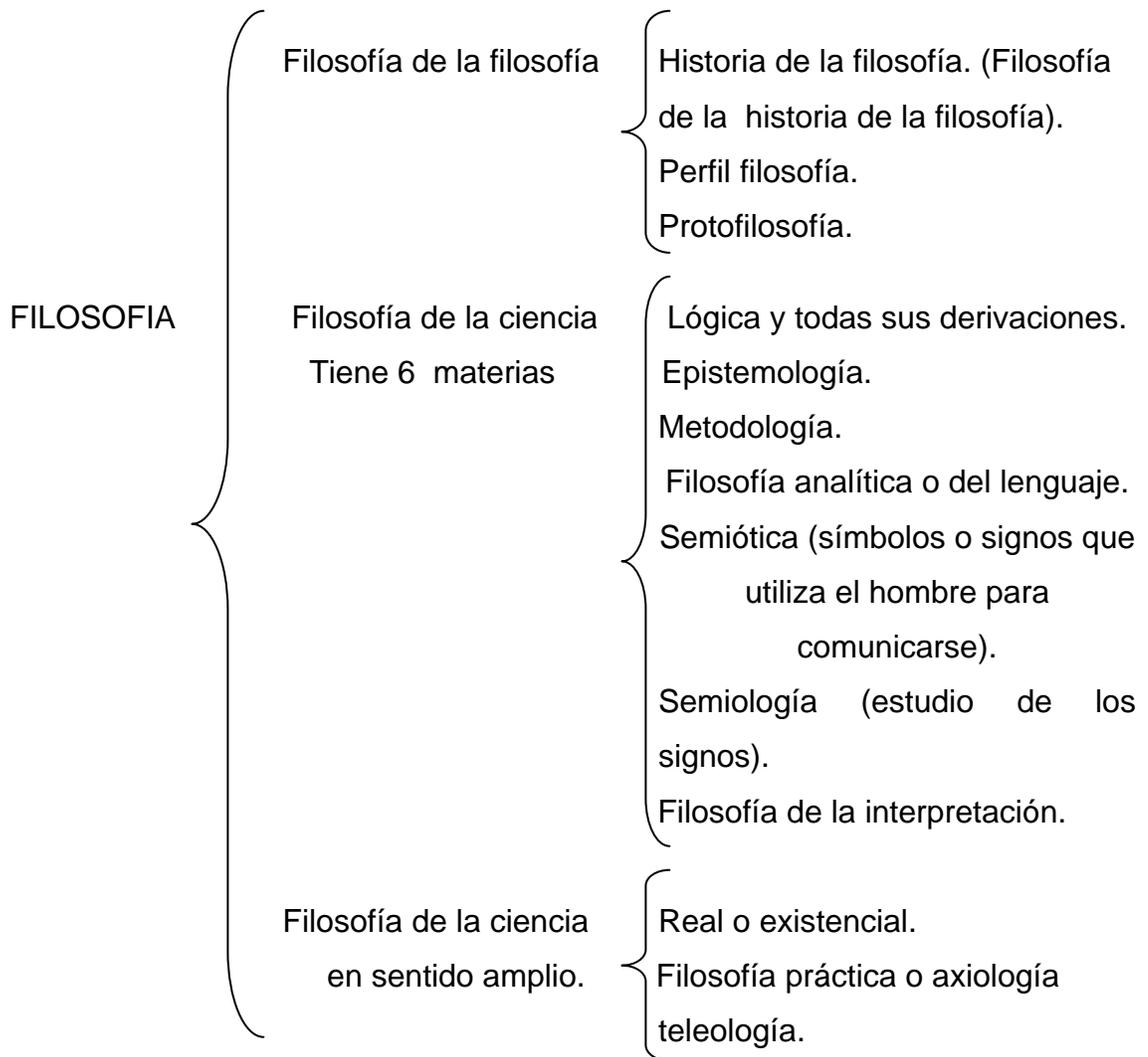
Representantes más importantes: Bertrand Russell, Carnap, Beignestein, ellos dicen:

- 1.- La filosofía no tiene que explicar todo lo que nos rodea porque para eso están las ciencias que explican la realidad;
- 2.- La filosofía no tiene porque estar cambiando la realidad porque para eso está la política.
- 3.- La filosofía va a estudiar los diversos lenguajes científicos porque muchos problemas filosóficos estriban en un mal planteamiento del lenguaje, estudia los lenguajes para que no haya ambigüedades ni contradicciones, estudia tanto el lenguaje filosófico como el científico. Estos filósofos encuentran que hay tres niveles del lenguaje: Sintáctico, Semántico y Pragmático.

4º , Filosofía de la interpretación y de la argumentación.

Pasó de la modernidad a postmodernidad. Hay un gran proyecto que se inicia a partir de la Revolución Francesa, que es, a través del conocimiento como el hombre va a progresar, se va a desarrollar y si progresa y se desarrolla vienen las bondades para todos. Esos grandes relatos de la modernidad son una mentira y se pone en duda que ese progreso y desarrollo -no- se da y aparece la filosofía de la postmodernidad y se va a negar la misma filosofía, haciendo nuevas interpretaciones, existen otros que tratan de defender este proyecto de la postmodernidad creando soluciones, en este momento nos encontramos:

Cuadro de disciplinas filosóficas:



1.- La filosofía de la filosofía.

(Es una reflexión que la filosofía hace de si misma), y tenemos a la historia de la filosofía y luego existe una filosofía de la historia de la filosofía en donde se estudian los impactos reales de los filósofos en la realidad.

a) La historia de la filosofía. Consiste en ver como los filósofos han influido en la sociedad.

b) La Perfilfilosofía.

Se hacen clasificaciones de la filosofía es decir se estudian las diferentes filosofías y sus bases.

c) La Protofilosofía.

Hace el estudio de los factores y supuestos de los que parte cada filósofo. Por ejemplo: En Platón lo que se resalta son las ideas, etc.

2.- Filosofía de la ciencia (hay seis materias):

Lógica, epistemología, metodología, semiótica, filosofía de la interpretación. filosofía analítica o del lenguaje. Su finalidad es establecer y desarrollar constantemente las bases del conocimiento científico y servir mediante sus ramas de instrumento a toda investigación científica y por ende a todas las ciencias. Las bases del conocimiento científico son las de realizar los principios fundamentales de los que parte toda ciencia llamados postulados, revisar los pasos del método científico, examinar el lenguaje que utilizan todas las ciencias y desde luego un riguroso análisis de la interpretación que lleva a cabo cada ciencia.

3. Filosofía de la ciencia en sentido amplio.

Tenemos a la: filosofía real o existencial (comprende dos materias):

* Metafísica.- algo que esta más allá de la física, algo que no captan nuestros sentidos; y termina en aseveraciones como Dios, Ángeles, el alma, etc.

* Ontología.- no recurre a entidades abstractas para explicar lo que es el ser humano, trata de explicar al hombre. Ambas se encargan de estudiar al ser (la metafísica y la ontología, y ambas a la vez son diferentes).

Comprenden: *La Cosmología (todo lo que rodea al hombre). *Antropología filosófica y esta comprende: * Filosofía de la psicología; se reproduce otra vez el cuadro porque al ser hombre quien crea la filosofía y la ciencia. *Axiología: rama de la filosofía que estudia los valores. La axiología no tiene una definición de

"valor"; más bien, parte de señalar lo que no es valor. Teleología: rama de la filosofía que estudia los fines.

Filosofía de la ciencia.

Su fin es establecer y desarrollar las bases del conocimiento científico y servir, mediante sus ramas, de instrumento a toda investigación científica y, por ende, a todas las ciencias. Se ocupa de revisar los principios fundamentales o postulados, que son las bases del conocimiento científico. Revisa, también, los pasos del método científico. Examina el lenguaje que utilizan las ciencias. Un riguroso análisis de la interpretación que lleva a cabo cada ciencia. La filosofía de la ciencia no se reduce a ninguna de sus seis ramas no es la Lógica, no es la metodología, no es la epistemología.

5.4. Problemas de la teoría del conocimiento.

1) ¿Qué es el conocimiento y cuál es su estructura? (Cómo un sujeto conoce a un objeto).

2) ¿En qué se funda el conocimiento?

¿Cuáles son las condiciones, alcances y límites de nuestra razón? (Kant, en la Crítica de la razón pura, nos dice: *“Es la razón pura porque es el examen que lleva la razón a analizar sus condiciones alcances y límites”*, parte del examen que lleva la razón de sí misma).

3) ¿Es posible el conocimiento? Aquí aparece el escéptico.

4) Si es posible, ¿cómo será ese conocimiento? ¿parcial o total? ¿condicionado o incondicionado? ¿absoluto o relativo? ¿causal, probable argumentativo, explicativo, comprensivo?.

Escepticismo.

Duda que sea posible el conocimiento y por lo tanto pone en duda cualquier clase de objetividad. Hay un escepticismo radical y absoluto no es posible el conocimiento y pongo en duda todo lo que me digas. Este escepticismo lleva en si mismo su propia contradicción porque al negar la posibilidad de conocer al menos ya se conoce algo, ya parte de un primer conocimiento. Siempre hay un escepticismo relativo que exige reglas para conocer y obviamente se parte de que el conocimiento esta limitado o ciertos supuestos. No puede haber verdades absolutas o bien toda verdad es absoluta dentro de ciertas condiciones establecidas.- todo conocimiento esta aceptado dentro de ciertas condiciones.

Dogmatismo.

Afirma que el conocimiento no solamente es posible sino que se llega a tener un conocimiento (de las cosas de manera directa e inmediata. Las cosas se conocen tal como se muestran. Kant lo llama "*intuición inteligible*". Afirma que todo se puede conocer⁴. La epistemología tiene conflicto con la metafísica o en su caso con la ontología. Una es la teoría del conocimiento y la otra la teoría de la realidad. La teoría de conocimiento plantea qué es conocimiento y cómo se conoce, y la segunda que es lo que se va a conocer.

Se da la relación sujeto cognoscente y objeto de conocimiento, y cómo se relacionan. Este esquema lo propuso la escuela de la fenomenológica, Husserl⁵, en el cual el sujeto se refiere a opuesto a lo subjetivo, (idealismo), en cambio lo dado es el objeto (realismo).

⁴ La ciencia jurídica requiere diferenciar entre describir y prescribir. Los enunciados deónticos pueden ser validos o inválidos, Y los hechos en tanto son verdaderos o falsos.

⁵ Hay que tomar en cuenta que no se refiere a alguien en particular ese esquema de la teoría del conocimiento, el sujeto necesita tener una representación del objeto y aprenderlo.

El problema se da en:

¿Qué es lo que pone el sujeto en el proceso de conocimiento?

¿Qué es lo que se le da en ese proceso de conocimiento?

Si hacemos prevalecer al sujeto vamos a tener subjetivismo y entonces vamos a tener nuestro primer problema; y si hacemos prevalecer al objeto vamos a tener objetivismo.

Cuando prevalece el subjetivismo se aportan ideas o conceptos, en tanto que el objetivismo aporta la realidad.

5.5. El problema de los universales.

Se refiere a los conceptos más importantes, se llaman categorías o conceptos fundamentales. Su función es que deben ser:

Universales- valen para todos los casos.

Necesarios- no depende de ningún conocimiento.

General- vale para la mayoría de los casos.

Las categorías de espacio, tiempo y calidad nos ayudan a ordenar nuestros pensamientos. ¿Existen las categorías? ¿Cómo sabemos que existen?

A finales de la edad media los conceptos o ideas eran la forma en que nos representábamos las cosas en la mente. En el renacimiento los conceptos o ideas son concebidas como el resultado de la actividad del sujeto cognoscente. Descartes y Bacon, comienza el predominio del punto de vista epistemológico, confrontando a la ontología y la metafísica, que constituyen un problema de la teoría del conocimiento.

Alexander Pfander, clasifica conceptos e ideas, y hay un punto en donde se pueden distinguir los conceptos ideales y según Kant hay una distinción entre concepto que es la categoría e ideas que son trascendentales, como libertad, dios, alma. (Metafísica).

Teoría del conocimiento

Platón:

Para Platón hay dos mundos:

- 1) Ideas.- El mundo de lo inteligible, formas, conceptos, arquetipos, modelos perfectos, inmutables eternos, son universales, "antes de". Existen en sí mismos. Ejemplos: Los números, los valores, el alma. Mundo trascendente.- más allá de lo que percibimos. Mundo objetivo.- La posición es la de un "Realismo objetivista".
- 2) Mundo real o sensible, falso, copia. Existe lo concreto, lo singular, la multiplicidad, el cambio.

Platón separa el problema de lo uno (ideas ó estático) y de lo múltiple (sensible ó de cambio). Señalaba que el cuerpo es la cárcel del alma. El mundo "de las ideas se conoce mediante; la idea, la reminiscencia. "Lo explica así en el Mito de la Caverna" es el filósofo que a través de la experiencia (recuerdos) quien comunica y explica la realidad, da a conocer el mundo a través del mundo de las ideas, es decir, se recuerdan conceptos e ideas y los trae a la realidad⁶.

⁶ Para los griegos en el mundo irreal hay multiplicidad, cambios, y en el mundo ideal hay unidad.

Aristóteles

Rechaza el mundo de las ideas de Platón. La escuela de Aristóteles se conoce como "Liceo". Señala que el cuerpo no es la cárcel del alma. No hay un mundo de las ideas, ni separación entre lo uno y lo múltiple, sino estos forman un ente.

El método que utiliza es: Preguntarse por las causas de las cosas. Para él hay 4 causas:

- 1) Formal: Universales, hombre-justicia, procesos de inteligibilidad.
- 2) Material: Da contenido a lo formal; principio de inducción.
- 3) Eficaz, Eficiente: explica el movimiento potencial al acto (libertad).
- 4) Final: Lo que se pretende alcanzar.

Entonces las ideas y los conceptos existen y los traemos a nuestra mente a través de la abstracción. La abstracción es la que llega a una conclusión. Introduce la idea del primer motor que mueve sin ser movido, que ese el principio de causalidad.

Los universales están en las cosas, es muy importante el paso de la potencia al acto. Ejemplo: el alma es la potencia del cuerpo. Es muy importante saber que hay grados de abstracción:

- El Físico
- El matemático
- El metafísico⁷

Abstracción: Poner algo aparte, separar, sustraer una característica, o bien

⁷ El nombre de metafísica se lo puso Andrónico de Rodas, quien también organizó los apuntes del Liceo de Aristóteles.

encontrar una cualidad común a varios objetos. (La esencia de las cosas).

Hay dos clases fundamento:

1) Fundamento: Histórico, genético, temporal, cronológico. Mostrar la génesis de las cosas, cómo se originaron, como surgieron.

2) Fundamento lógico (Aristóteles) que tiene dos características: los principios cuantitativos que se refieren a que el todo es la simple suma de las partes y principios cualitativos que se refieren que el todo tiene propiedades distintas a las de cada una de las partes. (principio de la lógica) Este fundamento ordena al histórico.

El Derecho tiene que ser definido como sistema. Tiene propiedades que no están en sus partes.

Descartes

Es conocido como el padre de la filosofía moderna. Isaac Beckman motivo a descartes, pues en Holanda estableció un cartel con un problema matemático, el cual fue resuelto por Descartes.

Descartes pensaba que el universo podía ser explicado matemáticamente. De aquí surge otra corriente: El mecanicismo. (que es la explicación del universo como una máquina).

Con él surge el problema de la epistemología y de la metodología. ¿Cuál es la teoría del conocimiento adecuada y cuál es el mejor método para conocerlo? Desde ahí empieza la búsqueda por el conocimiento. Principios evidentes en sí mismos y que la ciencia debe descubrir.

Duda de todo lo anterior, de lo único que no duda es de que piensa, que hay un principio eminente. Utilizando la famosa frase: "Pienso, luego existo".

Descartes destruyo un mundo de creencias porque ahora lo único de que no se dudaba es de que pensamos. Todo está en el pensamiento, nuestra mente. Es un idealismo de carácter subjetivista. Establece que hemos puesto en duda y todo depende de nosotros.

También se conoce como conceptualismo. En Grecia ya había existido un antecedente: Protágoras. Por eso, para Descartes el principio de todas las cosas soy yo. Se construye a partir de la intuición. El problema de Descartes ahora es explicar la realidad y marcar los límites de la razón. y encontrar principios que sean evidentes en sí mismos. También hay cierto innatismo, se nace sabiendo, hay ideas que ya existen y que ya las traemos en nuestra naturaleza. Las ideas tienen que ser claras y distintas.

Método de descartes

1.- No aceptar nada por verdadero a menos que lo conociera por evidencias, es decir, no incluir nada en mis juicios salvo lo que se presenta clara y distintamente. A la mente La claridad y la distinción son los dos criterios para saber cuando tengo una idea evidente por sí misma. Una idea es clara y distinta cuando ya no se puede poner en duda y se puede distinguir de todos los demás objetos.

2.- Dividir cada una de las dificultades examinadas en tantas partes como pudiera y en cuantas fuera necesario para resolverlas bien.

3.- Ordenar mis pensamientos comenzando por los más simples y fáciles de conocer, para pasar a los más complejos.

4.- Hacer siempre recuentos tan completos y revisiones tan generales de tal modo que puedan estar seguros de no omitir nada. (Primera visión, son clasificatorias, es volver a reconstruir, es síntesis volver a armar) Es volver a sumar todo.

Con Descartes se hace evidente el problema del dualismo. El más evidente es entre la mente y la materia, no exterior, sino del propio cuerpo. La mente es inextensa, indivisible; la materia es extensa y divisible, sujeta a las leyes de la física por lo tanto hay una mente incorpórea alojada en un cuerpo mecánico.

¿Cómo se conectan cuerpo y mente? Para Descartes fue la glándula pineal (pituitaria), pero no resolvió el problema.

Nominalismo

Corriente contraria al realismo e idealismo. La desarrollan: Pedro Abelardo, Guillermo de Ockham.

Se afirma que los universales no tienen existencia. Son solo nombres o palabras. Lo que existen son individuos y sus propiedades sensibles. Los universales son "*post-rem*" (después de la cosa). Afirman que los demás filósofos duplican las entidades.

5.6. Filosofía moderna.

Hay 2 corrientes que se encuentran entre sí: empirismo y racionalismo. El problema radica en ¿Cuál es la teoría del conocimiento y cuál es el método adecuado para conocer?

<u>EMPIRISMO</u>	<u>RACIONALISMO</u>
<ul style="list-style-type: none"> - Utilizan el método inductivo. <p>Los empiristas en el proceso de conocimiento sostienen que lo mas importante es:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Lo dado por los sentidos, por la experiencia interna. (lo que nos brindan nuestros sentidos). - Que todo conocimiento deriva de los sentidos, que ahí empieza todo el conocimiento. <p>-Todo conocimiento tiene que ser confirmado por los sentidos.</p> <p>-No hay una realidad que la que es accesible a los sentidos (afirmación ontológica).</p> <p>-Se oponen a toda la filosofía racionalista por ser especulativa y metafísica.</p> <p>-Todo conocimiento tiene que ser observado, descrito y verificable.</p> <p>- Se ocupan de la formulación del lenguaje científico.</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Utilizan el método deductivo. - Autores principales: Descartes, Espinoza, Wolf, Malebranch. <p>En el racionalismo: se sostiene que en el proceso de conocimiento lo mas importante lo que valen son las ideas, que proporcionan la razón. el problema es que algunos consideran a las ideas como innatas, que se nace sabiendo para expresarlo nada se haya en el intelecto que no estuviese antes en los sentidos, salvo el propio intelecto. (Leibniz).</p> <p>Se le llama también racionalismo continental.</p> <p>Kant discípulo de Wolf formado en el racionalismo, impresionado por la física newtoniana veía que la metafísica no funcionaba del todo y al respecto señala que Hume lo despertó de su sueño dogmático, el problema que encuentra radica en que la filosofía se ha desarrollado en forma análoga con la concepción de la tierra dentro del universo, por el planteamiento de que el objeto determina el objeto de conocimiento. Kant establece que si ponemos a la tierra a girar en vez de pensar, que la tierra es el control del universo, en la ciencia hay que poner a girar al espectador volteando a la filosofía y expresa: <i>“no hay duda que todo conocimiento comienza con la experiencia, por consiguiente en el orden temporal ningún conocimiento precede a la experiencia y todo conocimiento comienza con ella y hace referencia al fundamento al sentido histórico, genético, cronológico y temporal”</i>. Existe un conocimiento independiente la experiencia de los sentidos, llamado apriori. Para kant el conocimiento apriori es antes de y el aposteriori que es, después de. A priori es un conocimiento universal, puro, formal y necesario. Vale para todos los casos y tiene un fin el de ordenar lo a posterior, es decir, el conocimiento que me brinda la experiencia. Una de las mayores aportaciones de Kant radica en lo que aporta la razón al proceso del conocimiento con la Crítica de la Razón Pura la razón es el tribunal, ante el cual es juzgada la razón misma, cuáles son sus limites y facultades, investigar todo el conocimiento a priori en</p>
<p style="text-align: center;">Autores representativos:</p> <p>FRANCIS BACON, HOBBS, LOCKE, HUME: caracterizan la explicación del conocimiento.</p> <p>Explicación del conocimiento que es genética: ¿cómo surge el conocimiento?</p> <p>Respuesta: Para explicarlo se habla de 3 conceptos claves: 1)sensaciones, 2)impresiones, 3) ideas.</p> <p>En el siglo XX surge una corriente muy importante llamada empirismo lógico o positivismo lógico que derivo en la filosofía analítica (o del lenguaje) y cuyos representantes formaron lo que se conoció con el nombre del circulo de Viena Austria entre los que destacan: Kelsen, Russell, Peano, Whitehead, Shumpeter, Shoereger, Fregue.</p> <p>El empirismo parte de tres postulados:</p> <p>1.- Se opone a la filosofía racionalista por ser</p>	

<p>especulativa y metafísica.</p> <p>2.- Todo conocimiento debe ser verificable y comprobable.</p> <p>3.- Formulación de un lenguaje científico como visión perspectiva y analítica</p>	<p>donde no interviene la experiencia porque es puro. Lo a priori puro tiene la característica de que es formal y puede aplicarse a cualquier contenido además de que no deriva de otro, por eso es necesario, puesto que la experiencia nunca otorga a sus juicios universalidad ni es necesaria sino sólo supuesta, comparativa y general parte de la inducción.</p> <p>Toda filosofía (filosofía moderna) se refleja en los filósofos del derecho existe un problema epistemológico y metafísico se enfrentan dos corrientes del pensamiento empiristas y racionalistas.</p>
---	---

Quien resuelve el problema entre las dos posturas o escuelas es Kant. Para Kant la cosa en sí o noúmeno (noúmeno) es algo incognoscible, este concepto es de los más criticados, porque las cosas se aparecen y nunca podemos conocer la cosa en sí misma por lo que se necesita del noúmeno porque se está creando la realidad.

Kant introduce en el noúmeno, lo que no podemos conocer.

1.- Paradójicamente algo que tampoco pasa por los sentidos son ciertas ideas por ejemplo: ideas de dios.

2.- El concepto (noúmeno) es lo más criticado en Kant.

Las cosas se aparecen como fenómeno, nunca podemos conocer la cosa en sí misma, se necesita del nóúmeno que consiste en lo que no podemos conocer a través de los sentidos, sino de ciertas ideas empezando con la idea de Dios, porque se esta creando realidad, y el nóúmeno es el soporte de la cosa física.

Al respecto Jorge Federico Hegel hace una critica manifestando que:

Todo lo racional es real

Todo lo real es racional

Es decir, que quitemos la cosa en sí, lo que se me aparece. Porque el nóúmeno finalmente se refiere a los aspectos que no puedo conocer.

Criticas a la razón pura.

La crítica de la razón pura es el portazo a dios. Porque a dios no le podemos aplicar la temporalidad. Críticas a Kant de sus contemporáneos:

1) Friederich Jacouvi. Sin la cosa en si no se puede entrar a la crítica de la razón pura, pero la cosa en sí no sirve, pues lo importante es lo que se va a conocer.

2) karl Leonhard Reinhold. Este autor intento superar el dualismo entre la forma y la materia, es la conciencia el principio único y fundamental donde se unen materia y forma, la cosa en sí queda reducida a un puro concepto que necesita razón.

3) Ernst Gottob: Schulze: El criticismo de Kant da un salto indebido desde el pensar al ser sin demostrarlo, porque después de haber establecido que algo para ser pensado tiene que ser pensado en cierto modo determinado (ubicación espacial y temporal), concluye por lo tanto que existe de ese modo, es decir, así como lo pienso así son las cosas, pero esto no es verdadero según Ernst porque de lo que pensamos Kant da un salto al ser porque lo que de lo que se piensa no se desprende el ser.

5) Crítica al idealismo: De lo que pensamos damos un salto al ser, pues no porque lo pensamos lo es. puesto que una cosa es así y uno de otra forma- lo cognoscible demuestra lo incognoscible y hay una contradicción porque por un lado se dice que no se puede conocer la cosa en sí y por otro lado que para conocerlas tiene que ser de cierto modo para que lo sean y entonces sí son conocidas las cosas en sí.

6) Salomón Maimón: Kant lo consideraba su mejor alumno. "La conciencia se determina a sí misma determinando su propio objeto de conocimiento". El método determina el objeto del conocimiento. Todo está concentrado en la mente humana. Lo importante es si lo pensado es objetivo, seguir las reglas de la lógica, que cualquier otro sujeto lo pueda realizar. Lo importante es como se determina la realidad dentro del ser. "Lo que es objetivo, lo dado, no puede tener causa externa a la conciencia, fuera de ella no hay nada, tampoco puede ser su producto, la conciencia se determina por otra conciencia que es indeterminada tarea total de la conciencia es estarse determinando.

Escolástica

Escuela filosófica que se desarrolla en la Edad Media. San Agustín es su iniciador. Adapta las enseñanzas de Platón. El siguiente exponente es Santo Tomás.

Desde el punto de vista jurídico sostiene que hay 3 derechos:

- 1) Derecho divino: sólo Dios lo conoce
- 2) Derecho natural: es la participación que tenemos del derecho divino.
- 3) Derecho vigente: es el creado por el hombre. Su finalidad debe ser siempre el bien común y por quien tiene a su cuidado la comunidad. Santo Tomás acepta el tiranicidio para el mal gobernante.

Como método, implica usar los métodos de Platón, Aristóteles, San Agustín y Santo Tomás. La escolástica también tiene relevancia por el tema de los derechos humanos.

Positivismo.

Se considera a Augusto Comté (1798-1857) el padre del positivismo y creador de una nueva filosofía y de la sociología

Su proyecto es cambiar a la sociedad a través del saber y del método, que es el inductivo. Piensa que el positivismo debe terminar en una religión de la humanidad, que es la ciencia, con principios como los de orden, progreso y libertad.

1.- Comté empieza desarrollando una filosofía de la historia para mostrar la necesidad de que se llegue a una filosofía positiva que imperará en el futuro.

2.- El segundo paso es una clasificación y fundamentación de las ciencias.

3.- tercer paso es una sociología o doctrina de la sociedad, que va a permitir pasar de una reforma práctica a una reforma religiosa, a la religión de la humanidad.

Comté lanza la ley de los 3 estadios por lo que ha pasado la humanidad y va desarrollando un progreso hacia lo positivo. Comté lanza la ley de los 3 estadios por lo que ha pasado la humanidad y va desarrollando un progreso hacia lo positivo.

1er. Estadio: Teológico. Todos los fenómenos de la naturaleza y lo que rodea al hombre son explicados por una multiplicidad de seres sobrenaturales, que pueden ser dioses o demonios.

2º. Estadio. Metafísico. El primer momento es el monoteísmo. Se llega al pensamiento de que existe un solo Dios. En el segundo momento (Idealismo Absoluto) se prescinde de este Dios y se pasa a principios e ideas abstractos. Por ejemplo: Hegel con el espíritu absoluto (el que se despliega a través de la historia y se encuentra a sí mismo).

3er. Estadio: Positivo. La investigación de los fenómenos va a ser llevada a cabo ahora mediante sus relaciones. El positivismo es anti-metafísico y anti-idealista. Positivo quiere decir cierto, efectivo, verdadero. Las verdades se fundan en hechos y realidades concretas, es decir, accesibles a los órganos de los sentidos (continuación del empirismo). Todo lo que es dado a los sentidos tiene que ser comprobado. No es solo una mera forma de organizar las ciencias; quiere convertirse en un estado total que se funde en el orden y la jerarquía. El poder espiritual estaría detentado por los sabios y el poder temporal por los industriales.

Antes, las preguntas clásicas de la ciencia eran: ¿Qué?, ¿Por qué? y ¿Para qué? Sin embargo, el positivismo ahora se pregunta ¿cómo opera? ¿Cómo funciona? Esto da lugar a lo que se conoce como operacionalismo o convencionalismo. Por ejemplo: no me digas qué es un átomo; dime cómo opera, cómo funciona. Esta corriente seguirá con el empirismo lógico, el neopositivismo y el Circulo de Viena. El positivismo de Comte invadió la ciencia jurídica. El positivismo jurídico se divide en tres movimientos:

1) Positivismo Jurídico Simple.

Se utiliza el método "inductivo" (de lo particular a lo general). Se debe observar, describir, contrastar y generalizar. El positivismo jurídico simple fracasó por tres razones:

a) Se importaron conceptos e ideas de las ciencias naturales, como los de "sistema", "órgano", "causalidad", "cuerpo", etc. Estas eran ajenas al objeto de estudio (derecho).

b) Como aplicaron el método inductivo, cada rama y estudioso del derecho hicieron su teoría. Surgieron varias teorías particulares del derecho (división). Sin embargo, también empieza el tema de la teoría general del derecho.

c) Para poder estudiar al derecho no es suficiente el método inductivo. Es necesario aplicar también el deductivo.

Con este fracaso del positivismo simple en el área de las ciencias sociales, surge una crisis.

Eclecticismo: Une conceptos de las corrientes de las escuelas que estudia, pero no resuelve las contradicciones existentes. Kant no es ecléctico al conciliar el empirismo con el racionalismo, porque él trata de solventar las contradicciones existentes.

Normativismo jurídico, Kelsen.

Con el fracaso del positivismo jurídico simple se retorna dos siglos atrás a la problemática entre racionalismo y empirismo (cómo se conoce). Se basan ahora en Kant regresando a su lectura, creándose así el neocriticismo o neokantismo o poskantismo, surgiendo las escuelas de Marburgo y Baden, que dan origen a la escuela de Viena que se convertirá en el Círculo de Viena.

Así la escuela de Marburgo se basa en la crítica de la razón pura (ciencia) mientras que la escuela de Baden se basa en la crítica de la razón práctica (valores). Los principales problemas son: teoría del conocimiento para conocer al Derecho y el método que debe utilizarse.

Sociología jurídica (Weber, Durkheim)

Escuela de Marburgo (1900-1914). Fundadores: Herman Cohen, Raul Nartop, Rudolph Stammler y Ernest Cassiner.

Autores influenciados: Nicolai Hartman, Del Vecchio, José Ortega y Gasset y García Moreno.

Ojalá que con la presente investigación se pueda subsanar este gravísimo error.

Durante la presente investigación, pude constatar que no bastó un solo

método, sino la utilización de varios. Lo mismo sucedió con los autores.

5.7. Propuestas.

El principio de seguridad jurídica lo podemos entender como la garantía individual de los gobernados consagrada a nivel de carácter constitucional, de donde deriva el encauzamiento de la autoridad estatal dentro de los márgenes de la constitucionalidad y la legalidad, es decir, la obligación de que la autoridad se apegue en su actuación a leyes que le autoricen actuar y sólo dentro de los límites y ante los supuestos en donde se faculte esa actuación, sobre todo en la materia penal donde prevalece además el principio de plenitud hermética y el de ultima intervención.

En otras palabras, la garantía de seguridad jurídica implica el deber para la autoridad de actuar en riguroso acatamiento a lo establecido en la ley.

Es común leer o escuchar que los fines del Derecho se concretizan en las ideas de justicia y seguridad jurídica como presupuestos del llamado bien común. Creemos acertada tal aseveración puesto que efectivamente la justicia y la certidumbre jurídica tienen un lugar relevante en el desarrollo de la vida social.

En consecuencia no resulta admisible la existencia de sistemas jurídico-políticos en los que impere la inseguridad o incertidumbre respecto de las normas jurídicas, pues de ser así se impide al gobernado el acceso pleno a un autentico estado de Derecho y justicia.

Estimamos que el bien común, que debe ser el fin de la creación legislativa misma, conlleva a que los creadores de la ley, observen a cabalidad tal principio y el conocimiento indispensable para cumplir con esa función en miras de una autentica necesidad de la colectividad, es decir, el legislador esta obligado a fortalecer con su obra jurídica el sistema de Derecho para el mejor y debido desarrollo de la comunidad, más no como una mera actividad inmediata

e irresponsable, dejando en manos de personas que no alcanzan a comprender (o no quieren hacerlo) la verdadera problemática social a la que la norma esta dirigida.

Es evidente que en el proceso de creación y modificación legal deben tomarse en cuenta, además de la realidad social a la que se dirigen, con todas sus implicaciones, aspectos tales como los siguientes: a) Lo determinante del lenguaje legal; b) La estructuración de los artículos legales y la sistematización de un texto.

La existencia de leyes en que se contengan conceptos no exactamente concretizados o de categoría unívoca, pueden calificarse como conceptos extra positivos que permiten interpretaciones de contenidos muy distintos, incluso contrapuestos entre sí, por tanto al no contarse con un concepto univoco sino ambiguo, sobre el que deben pronunciarse los órganos judiciales es evidente que no podrán formarse conceptos generales aplicables a la interpretación de las normas de esa especie. La ambigüedad o relatividad del concepto legal dificulta el método interpretativo.

También pueden presentarse casos de conceptos no concretizados o plurívocos a causa de que el legislador omite la legislación exacta de un concepto normativo. Se dice también que resulta indispensable controlar la ambigüedad de ese tipo de conceptos pues de lo contrario se afecta directamente la seguridad jurídica, al grado de que puede dudarse incluso de la constitucionalidad de la utilización de este tipo de preceptos legales que lejos de contribuir a los fines de seguridad jurídica atentan contra ellos.

La utilización de criterios especializados en la creación o reforma de las leyes, en este caso penales, sin duda corresponde a la necesidad de actualización de los sistemas jurídicos, pero esa tarea es sumamente delicada pues la incapacidad de asesores o falta de auténticos criterios técnicos especializados produce efectos trascendentales en todo el ordenamiento jurídico, llegándose por ejemplo al establecimiento de conceptos y criterios contradictorios con el sistema integral de justicia.

Para la creación y modificación de las normas jurídicas la metodología utilizada, debe partir del reconocimiento que la materia de creación o modificación es nada menos que la principal expresión del Derecho. Se admiten para este fin los métodos: Histórico, comparativo, sociológico y científico, pero la deficiente comprensión y aplicación metodológica por parte de los órganos creadores de la ley, ha dado lugar a una legislación desarticulada con notorias deficiencias productoras de efectos inegablemente negativos, además el problema fundamental de vicios de calidad de la ley se refleja en que esta se aleja de los tradicionales valores y contenidos del Derecho como ciencia de la realidad donde se aplica y de la propia experiencia en el tiempo y en el espacio.

El concepto bien jurídico es plurívoco; respecto y en relación con el subsiste en nuestro país un estado caótico de interpretación debido a la diversidad conceptual que le caracteriza.

Luego, si esto es así, al haber sido utilizado a nivel de garantía procesal penal en los artículos 16 y 19 de la constitución federal, por necesidad lógica ello produce una afectación al principio de seguridad jurídica que de acuerdo a la constitución prevalece en México como garantía de legalidad en el artículo 14 de la misma ley fundamental en donde se contiene el apotegma *nullum crimen sine lege, nullum crimen sine poena*.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La doctrina penal ha buscado con esfuerzos loables encontrar el concepto material del Bien Jurídico y, en esa búsqueda, ha logrado establecer criterios válidos que sirven de límites en la aplicación de la pena estatal, llegando a la conclusión de que todo lo que no tenga que ver con la protección de Bienes Jurídicos no deba ser sancionado penalmente. Hasta este momento, sin embargo, no ha sido posible encontrar el sustrato material del Bien Jurídico a través del cual se logre establecer los límites al ejercicio del *ius puniendi*. Si esto no ha sido posible es seguramente porque en el mismo se refleja la complejidad en que se desenvuelve la sociedad moderna. No se ha podido formular un concepto de Bien Jurídico que tenga la capacidad de rendimiento para resolver todos los problemas que se le plantean; esto se ve en las diversas críticas que la doctrina penal ha formulado. El concepto del Bien Jurídico no ha logrado establecer por sí solo los límites a la criminalización.

No se vislumbra que se pueda obtener un concepto de Bien Jurídico que pueda servir a todas las tareas y misiones que el derecho penal tiene encomendado. Para lograr un concepto material del Bien Jurídico, éste deberá contener todas las misiones que tiene asignado el Derecho Penal; pero con ello sólo se llegaría a un concepto tan vago y amplio como son las propias tareas, funciones y misiones del Derecho Penal. Se debe reconocer la vaguedad del concepto del Bien Jurídico, y aceptar que además de vago, es espiritual e inmaterial. Quizá por ello hay quien ha preferido sostener que el Derecho Penal no protege Bienes Jurídicos sino solamente el funcionamiento de los sistemas, y quienes le asignan al Bien Jurídico meras funciones simbólicas o críticas, por la no posibilidad de encontrar su sustrato material.

El Bien Jurídico no puede cumplir con todas las tareas y funciones que competen al Derecho Penal; de ahí que se puedan establecer severas críticas en contra del concepto del Bien Jurídico. Ahora bien, otra cosa es poder dar un concepto del Bien Jurídico tan amplio que sirva para dar

respuesta y satisfacción a todas las demandas que se le exigen, cuestión que no es fácil ni convincente. Como se dijo anteriormente, se podría dar un concepto de Bien Jurídico en el que se utilizaran todas las misiones que tiene asignado el Derecho Penal, pero con ello sólo se llegaría a la posición de que dicho concepto es tan amplio como sus propias tareas, funciones y misiones.

Pretender dar un concepto material de Bien Jurídico preciso, práctico y crítico que sirva para limitar materialmente al *ius puniendi*, hasta este momento, no ha sido posible, y por lo mismo, no se podrá evitar más que tener un concepto del Bien Jurídico vago e inconsistente. Pero no hay que ver solamente los defectos del Bien Jurídico en su vaguedad como concepto, sino que los esfuerzos que se han hecho en la búsqueda de su sustrato material han rendido importantes frutos. Estos esfuerzos han hecho que el Derecho Penal se vea obligado a limitar su esfera de aplicación a lo que se considera como justo y útil en su aplicación, así, por ejemplo, ha delimitado lo que es el Bien Jurídico como esfera de protección y el objeto de la acción, con lo cual ha logrado acercarse a delimitar cuáles son los comportamientos que se quieren prohibir a través de la norma.

SEGUNDA.- No obstante que se reconoce que el Bien Jurídico no puede cumplir con todas las tareas y funciones que competen al Derecho Penal, y no obstante que se pueden establecer severas críticas en contra del concepto del Bien Jurídico, como lo ha hecho la doctrina penal, sí que cumple importantes funciones, a pesar de la vaguedad del concepto. Uno de los puntos más importantes que ha dado a la Ciencia del Derecho Penal, es que a partir de la elaboración de la teoría del Bien Jurídico se ha desarrollado el Principio del Bien Jurídico.

A través del Principio del Bien Jurídico al establecer que cada tipo penal debe proteger un Bien Jurídico, intenta que la sociedad y cada uno de sus miembros sepan lo que en realidad protege el ordenamiento punitivo, brindando la posibilidad de establecer la obligación para la ley de determinar en cada tipo legal un Bien Jurídico, y obligando así, sobre todo al juzgador, a que señalen en cada caso cuál es el Bien Jurídico que el

comportamiento antijurídico ha lesionado o puesto en peligro. En la determinación de dicho Bien Jurídico se hace uso de la razón ontológica y jurídica, y con ello permite participar en su crítica y postular razonadamente su revisión.

Con base en este principio del Bien Jurídico, se encuentra el fundamento de la necesidad de pena; y de dicha necesidad, cobra relevancia el contenido del desvalor del resultado, pues al establecer la necesidad de la ley de proteger Bienes Jurídicos obliga a encontrar siempre un objeto jurídico de protección. Esto conduce a que en la determinación del contenido del injusto no solamente se debe desvalorar el comportamiento realizado que infringe a la norma, sino debe formar parte, en el juicio de desvalor del contenido del injusto, la lesión o la capacidad del comportamiento de poner en peligro un Bien Jurídico. De hecho, en ciertos casos estos elementos específicos del injusto (valoraciones sociales del comportamiento) llegan a ser los únicos que permiten darle contenido penal a un Bien Jurídico, ya que en determinados supuestos si no se toma en cuenta su lesión o posible lesión el ámbito de protección penal sería demasiado amplio y podría confundirse con objetos de protección ajenos al ámbito penal.

La cuestión central de la teoría del Bien Jurídico, como se ve, gira en torno a la decisión de la determinación de los Bienes Jurídicos que deben formar parte de la protección jurídica, es decir, de aclarar los criterios que se deben seguir para seleccionar los Bienes Jurídicos que deberán protegerse. Sin embargo, no se debe olvidar que no basta que un bien posea suficiente importancia social para que se considere justificada su protección jurídico-penal, pues no se puede justificar la necesidad de su protección atendiendo exclusivamente a su entidad o a su utilidad, sino además es preciso determinar que no haya otros medios suficientes de tutela jurídica que sean menos lesivos; así como también que la forma de ataque sea de las consideradas merecedoras de la intervención penal, tanto por ser especialmente peligrosa como desagradable a los ojos de la sociedad.

Con base en el Principio del Bien Jurídico, el Bien Jurídico aparece como el

fundamento básico de la estructura abstracta de la infracción y, a la vez, como criterio ordenador del conjunto de los delitos de la parte especial. La sistemática de cada código penal viene condicionada por consideraciones valorativas prelegales. El Principio del Bien Jurídico, en el fondo, pretende evitar la arbitrariedad del legislador y del juzgador en el momento de sancionar los comportamientos que los lesionan. Con ello se ha logrado dar una mayor precisión al concepto del delito, limitando la esfera de lo prohibido a lo que verdaderamente sea razonable prohibir. Con estas ideas, se llega a buscar un concepto de Bien Jurídico que sea preciso, crítico, práctico y, sobre todo, más cercano a la realidad, aunque no pueda superarse la vaguedad de su concepto y de su inconsistencia, sobre todo en virtud de un Derecho que tiene que regular la vida de una sociedad moderna y compleja como la que en nos ha tocado vivir.

Se debe reconocer y aplaudir los esfuerzos realizados en la búsqueda del sustrato material del Bien Jurídico, pues a través de ellos se ha logrado que el Derecho Penal se vea obligado a limitar su esfera de aplicación a lo que se considera como justo y útil. Así, ha logrado que se evite la sanción de comportamientos exclusivamente inmorales así como de aquellos que atentan contra valores meramente ético morales. La teoría del Bien Jurídico en el fondo pretende evitar la arbitrariedad del legislador en el momento de sancionar los comportamientos que lo lesionan; con ello se ha logrado dar un mejor concepto del delito, limitándolo a lo que verdaderamente se busque prohibir. Sin embargo a la hora de precisar qué merece ser objeto de protección jurídico-penal, el legislador, como decía Binding, no tiene obligación alguna de respetar las premisas del Bien Jurídico, aun cuando es deseable que lo haga. . .

TERCERA.- En la búsqueda del concepto del Bien Jurídico se han dado múltiples teorías del Bien Jurídico, desde la concepción de las tesis de los derechos subjetivos hasta las posiciones modernas de la nocividad social y del funcionalismo. Las teorías del Bien Jurídico han enriquecido enormemente la Ciencia del Derecho Penal y, por lo mismo, han logrado que cada día se interesen más en estos puntos otras ramas del Derecho.

A partir de la premisa de que solamente una conducta típica y antijurídica es la que puede lesionar Bienes Jurídicos penales, se consigna la importancia de establecer esta regla con la necesidad de proteger un Bien Jurídico. Se cuestiona así si lo importante en la protección jurídico-penal de un Bien Jurídico es si éste es digno de tutela penal o si, por el contrario, no necesita de ella para su protección. Para resolver esta duda, se considera que la posición más oportuna es la que surge del concepto de la nocividad social, a partir de la exteriorización de la infracción jurídica y la manifestación social de sus consecuencias; pues esta posición es, a mi modo de ver, la que brinda mayor claridad a la posibilidad de resolver si los Bienes Jurídicos deben ser dignos de tutela penal o si, por el contrario, no deben necesitar de la tutela penal para su protección.

Por otra parte, se ha criticado la teoría de Amelung sobre el perjuicio social, en virtud de que el perjuicio social no se puede concretar y, por lo tanto, se le acusa de ser un concepto inútil, ya que puede pertenecer a todas las condiciones para la vida colectiva, y ello conduce a que el perjuicio social pueda referirse a cualquier elemento de cualquier sistema social al quedar siempre relacionado con el mismo -como ha puesto de manifiesto Hassemer, a quien no se le niega un margen de razón-; pero no por ello no se debe catalogar sin más al perjuicio social como un concepto inútil.

Es cierto que el concepto de la nocividad social, en determinados casos como sucede respecto de la protección del medio ambiente, sí que resulta abstracto y poco útil; pero en otros casos, se ve su absoluta utilidad para determinar la necesidad de proteger jurídicos y penalmente ciertos Bienes Jurídicos, así como para establecer criterios sobre su grado de importancia como parte integrante de un sistema. Piénsese en este orden tan sólo en los delitos patrimoniales o en los tipos de lesión, al igual que en los delitos fiscales, en los cuales se ve la importancia que tiene la aportación hecha por las tesis de la nocividad social al entendimiento del Bien Jurídico tutelado. Solamente a partir de estas tesis, no sólo se revela cuáles son los verdaderos Bienes Jurídicos que se protegen, sino también sirven para

delimitar los criterios para determinar el grado de la lesión del Bien Jurídico afectado.

CUARTA.- Las teorías funcionalistas parten de la justificación de que cuando los comportamientos provoquen disfuncionalidad en los sistemas sociales y como consecuencia afecten la estructura social, debe reaccionar el Derecho Penal para proteger tanto el sistema penal como su estructura. La reacción penal, según esta posición, se medirá de acuerdo con las necesidades colectivas, de tal manera que las necesidades del individuo se subordinan a las colectivas. Sin embargo, y respetando la posición anterior, somos partidarios de que una de las mayores aportaciones que ha hecho la doctrina penal española a esta teoría del Bien Jurídico, en su línea funcionalista -así Mir Puig-, es el hecho de señalar que no se deba ver el perjuicio social respecto al Bien Jurídico como entidad independiente o externa del sistema, es decir, desde un mundo externo valorativo. Además, ha establecido que se debe vincular valorativamente sus efectos con toda la sociedad, es decir, con el sistema social, pero no por ello se deben subordinar los Bienes Jurídicos a los sociales o estatales. Consideramos, en este sentido, que no se debe establecer una posición contraria a la teoría del Bien Jurídico liberal, pues el individuo debe ser el centro mismo de la importancia del sistema social y al mismo se le debe atribuir mucho más valor que la propia estabilidad del sistema social.

Las teorías sistémico-funcionalistas han puesto de relieve la explicación de que el fundamento de la pena tiene la función de restablecer la confianza en el Derecho, al reparar o prevenir los efectos negativos que la violación de la norma produce, esto es, "la estabilidad del sistema y la integración social". Pero no por ello comulgo con Jakobs en que la función del Derecho Penal no sea la de impedir la lesión de Bienes Jurídicos; por el contrario, considero que la misión del Derecho Penal, además de la protección de los Bienes Jurídicos, es -como lo establece Jakobs- la de confirmar la validez de la norma; y en este sentido, la función de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para la relación social".

No obstante las críticas a la concepción de Jakobs, sí considero que el delito es una amenaza a la integridad y a la estabilidad sociales, pues constituye una falta de fidelidad al Derecho. Pero no por esta concepción se debe valorar en forma negativa, únicamente, el comportamiento típico de un individuo, sin la debida valoración del Bien Jurídico. Considero, en este sentido, que dentro del desvalor de la acción se debe valorar el grado de intolerabilidad funcional de infidelidad en relación con los valores consagrados por el ordenamiento jurídico, reprochándose -como dice Jakobs- ante todo la actitud contraria a esos valores, que cuando los efectos, en atención a la estabilidad del sistema, dejan de ser tolerables se deben sancionar penalmente, pero siempre y cuando afecten o pongan en peligro un Bien Jurídico. Las ideas de Jakobs se deben referir únicamente al desvalor de la acción, para así obtener una concepción normativa del objeto de protección, constituyéndose como criterio más para fundamentar el grado de individualización de la pena respecto del injusto cometido.

Las teorías del funcionalismo ofrecen un nuevo fundamento del sistema punitivo. Sin embargo, no obstante el legado tan importante que han dejado estas teorías, sobre las cuales cabe todavía hacer múltiples manifestaciones en pro y en contra, considero que no se debe prescindir del concepto de Bien Jurídico, como pretende Amelung al delimitar el ámbito de la intervención del Derecho Penal, acudiendo solamente a la funcionalidad o disfuncionalidad de la conducta con respecto al propio sistema social.

QUINTA.- Las ideas que las teorías funcionalistas han aportado a la Ciencia del Derecho Penal son verdaderamente importantes en la determinación de los comportamientos que se considera merecen ser sancionados con pena, pues no solamente proporcionan una base sólida a los criterios para determinar si un comportamiento causa daño grave al funcionamiento del sistema social, y por lo tanto si el mismo debe ser sancionado penalmente, sino además son las que revelan la forma en que funcionan la vida del hombre en sociedad así como los sistemas e instituciones que él mismo ha creado. En nuestra opinión las tesis funcionalistas reiteran con fuerza

convinciente que no basta para que un comportamiento sea sancionado penalmente la sola ofensa a la moral colectiva o individual, sino que es necesario demostrar si los comportamientos ilícitos de verdad trastornan gravemente el funcionamiento del sistema social. Que como dice Santiago Mir: *"lo decisivo no es la valoración moral, sino las efectivas consecuencias para el funcionamiento de los sistemas sociales"*; y para medir esas consecuencias sociales, la Criminología debe ser la que realice estudios objetivos, observando empíricamente los procesos sociales, pero separando la frontera de lo punible de las creencias éticas de cada sujeto, sin que por ello se tenga que prescindir del concepto de Bien Jurídico.

SEXTA.- La decisión del legislador es siempre una decisión insegura, ya que desconoce la mayoría de las veces los factores que condicionan el efecto motivador en las personas y, en todo caso, porque la utilidad y eficacia que va a tener la regulación es siempre un pronóstico que nunca se sabe si se va a confirmar. La acción humana no se puede concebir de modo puramente mecánico, y el futuro es siempre incierto. Para legitimar la criminalización, el legislador debe obtener todos los datos que le sean posibles sobre la dañosidad de una conducta y las consecuencias de la pena, debiendo tener en cuenta los criterios de justicia y de utilidad para decidir sobre el merecimiento de pena, ya que responden a una determinada cultura política y jurídica.

En la búsqueda del concepto material del Bien Jurídico, como se ha dicho, se ha querido que tanto el legislador como el juzgador tengan criterios válidos para justificar el uso de la pena estatal, de tal manera que todo lo que no tenga nada que ver con la protección de los Bienes Jurídicos no deba ser sancionado penalmente.

SÉPTIMA.- Un sistema penal está justificado únicamente si minimiza la violencia arbitraria en la sociedad. Este fin es alcanzado en la medida en la cual se satisfaga el respeto a las garantías individuales en materia penal y

procesales. Para alcanzar los fines del Derecho Penal, no se justifican medios violentos o de cualquier forma opresores, alternativos al Derecho Penal mismo y a sus garantías. El Derecho Penal, con su complejo sistema de garantías, debería siempre permanecer para aquel único caso que pudiera producirse la reacción institucional coactiva frente a un hecho delictivo.

Los límites al *ius puniendi* solamente se pueden extraer de las garantías individuales o derechos fundamentales contenidos en la Constitución, entendido ése como un ordenamiento normativo. Los Principios fundamentales además condicionan la actividad del poder estatal, estableciendo así los límites que se regulan por las leyes que reglamentan dicha actividad. Así, el Estado -por una parte- crea el ordenamiento y -por otra- se fija un límite al poder de castigar; y este límite también se realiza mediante el concepto de Bien Jurídico, el cual está en el propio ordenamiento producido por el legislador en los códigos penales o leyes especiales.

FUENTES DE CONSULTA

ABARCA, Ricardo. *El Derecho penal en México*, Fondo de Cultura, México, 1992.

ALVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER. *Bien Jurídico y Constitución*, en *Cuadernos de Política Criminal*. No. 43, 1991.

AMELUNG, KNUT. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972.

.- - - - - *Buchsbesprechung*, sobre el libro de HASSEMER, WINFRED. *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Fischer Athenäum Verlag. Frankfurt, 1973, en *Zstw*. No. 87, 1975.

ANTOLISEI. *Il problema del bene giuridico*, en *Rivista Italiana di Diritto Penale e Procedura penale*. 1939.

AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. *Derecho penal mexicano*, Harla, México, 1995.

AZZOLINI BINCAZ, Alicia. *Culpabilidad y punición*, CDHDF, México, 1997.

BARRITA, Alessandro. *Criminología crítica del derecho penal*, Siglo XXI Editores, México.

BARBERO SANTOS, Marino y otros. *La pena de muerte*, Universidad de Valladolid, España, 1995.

BARRETO RANGEL, Gustavo. *Política de prevención social*, ponencia en el Sexto Congreso Nacional Penitenciario, México, 1976.

BASFERO ARCHANCO, Joaquín. *La criminología*, Ed. Reus, Madrid, España, 1954.

BECCARIA, César. *Tratado de los delitos y de las penas*, Ed. Cajica, Puebla, México, 1957, 21 ed., Ed. Porrúa, México, 1985.

BACIGALUPO, ENRIQUE. *Delito y punibilidad*. Civitas. Madrid, 1983. *Estudios de Derecho Penal y política criminal*. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1989.

BARATTA, ALESSANDRO. *Criminología y dogmática penal*, en la *Revista de Sociología PAPERS*. publicada por la Universidad Autónoma de Barcelona. No. 13. Barcelona, 1980.

----- *Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, en *Cuadernos de Política Criminal*. No. 24, 1984.

----- *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*. Siglo XXI Editores. México, 1986.

BARBERO SANTOS, MARINO. *Marginalidad y defensa social*, en *Marginación social y Derecho represivo*. Barcelona, 1980.

BASIEL. Los valores superiores. Los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas, en *La Constitución española de 1978. Estudio Sistemático*. Colección dirigida por A. PREDIERI Y E. GARCÍA DE ENTERRÍA. Madrid, 1980.

BENASSAR, Bartolomé. *Inquisición española poder económico y control social*, Ed. Grijalbo, Barcelona, España, 1981.

BENNEIT J., William. *El libro de las virtudes*, Vergara Editores, México, 1996.

BENÍTEZ TREVIÑO, Humberto. *Filosofía y praxis de la procuración de justicia*, Porrúa, México, 1993.

BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*, Ed. Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1974.

BELING, Ernest von. *Esquema del Derecho penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1944.

BERISTAÍN, Antonio. *El delincuente en la democracia*, Ed. Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1995.

BERISTAIN, Antonio, y NEUMAN, Elías. *Criminología y dignidad humana*, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1989.

BERISTAÍN PIÑA, Antonio. *Criminología y victimología, alternativas recreadoras del delito*, Leyer, Santa Fe Bogotá, Colombia, 1998.

BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de derecho penal y procesal*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, España, 1977.

BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio. *Criminología*, Ed. José M. Cajica Jr, Puebla, México, 1948.

BETTIOL, Giuseppe. *Derecho penal: parte general*, Ed. Themis, Bogotá, Colombia, 1965.

BOBBIO, Norberto. *Diccionario de política*, Siglo XXI Editores, México, 1998.

BOUCHER, Anthony. *La crema del crimen*, Novaro, México, 1995.

BREHM, Bruno. *Tiranías, cárceles y suplicios de todos los tiempos*, editor Luis de Caralt, Barcelona, España, 1955.

BRONOWSKI, j. *Ciencia y valores humanos*, Lumen, Barcelona, España, 1968.

BUNGE, Mario. *La ciencia su método y su filosofía*, Ed. Siglo Veinte, Buenos Aires, Argentina, 1980.

BÚNSTER, Álvaro. *Orientaciones política-criminales de una futura legislación penal mexicana*, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1989.

CEREZO MIR, JOSÉ. *Curso de Derecho Penal español. Parte general 2/e.* reimp. Tecnos. Madrid, 1982.

COSSÍO DÍAZ, JOSÉ RAMÓN. *Estado social y derechos de prestación.* Editorial Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989.

DÍAZ RIPOLIÉS, JOSÉ LUIS. *El Derecho Penal ante el sexo (límites, criterios de concreción y contenido del Derecho Penal sexual).* Bosch Casa Editorial. 1981.

DURKHEIM, ÉMILIO. *El suicidio. Estudios de sociología* (traducido por RUIZ-FUNES). Madrid, 1928.

ESCRIVA GEGORI, JOSÉ MARÍA. *La puesta en peligro de Bienes jurídicos en Derecho Penal.* Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona. Bosch. Barcelona, 1976.

FERRAJOLI, LUIGI. *El Derecho Penal mínimo*, en *Poder y control*. No. 10, 1986.

FIANDACA, GIOVANNI. *IL bene giuridico come problema e come criterio di politica criminale*, en *Diritto Penale in trasformazione*. Ob, colee. Milano, 1985.

- - - - - . *Diritto penale. Parte generale.* Seconda edizione. Zanichelli. Bologna, 1989.

FRANCO GUZMAN, RICARDO. *La subjetividad en la ilicitud.* Editorial Cajica México, 1959.

- - - - - *Delito e Injusto. Formación del concepto de antijuridicidad.*

México, 1950.

----- *En el delito de fraude sólo las personas físicas pueden ser sujetos de engaño, no las personas morales, en Revista Mexicana de justicia.* No. 3, Vol VII. Julio-septiembre, 1989.

GARCÍA DOMÍNGUEZ, MIGUEL ÁNGEL. *Los delitos fiscales*, en el libro *Memorias del Congreso Conmemorativo del Quincuagésimo Aniversario de la Promulgación de la Ley de justicia Fiscal del tribunal Fiscal de la Federación.* Agosto de 1986. Editado por el Tribunal Fiscal de la Federación, 1987.

----- *Los delitos especiales federales.* Editorial Trillas, 1987.

GARCÍA - PELAYO. *La teoría general de sistemas*, en *Revista de Occidente.* No. 2, 1975.

GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL. *Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española (Proyecto 1980 de Código Penal)*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.* No. 3, Monográfico. 1980.

HASSEMER, WINFRED. *Fundamentos del Derecho Penal.* Traducción de FRANCISCO MUÑOZ CONDE y ARROYO ZAPATERO. Bosch Casa Editorial. Barcelona 1984.

HASSEMER, WINFRED y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal.* Ed. Tirant lo Blanch, Derecho. Valencia, 1989.

HEGEL, GEORG WILHELM FRIEDRICH. *Filosofía del Derecho.* Traducido por ERNESTO GARZÓN VALDEZ. Editorial UNAM. México.

JESCHECK, HANS-HEINRICH. *Tratado de Derecho Penal. Parte general.* Traducción de SANTIAGO MIR PUIG Y FRANCISCO MUÑOZ CONDE a la 3/e. Bosch. 1981.

KANT, IMMANUEL. *Fundamento a la metafísica de las costumbres.*

KAUFMANN, ARMIN. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie (Normologik und moderne Strqfrechtsdokmatik).* Verlag Otto Schwartz. Gottingen, 1954. Pág. 65. Traducida en la versión castellana por ENRIQUE BACIGALUPO y ERNESTO GARZÓN V ALDEZ. *Teoría de las normas, fundamentos de la dogmática penal moderna.* Editorial Depalma. Buenos Aires. 1977.

KELSEN, HANS. *Teoría pura del Derecho.* Editorial Porrúa. México, 1997.

LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución.* Traducción de Alfredo GALLEGO

NABITARTE. Barcelona, 1982.

LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL. *Antinomias penales y medición de la pena en La reforma del Derecho Penal*, Edición a cargo de SANTIAGO MIR PUIG. Bellaterra, 1980.

MAURACH. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Traducido por JUAN CÓRDOBA RODA. Barcelona, 1962.

MIR PUIG, SANTIAGO. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. (Reimpresión 1982). Editorial Bosch, Barcelona, 1976.

----- *Función de la pena en un Estado social y democrático de Derecho*. 2/e. Barcelona, 1982.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Introducción al Derecho Penal*. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1975.

----- *Derecho Penal. Parte especial*. 7/e. Tirant lo Blanch. 1988.

NINO, CARLOS S. *Las teorías dogmáticas. La teoría del Bien jurídico*, en *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1974.

POLAINO NAVARRETE. *El Bien jurídico en el Derecho penal*. Sevilla, 1974.

QUINTERO OUVARES, G. *Represión penal y Estado de Derecho*. Editorial Diosa. Barcelona, 1976.

RIVERA SILVA, MANUEL. *Derecho Penal fiscal*. Editorial Porrúa. México, 1984.

RODRÍGUEZ DEVESA, MANUEL. *Derecho Penal español. Parte general*. 11/e. Editorial Dykinson, 1988. Puesta al día por ALFONSO SERRANO GÓMEZ.

RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO. *Derecho Penal. Parte general*. Editorial Civitas. 1978.

ROXIN, CLAUS. *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. Traducción de FRANCISCO MUÑOZ CONDE. Bosch. Barcelona, 1972.

TERRADILLOS BASOCO, JUAN. *La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Año 1981. No. 63.

VELA TREVIÑO, SERGIO. *La prescripción en materia penal*. Editorial, Trillas. México, 2003.

WELZEL, HANS. *Derecho penal alemán*. 11/e. Traducción de JUAN BUSTOS RAMÍREZ y SERGIO YAÑEZ P. Editorial Jurídica de Chile Walter de Gruyter. Berlín, 1969.

ZIPF, HEINZ. *Introducción a la política criminal*. Traducción de MIGUEL IZQUIERDO. Macías-Picavea. Madrid, 1979.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sista, México, 2006, 230 pp.

Código Penal Federal, Sista, México, 2006, 200 pp.

Código Penal para el Distrito Federal, Sista, México, 2006, 197 pp.

Código Federal de Procedimientos Penales, Sista, México, 2006, 798 pp.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Sista, México, 2006, 798 pp.

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada. Sista, México, 2006, 23 pp.