

LA EVOLUCIÓN DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA PENAL EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO. ESPECIAL REFERENCIA A LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

Elías Lira Mares^{*}
José Gregorio Mendoza Avalos^{**}

Sumario. I. Introducción. II. Sistema causalista. III. Sistema finalista. IV. Tendencias modernas (el funcionalismo moderado). V. Tendencias modernas (funcionalismo sistémico radical). VI. La proyección de los Derechos Humanos en un Estado Democrático. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

Resumen: El siguiente artículo trata sobre la evolución de la dogmática jurídico penal y las sistemáticas que han surgido derivado de la evolución histórica del Derecho penal. Asimismo explica los rasgos más significativos de cada una de ellas (causalismo, finalismo y funcionalismo moderado y radical) así como las fracturas teóricas identificadas en cada una de ellas. Por último, se hace referencia a la razón del Derecho penal en el marco de la Democracia Contemporánea.

Palabras clave: Dogmática jurídica penal,-Derecho Penal,-Estado Democrático de Derecho

Abstract: the following article deals with the evolution of criminal legal dogmatics and the systematics that have emerged derived from the historical evolution of criminal law. It also explains the most significant features of each of them (causalism, finalism and moderate and radical functionalism) as well as the theoretical fractures identified in each one of them. Finally, reference is made to the reason for criminal law in the context of Contemporary Democracy.

Key Words: Criminal law making, Criminal law, Rule of law

I. INTRODUCCIÓN

La imposición de una pena implica una consecuencia jurídica por la realización de un delito. Este criterio sigue el Código Penal del Estado de Guanajuato al establecer el Título Tercero denominado De las Consecuencias Jurídicas del Delito¹. Esta caracterización coincide con lo expuesto por Franz von Liszt, quien definió el Derecho penal a partir de la

^{*} Licenciado en Derecho por la Universidad Santa Fe

^{**} Licenciado en Derecho por la Universidad de Guanajuato

¹ Gobierno del Estado de Guanajuato, Periódico Oficial, Segunda Parte, 5 de marzo de 2013, talleres gráficos del Estado.

siguiente fórmula: *Derecho penal es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia.*²

Corresponde, entonces, al Derecho penal material el estudio de las normas, las conductas que las infringen y de las sanciones aplicables. En ese sentido, a fin de sistematizarlo, la dogmática jurídica penal derivó dos apartados para su estudio: una parte general y otra especial que permiten una exposición ordenada y coherente de su contenido³. Dentro de la parte general se estudian, en primera instancia, sus fundamentos, la norma jurídica penal, los principios que la inspiran y sus fuentes, así como sus límites de vigencia espacial y temporal. En segundo término, se estructura la teoría general del delito; y finalmente, el estudio propiamente de sus consecuencias jurídicas.⁴ La parte especial contiene para su estudio cada una de las conductas delictivas, así como las sanciones específicas para ellas en lo individual.⁵

Esta estructura sistemática de la ciencia penal ha evolucionado desde el siglo XVIII, en donde se ubica el inicio de un Derecho penal de corte racional o pensante,⁶ hasta llegar al trabajo científico-sistemático de la actualidad. En ese trayecto se han fijado conceptos básicos elementales del delito para su estudio y análisis y se afirmaron las relaciones que guardan entre sí, sistematizándolas y estructurando las múltiples causas de exclusión de la culpabilidad, las clases de autoría y participación así como la tentativa, entre otras más;⁷ todo ello con la finalidad de observar de manera rigurosa los postulados político-criminales propios de un Estado democrático de derecho, en especial aquellos derivados del principio *nullum crime sine lege* cuyo objetivo primordial es limitar el *ius puniendi* del Estado.⁸

² LISZT, Franz von, (1926), *Tratado de Derecho penal*, t. I, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, traducción de la 18 y 20ª edición alemana y adicionado con la historia del Derecho penal en España por Quintiliano Saldaña, Madrid, Reus, p. 5.

³ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, (2002), *Derecho penal, parte general*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, p. 31.

⁴ *Ídem*.

⁵ *Ídem*.

⁶ GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, (2004), *Fundamentos de la dogmática jurídica penal*, Guanajuato, Yussim, p. 57.

⁷ ROXIN, Claus, (1997), *Derecho penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García-Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, pp. 223-224.

⁸ *Ibidem*, p. 192.

No se pretende examinar las bases de la sistemática del delito en general, el planteamiento es más bien modesto; se orienta a describir los fundamentos que han influido en las principales corrientes sistemáticas: el causalismo, el finalismo y el funcionalismo y las repercusiones para imponer las consecuencias jurídicas del delito.

II. SISTEMA CAUSALISTA

En torno a esta perspectiva, se tomará como punto de partida la moderna dogmática jurídica penal; esto es, iniciando por la escuela causalista, conformada por la sistemática clásica y la neoclásica, cuyos principales representantes son Franz von Liszt, Ernst Beling y Gustav Radbruch.⁹

El fundamento de esta propuesta corresponde a la corriente filosófica del naturalismo positivista imperante en el siglo XIX, la cual proponía someter las ciencias del espíritu al ideal de exactitud de las ciencias naturales. Tal metodología pretendió, en el ámbito del Derecho penal, proyectar elementos de la realidad mensurables y empíricamente verificables, propiciando que los elementos que integran el delito quedaran ubicados sistemáticamente como aquellos cuya naturaleza se considera objetiva y otros con características subjetivas.¹⁰

La doctrina es casi unánime en considerar a von Liszt como el iniciador del periodo moderno de la dogmática jurídica penal, en virtud a su posición de modificar el método para determinar que el objeto de estudio sería a partir de ello el Derecho positivo.¹¹ En ese sentido, tomó como base de su propuesta para sistematizar por primera ocasión los elementos del delito, el Código Penal Alemán de 1871.¹²

Derivado del estudio efectuado en torno al código penal alemán, von Liszt estableció la siguiente definición: *Delito (Acto Punible) es el hecho al cual el orden*

⁹ DÍAZ ARANDA, Enrique, (2002), *Dolo, causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, 4ª ed., México, Porrúa, p. 5.

¹⁰ *Ibidem*, p. 4.

¹¹ GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *op. cit.*, nota 6, p. 65.

¹² *Ibidem*, p. 84.

*jurídico asocia la pena como legítima consecuencia.*¹³ A partir de ello, sistematizó el estudio del delito desde las categorías básicas acción, antijuridicidad y culpabilidad.

Los postulados fundamentales de su propuesta son:

1. El delito es necesariamente un acto humano, y por lo mismo implica *una actuación voluntaria trascendente al mundo exterior*.¹⁴ Excluye del conocimiento del Derecho penal aquel resultado que provenga de actos fortuitos en los que se encuentre ausente la actividad humana.
2. El delito es un acto contrario al derecho.¹⁵ Es un acto antijurídico, cuya reprobación se orienta en dos sentidos: a) al contenido formal de la antijuridicidad, ya que dicha contravención comprende un mandato o prohibición del orden jurídico; y, b) al contenido material de esa contravención que debe traer implícita la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.¹⁶

La antijuridicidad conlleva un ataque a intereses vitales de las personas o de la propia sociedad que son protegidos por el orden jurídico establecido, de tal manera que el presupuesto para la tutela del Derecho penal es que exista el riesgo de lesión o la puesta en peligro. En ese sentido, se considera su categorización como *bienes jurídicos* de acuerdo a la protección que el Derecho les otorga.¹⁷

3. Considera al delito como un *acto culpable*, fundamentándolo como la conducta dolosa o culposa de una persona responsable.¹⁸ De aquí se desprende el concepto psicológico de culpabilidad, de acuerdo con el cual el dolo es reconocido como forma de culpabilidad, y no como un elemento de la misma, de tal manera que en esta corriente sistemática se habla de culpabilidad dolosa y culpabilidad culposa.

Asimismo, para determinar la culpabilidad, se consideró necesario establecer la relación de causalidad psíquica; esto es, el nexo entre el autor y el resultado, cuyo

¹³ LISZT, Franz von, *op.cit*, nota 2 p. 252.

¹⁴ *Ídem*.

¹⁵ *Ídem*

¹⁶ *Ibídem*, p. 324-325

¹⁷ *Ídem*.

¹⁸ *Ibídem*. p. 252.

contenido debe ser necesariamente psicológico. De esta forma, si derivado del análisis efectuado se podía sostener la coincidencia entre lo que el autor había querido y el resultado desencadenado, se afirmaba la *culpabilidad dolosa*. La *culpabilidad culposa*, en estos términos, se consideraba como una conexión psíquica imperfecta con el hecho.¹⁹

Por otro lado, el contenido material de la culpabilidad radica en el carácter asocial del autor, cognoscible por el acto cometido (conducta antisocial). En ese sentido, considera la imputación contenida en el juicio de culpabilidad, desde los elementos de la imputabilidad del autor y de la imputación del acto. El primero corresponde a un estado psíquico que permite al autor del hecho determinar su voluntad para conducirse a través de las normas de conducta social o del derecho; y el segundo, cuando el autor conoce el significado social de su conducta o bien, cuando atento a las circunstancias hubiera o debía conocerlo.²⁰

Diversos autores de la época habían definido el delito como *acción antijurídica, culpable y amenazada con pena*,²¹ lo cual implicó que Ernst Beling, señalara que esa expresión no permitía reconocer qué cualidades ha de tener una acción para estar amenazada con pena, lo que dio origen al concepto de tipicidad y, de éste, se desprendió el de tipo que otorgó contenido sistemático al principio garantista *nullum crimen sine lege*.²²

El concepto de tipo propuesto por Beling, se caracterizó por dos notas: es objetivo y libre de valor (no valorativo). De acuerdo con ello, el tipo era sólo el objeto de valoración, mientras que la valoración de ese objeto se produce en el marco de la categoría de la antijuridicidad.

Se puede observar que el sistema causalista es una teoría que explica al delito partiendo de las leyes de la naturaleza, ya que se concibe como una relación causa-efecto, entendiendo que la acción es un fenómeno causal-natural que tiene como consecuencia un resultado que podría consistir en un delito. Se caracteriza por ubicar fácilmente a la

¹⁹ DIAZ ARANDA, Enrique, *op. cit.*, nota 9, p. 10.

²⁰ LISZT, Franz von, *op. cit.*, nota 5, pp. 376-377.

²¹ ROXIN, Claus, *op. cit.*, nota 7, p. 277.

²² *Ídem*.

culpabilidad, ya que para atribuir responsabilidad a una persona solo se requiere la comprobación de la causa, teniendo como punto de partida que una persona siempre será culpable cuando se acredita su acción como causa de resultado. La crítica a esta escuela se centra en que únicamente importa el aspecto material del acto representado por el elemento objetivo del tipo sin importar el ánimo, pensamiento, fin o destino de la acción de quien la realiza; problemas, éstos, abordados y resueltos especialmente en las conductas dolosas.

III. SISTEMA FINALISTA

Los postulados fundamentales de este sistema son atribuidos a Welzel principalmente, quien fundamenta su propuesta en la filosofía de los valores correspondiente a la filosofía neokantiana de la escuela sudoccidental alemana y la psicología del pensamiento de Richard Höningwald. Parte de que la misión del Derecho penal *no debe ser de carácter preventivo*²³, sino de contenido ético-social por lo que su misión es la protección de esos valores más allá de la tutela de bienes jurídicos.

Frente a las diversas teorías relativas que ven en el fin el fundamento de la pena y hacen de la prevención el soporte del Derecho penal, esta tendencia concibe la pena, no como un medio, sino como un fin en sí misma. Esto sirve de fundamento a importantes consecuencias sistemáticas como el afirmar que la utilidad queda subordinada a la ética y que la culpa constituye la medida de la pena. En suma, dicha construcción reafirma la naturaleza retributiva de la pena.²⁴

Esta teoría dio a conocer que lo injusto del hecho no depende solamente de elementos objetivos sino también de la predisposición de un fin (el dolo) del autor. También puso un límite a la expansión del injusto que hasta ese momento se reducía a la causalidad.

Tuvo como ejes rectores la estructura y sustento del comportamiento humano. Sólo que no lo fundamenta en el injusto penal como sucede en la teoría causal, sino en la acción final del ser humano. En este caso, el concepto de finalidad se refiere a las capacidades del

²³ Como se desprendería de la postura Causalista al ponderar la sanción como prevención general.

²⁴ WELZEL, Hans, (1997), *Derecho penal alemán, parte general*, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, 4ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 5-7.

ser humano para dirigir los cursos causales hacía un fin específico.²⁵ En ese sentido, determina que la acción es el ejercicio de la actividad final humana.²⁶

Trazó el contenido de la acción en tres planos: el objetivo que se quiere alcanzar, los medios que emplea para ello y las consecuencias secundarias necesariamente vinculadas.²⁷

Otro de los postulados centrales que se desprenden de esta teoría sostiene que el dolo, que para el causalismo era el elemento central de la culpabilidad, debe pasar a formar parte del núcleo del injusto, es decir, debe estudiarse en la tipicidad. Derivado de ello, queda completamente derrumbado el concepto psicológico de la culpabilidad, que daba sustento a la parte subjetiva del delito en la concepción de von Liszt.²⁸

El contenido del tipo sufrió una transformación radical al asignarse una parte objetiva, integrada por todo aquello que es externo al ser humano, y otra subjetiva, integrada precisamente por el dolo y la culpa, influenciado por la construcción de acción final.²⁹

Conforme a la concepción finalista, la culpabilidad fue entendida como *reprochabilidad*. Un hecho podría considerarse entonces penalmente relevante, cuando se le pudiera reprochar el hecho al autor. Este es el concepto *normativo (valorativo) de la culpabilidad*.³⁰

Asimismo, el fundamento de la reprochabilidad consistía en la posibilidad de conducirse de otro modo, es decir, consiste en reprochar al autor su comportamiento contrario a derecho aún y cuando pudo actuar conforme a lo establecido en la norma

²⁵ *Ibídem*, p. 38.

²⁶ *Ídem*.

²⁷ GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *op. cit.*, nota 6, pp. 96-97.

²⁸ ROXIN, Claus, *op. cit.*, nota 7, pp. 202-203.

²⁹ *Ibídem*, p. 199.

³⁰ WELZEL, Hans, *op. cit.*, nota 24, p. 167.

jurídica penal.³¹ En ese sentido, la exigibilidad de otra conducta tiene dos presupuestos, la imputabilidad de la persona y el conocimiento de antijuridicidad.³²

Sin duda alguna el finalismo otorgó a la dogmática jurídica penal mayor consistencia sistemática, ya que ésta vino a superar la teoría causal de la acción. No obstante, una crítica a esta teoría es que, al igual que el causalismo, el finalismo asumió un concepto prejurídico del comportamiento humano partiendo de una base ontológica, desde una perspectiva del ser, integrando una propuesta jurídica con incidencia en la teoría del delito.

Por otro lado, con respecto a la dogmática de los delitos de omisión, es confusa la conducta finalista del autor toda vez que el sujeto al proponerse la realización de una conducta tiene la posibilidad de hacer algo (poder de hecho), por lo que debe considerar la potencialidad de su acción o de su omisión. Es por ello que, al perseguir un fin, la omisión de la conducta que tenía que realizar, partiendo de su calidad de garante, y no efectuarla es lo que debe de reprocharse; esto implica entonces, el deber de hacer algo que la norma no prevé, pero que por la situación de garante en la que se encuentra debía hacerse.

IV. TENDENCIAS MODERNAS (EL FUNCIONALISMO MODERADO)

Causalismo y finalismo coinciden, a pesar de todas sus diferencias, en construir el sistema con base en datos derivados del ser (la causalidad o la conducción de la acción).³³ El sistema de la teoría del delito desarrollado por Claus Roxin, transita por una vía muy diferente: se fundamenta en la función social, en el fin (la misión) del Derecho penal y de la pena, y construye un sistema basado en las decisiones valorativas y político-criminales que se ubican detrás de estos fines.³⁴

³¹ *Ídem*.

³² *Ibidem*, p. 169.

³³ GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *op. cit.*, nota 6, p. 102.

³⁴ DIAZ ARANDA, Enrique, (2003), *Derecho penal, parte general*, México, Porrúa, p. 140.

La idea fundamental es que la estructura del injusto se construye conforme a la función que tiene encomendada el Derecho penal; por el contrario, la culpabilidad (a la cual Roxin denomina *responsabilidad*) se edifica con base en el fin de la pena.³⁵

El Derecho penal, conforme al concepto de Roxin, tiene una función de carácter social.³⁶ Sus fines consisten en asegurar a los ciudadanos una vida en común segura y pacífica, incluso se encuentra obligado a garantizar la libertad de las personas. De tal manera, la fundamentación de los fines del Derecho penal deriva de las bases de la moderna teoría del Estado originada primordialmente con la ilustración europea del siglo XIX.³⁷

Los elementos indispensables que el ser humano requiere para tener una vida en común segura y pacífica, desde esa perspectiva, son los denominados bienes jurídicos, diferenciando los individuales de los de la sociedad. La función de ambos es asegurar la coexistencia pacífica y libre entre los ciudadanos.³⁸

La función del Derecho penal, desde esta concepción, se orienta a la protección de bienes jurídicos en tanto éstos no puedan ser salvaguardados por medios menos gravosos (Derecho civil, políticas sociales, mecanismos alternos, etc.). Dichos medios menos gravosos deben preceder al Derecho penal habida cuenta que no implican menoscabo a las libertades y derechos de las personas o lo hacen en una proporción no tan significativa, en comparación con las sanciones penales.

Así, desde la perspectiva político criminal, el cometido de esa sanción no puede tener como finalidad la protección de cualquier bien jurídico, lo cual da origen a la *protección subsidiaria de bienes jurídicos* como una de las misiones primordiales de la pena,³⁹ sino que se establece como postulado que la protección de bienes jurídicos no se llevaría a cabo sólo mediante el Derecho penal, sino que participa todo el instrumento jurídico que tiene a su disposición el Estado, del cual la norma jurídica penal sólo debe

³⁵ *Ídem*.

³⁶ ROXIN, Claus, (2002), *Política criminal y sistema del derecho penal*, traducción e interpretación de Francisco Muñoz Conde, 2ª ed., Argentina, Hammurabi, p. 49.

³⁷ *Ídem*.

³⁸ ROXIN, Claus, *op. cit.*, nota 7, pp. 51 y 52.

³⁹ *Ídem*.

intervenir como última instancia posible; sólo cuando otros medios menos agresivos fallen en dar solución al problema.

Según Roxin, la protección de bienes jurídicos a través del Derecho penal consiste en lo siguiente: *si se prohíbe superar los límites del riesgo tolerado para proteger los bienes jurídicos y alguien excede mediante su actuar los límites permitidos del riesgo realizándolo en el resultado, entonces se es autor de un hecho prohibido.*⁴⁰

Esta postura corresponde a uno de los postulados fundamentales que otorgan sustento a la sistemática funcionalista: *la teoría de la imputación objetiva desarrolla en términos muy concretos que un sujeto es autor de un injusto penal cuando, sin estar amparado por una causa de justificación, ha creado un riesgo no permitido para un bien jurídico penalmente protegido y este riesgo se ha realizado en un resultado prohibido.*⁴¹

En ese sentido, si entendemos al injusto como la lesión a un bien jurídico derivado de la realización en el resultado de un riesgo no permitido, se puede apreciar un giro que va de lo óntico (causalidad y finalidad) a lo normativo (entendido en un sentido valorativo); esto implica un cambio que va de la consideración de la naturaleza de las cosas hacia el establecimiento de fines eminentemente valorativos.⁴²

Es de esta forma que, en la categoría del injusto, se plasma el fin político-criminal del Derecho penal que se traduce en la protección subsidiaria de bienes jurídicos. Asimismo, en torno al principio del riesgo no permitido, resulta indispensable ponderar cada bien jurídico penalmente protegido, otorgando una especial consideración al papel fundamental que juegan los intereses de seguridad y libertad.⁴³

Aún así, no basta para imponer una sanción con afirmar que el autor se comportó de forma contraria a Derecho. Todavía no se afirma su responsabilidad y, por consecuencia,

⁴⁰ GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe y OJEDA RODRÍGUEZ, Cuauhtémoc, (2002), *La imputación objetiva*, México, Universidad de Guanajuato, p. 50.

⁴¹ ROXIN, Claus, *Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania*, [Disponible en]: http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2725_teor%C3%ADa_del_delito_2008_conf._roxin_unc_obligatorio.pdf, última visita, 11 de noviembre de 2016, p. 10.

⁴² *Ibíd.*, p. 11.

⁴³ *Ibíd.*, p.12.

queda pendiente la cuestión de si debe ser sancionado. Para hacer esto posible debe comprobarse, una vez acreditado el injusto, que el autor se condujo culpablemente.

Durante mucho tiempo se debatió si la culpabilidad debía basarse en factores subjetivos o en la reprochabilidad de la acción contraria a Derecho. La posición de Roxin en torno a la culpabilidad es que debe optarse por una teoría de la *responsabilidad* que se sostenga en la función de la pena aplicada individualmente al infractor una vez que este ha cometido el delito.⁴⁴

Dicha función, a decir de su autor, tiene un carácter preventivo orientado a inhibir futuros hechos delictivos. Señala de igual forma que una reacción punitiva no sustentada en las necesidades de la sociedad carece por completo de legitimación, lo cual implica que debe estar alineada a los fines preventivos especiales y generales de la pena, así como tener injerencia en la sociedad para que el derecho sea reconocido por los ciudadanos y que tengan presente las consecuencias de cometer acciones punibles.⁴⁵

Desde esta perspectiva el principio de culpabilidad se construye en tanto que la pena tiene su límite en el grado de culpabilidad del autor. Esto es, por un lado, a ninguna persona le puede ser impuesta una pena si actuó sin culpabilidad; por otro, tampoco la pena puede superar el grado de culpabilidad del autor.⁴⁶ De esta manera se establece un límite a la facultad punitiva del Estado y dota al ciudadano de un razonable ámbito de libertad personal en contraproposición a los intereses de seguridad estatales.

La teoría de los fines de la pena de Roxin propugna por una limitación recíproca entre culpabilidad y prevención.⁴⁷ Una pena nunca podrá imponerse sin culpabilidad y no podrá ser superior al grado de culpabilidad. La pena impuesta debe basarse en la culpabilidad y será impuesta en tanto sea indispensable desde el punto de vista preventivo.

Así, dentro de su sistemática, Roxin establece que la categoría del delito que se ubica después del injusto debiera denominarse *responsabilidad*, entendiendo por ésta al

⁴⁴ ROXIN, Claus, *op. cit.*, nota 7, p. 89.

⁴⁵ *Ídem.*

⁴⁶ ROXIN, Claus, *op. cit.*, nota 41, p. 17.

⁴⁷ ROXIN, Claus, *op. cit.*, nota 7, p. 89.

concepto superior de necesidad de pena basado en la culpabilidad y la prevención que conjuntamente determinan la punibilidad.⁴⁸ No será culpable quien no pueda comprender o no pueda ser influenciado por la norma prohibitiva; cuando el autor no sabe que su comportamiento es antijurídico (error de prohibición invencible como causa excluyente de la culpabilidad); cuando el autor se haya conducido incluso con un grado disminuido de culpabilidad, pero según los criterios preventivos no es realmente indispensable imponerle una pena (renuncia a la pena).⁴⁹

En cuanto a la crítica al sistema funcionalista de Roxin, de entre las más significativas, se encuentra aquella que le reprocha la pérdida de cientificidad en virtud de que propugna un sistema abierto, lo que pudiera constituir una fuente de inseguridades y propiciaría la arbitrariedad. Además, partiendo de que la política criminal puede ser diferente según la sociedad, podría orientarse hacia un nacionalismo jurídico. También se critica que la introducción de estas finalidades llevaría a la confusión de las categorías y en última instancia a meras imputaciones como las que se dieron en etapas más antiguas del Derecho penal.

Aunado a lo anterior, desde el funcionalismo sistémico viene otra crítica al encontrar dificultades a la hora de fundamentar la punibilidad de una serie de conductas propias de la modernidad, caracterizadas por su naturaleza anónima y por la avanzada evolución tecnológica en la que se encuentra inmerso el mundo actual.

V. TENDENCIAS MODERNAS (FUNCIONALISMO SISTÉMICO RADICAL)

Günther Jakobs diseña una teoría conocida como *sistémico-funcional*⁵⁰ o *funcionalismo radical*⁵¹ a partir de una construcción conceptual con pautas sociológicas y en atención a necesidades preventivo-generales.⁵² Busca superar la concepción de

⁴⁸ *Ibidem*, p. 792.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 19-20.

⁵⁰ ROXIN, Claus, *op. cit.*, nota 41, p. 23.

⁵¹ Véase SCHÜNEMANN, Bernd, (2002), “La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal”, en *Fundamentos de la dogmática penal y de la política criminal (ontologismo y normativismo)*, México, Jus Poenale-Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, p. 36 y ss. De acuerdo con este autor, Jakobs sostiene un *normativismo radical*.

⁵² GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *op. cit.*, nota 6, p. 84.

relativismo que achaca a la construcción de Roxin, funcionalizando todos los conceptos jurídico-penales al que piensa es el fin del Derecho penal: la prevención general positiva.⁵³

Para él, la sociedad se constituye a través de normas, por lo que el ordenamiento jurídico-penal tiene la misión de velar por la subsistencia de tales normas y, a través de ello, procurar la permanencia de la sociedad que se apoya en ellas, y del orden social conformado, de lo que deriva, en última instancia y de forma mediata, que la identidad y carácter de los mismos individuos, como personas, también resultarán preservados por el Derecho penal.

Para construir sus formulaciones, Jakobs se apoyó en la Teoría de Niklas Luhmann quien había considerado que el Derecho es un sistema social vinculado a la generalización congruente de expectativas de comportamiento de carácter normativo.⁵⁴

Jakobs parte del mismo presupuesto, en el sentido de que el Derecho es una parte de la sociedad y la solución a los problemas sociales por medio del Derecho penal tiene lugar dentro de ella misma, y a través de un sistema social parcial que es el sistema jurídico penal. De tal manera que cuando se violan las normas jurídicas se produce una decepción que exige la reafirmación de las expectativas defraudadas por lo que, conforme a ello, considera que el fin del Derecho penal es la estabilización del propio sistema social mediante la proyección de esas normas hacia el sistema mismo, de manera que la imputación derivará de la infracción de la norma en cuanto infracción de las expectativas sociales.⁵⁵

La pena, en ese sentido, es la demostración de la vigencia de la norma a costa de un sujeto competente. No pretende evitar lesiones de bienes jurídicos, sino que se dirige a *confirmar la identidad normativa de la sociedad*. Por consecuencia, el Derecho penal no debe reaccionar frente a un hecho que signifique la lesión de un bien jurídico –como lo propone Roxin–, sino sólo frente a un hecho que signifique el quebrantamiento de la norma.

⁵³ *Ibidem*, p.110.

⁵⁴ ROXIN, Claus, *op. cit.*, nota 7, p. 89.

⁵⁵ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, et al., (1997), “Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs”, en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, p.19.

De esta manera a todas las personas que conforman la sociedad le son atribuidos *roles* específicos que generan a su vez determinadas expectativas en los demás. De esta suerte, cada uno de los sujetos que conforman la sociedad son garantes de que dichas expectativas existentes respecto de ellos no se vean frustradas.⁵⁶

En lo que concierne a la sistemática del delito, afirma claramente que el concepto penal de acción debería combinar sociedad y Derecho penal y, por tanto, en una sociedad moderna, solamente podría ser considerado como acción lo socialmente inadecuado cometido por una persona responsable, de esta manera acción y culpabilidad quedarían vinculados en una teoría funcional. No obstante, como lo que interesa es que la infracción de la norma se pueda imputar a una persona, el injusto entonces no pasaría en realidad de ser un concepto auxiliar;⁵⁷ tendría autonomía como presupuesto lógico de la culpabilidad (la culpabilidad presupone la existencia de normas que deben ser conocidas antes), pero solamente expondría una parte del problema: la lesión de la norma. Esto quedaría, según dicha teoría, demostrado con el postulado de que el Derecho penal no reacciona frente a todo injusto. Con la vulneración culpable de la vigencia de la norma se cristalizaría la finalidad de la pena.

La imputación objetiva viene a ser, consecuentemente con lo anterior, la constatación de la competencia por la infracción de la norma. No es un concepto adicional de la acción como lo entiende la doctrina dominante, pues la acción en sentido funcional solamente puede ser entendida, desde el principio, como una causación imputable en el sentido de una toma de postura significativa en el plano de la comunicación, una expresión de sentido comunicativamente relevante; y la conducta imputable correctamente entendida, sólo podría ser algo socialmente inadecuado que, como la acción en sentido funcional, incluiría ya la evitabilidad y la culpabilidad.⁵⁸

Actualmente lo que se discute bajo el concepto de imputación objetiva no es otra cosa que una precisión de la controversia relativa al concepto de la acción. El concepto tradicional que entiende la acción como un proceso bio-psicológico solamente describiría lo

⁵⁶ *Ibídem*, p. 20.

⁵⁷ *Ibídem*, p. 26.

⁵⁸ *Ibídem*, pp. 56 y 57.

que acontece en el ámbito de la naturaleza, o sea, lo que no tendría relevancia jurídica.⁵⁹ Ya concretamente, en el análisis del delito, se toma ciertamente como punto de partida a la causalidad en el sentido científico-natural dado que en el mundo moderno de libertades se le ha asignado una atribución de sentido por la sociedad; en tal medida, dicha causalidad como elemento de la imputación, solamente marca los límites máximos de una posible vinculación entre persona y efecto externo, pero todavía se necesita precisar cuándo existiría verdaderamente una falta de fidelidad al ordenamiento jurídico en la planificación de la conducta (o sea, una infracción del deber o, por último, de la responsabilidad), la cual se determina mediante una serie de criterios de imputación objetiva. Jakobs reconoce los siguientes: superación del riesgo permitido (conducta incorrecta), actuar a propio riesgo (competencia de la víctima), prohibición de regreso (competencia de terceros).⁶⁰

Con esta concepción funcional de la acción también pierde importancia la distinción entre acción y omisión, toda vez que ambos casos atribuyen un suceso a un individuo que comunica en la sociedad.⁶¹ A partir de que se entiende funcionalmente a la persona, dentro de la sociedad, como un sujeto con competencias que no debe configurar la realidad en ámbitos donde otros están autorizados para hacerlo (arrogarse ámbitos de organización), ni defraudar expectativas que derivan de determinados roles que ellos ostentan (lesión de una institución), el elemento tradicional de la omisión en la posición de garante también existiría en la comisión.⁶² Tanto en la comisión como en la omisión lo que interesaría sería imputar a personas que, por ser tales, serían garantes de que se observen determinados deberes; precisamente el hecho de que estos sujetos tengan a su cargo el respeto de tales deberes, determinaría su carácter de personas; si no, pertenecerían al ámbito de la naturaleza. La única diferencia que existe entonces entre comisión y omisión, desde la perspectiva normativa, no estaría en la conducta en sí como defraudación de expectativas sino en el deber al cual se refieren: en el caso de la comisión la defraudación se dirigiría a un deber negativo (de no arrogarse competencias ajenas), en la omisión, a un deber positivo (expectativa de ayudar a otros).

⁵⁹ *Ídem.*

⁶⁰ *Ibidem*, p. 57.

⁶¹ *Ibidem*, p. 65.

⁶² *Ídem.*

El funcionalismo sistemático radical ha sido duramente criticado en virtud a que Jakobs renuncia partir de una base empírica impregnada de principios político-criminales. Quiere explicar el Derecho penal desde el funcionamiento -real, según él- de la sociedad y de las personas que actúan en ella para luego, sobre esta base, elaborar los conceptos jurídico-penales.

El normativismo propugnado por este autor, en suma, constituye un positivismo con fundamentación sociológica que renuncia a responder cuestiones materiales de legitimación, remitiéndonos para ello a la política criminal u otras ciencias afines.

VI. LA PROYECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO

El Estado que conocemos actualmente se vio obligado a pasar por un desarrollo que le implicó varios años. El ser humano, con la finalidad de mantener un orden social en la que derechos como la vida, la libertad y la paz, entre otros, fueran considerados bienes superiores, se vio en la necesidad de construir un sistema que le permitiera garantizarlos.

El Estado democrático de Derecho, en ese sentido, fue la opción que permitió el acceso a los derechos de participación política y económica. Tomó como punto de partida dos supuestos: uno en sentido objetivo que inicia en la norma y que exige que sea la ley quien regule los comportamientos sociales teniendo al ordenamiento jurídico como límite o cauce del poder; el segundo, en sentido subjetivo, que exige que ese ordenamiento incorpore los derechos y libertades de los individuos. Así, el Estado democrático de Derecho tendría como pilar fundamental *una orientación político-criminal capaz de garantizar un marco ideológico propugnador de un modelo social personalista*.⁶³

A fin de dotar de contenido liberal a dicho concepto, Elías Díaz aseveró que: *Los derechos humanos constituyen la razón de ser del Estado de Derecho*.⁶⁴ De ahí que lo

⁶³ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio, “Derechos humanos y Derecho penal”, en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XI, en línea, disponible en: https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4225/pg_029-062_penales11.pdf?sequence=1&isAllowed=y consultado el 17 de diciembre de 2016, p. 32.

⁶⁴ DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y Democracia*, Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura n° 19-20 en línea, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/87596> consultado el 16 de

considera como *la institucionalización jurídica de la democracia*,⁶⁵ requiriendo para su realización de instituciones capaces de articularse coherentemente, esbozando un modelo de Estado de derecho jurídico y político, cuyo sometimiento a la Ley constituya premisa fundamental y posibilite la regulación y actuación de sus poderes a leyes que, de manera relevante, han sido creadas conforme a los procedimientos democráticos dispuestos para ello.⁶⁶

En los últimos años, no obstante, se ha debatido en torno a si deben prevalecer los postulados de un Derecho penal sustentado en los ideales políticos de la ilustración, caracterizado por el respeto a los límites derivados del contrato social en tanto garanticen los derechos fundamentales de los ciudadanos; o bien si, dado los problemas actuales que se acarrearán con la modernidad, debe plantearse la posibilidad de modificar o sustituir dichos principios para hacer frente a nuevas manifestaciones de la criminalidad.

Teniendo en cuenta que el Derecho penal se constituye en expresión del poder punitivo estatal, su legitimidad debe moldearse en la constitución política y en los tratados internacionales -fundamentalmente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos- sustentándola en los principios de dignidad humana, igualdad y de participación del ciudadano como la mejor garantía para el racional ejercicio del poder punitivo.⁶⁷

En ese sentido, por ejemplo, se ha planteado que *la pena representa un ilícito moral, algo que no se justifica por sí mismo, sino que requiere ciertas razones de peso*, lo que nos llevaría a considerar que la aplicación de la sanción penal de ninguna manera debe ser gratuita ni irracional, sino fundamentada en la consecución de las finalidades planteadas primordialmente en la Constitución.⁶⁸

febrero de 2017, p. 203. Según este autor, resulta imprescindible, para considerarlo como un Estado de derecho, la presencia de cuatro elementos: a) imperio de la Ley; la ley como expresión de la voluntad general. b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. c) Legalidad de la administración: actuación según Ley y suficiente control judicial. d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídica formal.

⁶⁵ *Ídem*.

⁶⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *op. cit.*, nota 3, p. 70.

⁶⁷ En lo que respecta al Estado mexicano, el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en ella, así como en los tratados internacionales de los cuales México sea parte.

⁶⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis, (2014), “La limitación Constitucional del Legislador Penal”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, Trotta, p. 263.

Es indispensable también determinar los bienes jurídicos que son objeto de tutela penal, por lo que sólo deben considerarse como tal aquellas conductas externas que produzcan una lesión o pongan en riesgo de manera muy grave derechos fundamentales de las personas o bienes que hagan intolerable la convivencia social.⁶⁹

Debe considerarse el *carácter subsidiario* del Derecho penal, configurado como *última ratio* para intervenir sólo cuando los otros medios resulten ineficaces o ineficientes para tutelar adecuadamente el bien jurídico.⁷⁰

Finalmente, expresar el principio de proporcionalidad, de acuerdo con el cual, la pena impuesta no debe superar la gravedad del delito cometido, considerando en todo caso la necesidad de exigir una rígida aplicación de las garantías penales cuando la pena impuesta deba ser necesariamente grave.⁷¹

Visto de esta forma, podemos concluir en el sentido de considerar un Derecho penal de corte constitucional cuya proyección hacia el respeto a los derechos fundamentales otorgue legitimación derivada del Estado democrático de Derecho.

Desde ese aspecto, la sistemática de la teoría del delito se contempla en dos escenarios derivados del modelo de Derecho penal expresado: primeramente, en el ámbito práctico posibilita la resolución coherente de los casos, y, en el terreno garantista, dado que ofrece al destinatario de la norma los alcances y limitaciones del poder punitivo frente a su acto.⁷²

Finalmente, es indispensable apuntar por lo menos nuestro apego a una orientación garantista para minimizar la violencia de la intervención punitiva, sometiéndola a límites estrictos de tutela de los derechos de la persona, dentro de los cuales la teoría del delito cumple una función de garantía, como regla de imputación penal, ante el poder punitivo del Estado.

VII. CONCLUSIONES

⁶⁹ *Ibídem*, pp. 266 - 267.

⁷⁰ *Ibídem*, p. 273.

⁷¹ *Ídem*.

⁷² GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *op. cit.*, nota 6, p. 4

La pretensión de ofrecer un breve recorrido en la evolución de la dogmática jurídica penal, nos ha permitido presentar los diversos escenarios en los cuales se ha construido la sistemática de los conceptos que integran la norma penal, el concepto de delito y su consecuencia jurídica: la pena. No obstante, hemos procurado incluso a riesgo de ser reiterativos, presentar cada una de las propuestas conforme a los postulados que derivan de la concepción de un Estado social y democrático de derecho; quizás el mayor aporte de este sencillo esfuerzo sea precisamente el tomar postura respecto de la adopción de un Derecho penal de corte liberal cuya orientación se determine por el respeto irrestricto hacia los derechos fundamentales del individuo.

A la teoría del delito le interesan primordialmente los factores jurídicos que le permitan construir una imputación a un individuo a efecto de hacerlo responsable, conforme a un sistema cuyos presupuestos se encuentran establecidos previamente en la ley penal positiva.

Para ese efecto, asumimos una postura prevaleciente en la mayoría de los países que propugnan por los principios emanados del Estado de Derecho de corte social y democrático, que se perfilan en una orientación político criminal que otorguen rumbo y sentido a la dogmática jurídico penal. La teoría del delito por tanto debe construirse con base en valoraciones político criminales que tengan como referente la misión del Derecho penal y el fin de la pena.

Dicho recorrido evolutivo servirá de base para, posteriormente, profundizar en el análisis de aspectos esenciales -y muy discutidos en la doctrina actual- como la imputación objetiva, la autoría y participación, el contenido de la culpabilidad y la legitimación de bienes jurídicos de peligro abstracto, sobre todo considerando que la teoría del bien jurídico, junto con la función de la pena, es fundamental para delimitar la conducta punible de la que no lo es. Cada uno de ellos merecería un tratamiento específico para, por lo menos, plantear adecuadamente sus alcances.

Atendiendo a los diversos enfoques sistemáticos esbozados, queda perfilado en lo esencial que las categorías básicas del sistema del Derecho penal, en lo sustancial presenta cuatro elementos comunes, acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, los cuales

presentan un sólido trayecto mediante el cual han sido elaborados y desarrollados conforme a un método que proporciona certeza y seguridad jurídica al momento del análisis concreto de una conducta formular una imputación jurídico penal coherente, ordenada y respetuosa de los derechos fundamentales de las personas. Dicho contexto nos permite contribuir a la difusión del Derecho penal, sobre todo entre quienes se inician en su estudio.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio, “Derechos humanos y Derecho penal”, en Estudios penales y criminológicos, vol. XI, [Disponible en]: https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4225/pg_029-062_penales11.pdf?sequence=1&isAllowed=y consultado el 17 de diciembre de 2016.
- DÍAZ ARANDA, Enrique, (2003), *Derecho penal, parte general*, México, Porrúa.
- _____ (2002), *Dolo, causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, 4ª ed., México, Porrúa.
- DÍAZ, Elías, “Estado de Derecho y Democracia”, en Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura nº 19-20 [Disponible en]: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/87596> consultado el 16 de febrero de 2017.
- GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe y OJEDA RODRÍGUEZ, Cuauhtémoc, (2002), *La imputación objetiva*, México, Universidad de Guanajuato.
- _____ (2004), *Fundamentos de la dogmática jurídica penal*, Guanajuato, Yussim, 2004.
- LISZT, Franz von, *Tratado de Derecho penal*, (1926), t. I y II, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, traducción de la 18 y 20ª edición alemana y adicionado con la historia del Derecho penal en España por Quintiliano Saldaña, Madrid, Reus.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, (2002), *Derecho penal, parte general*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, et al., (1997), “Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs”, en *Estudios de Derecho penal, Günther Jakobs*, Civitas.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, (2014), “La limitación Constitucional del Legislador Penal”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, Trotta.
- ROXIN, Claus, (1997), *Derecho penal, parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García-Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas.
- _____ *Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania*, [Disponible en]: http://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2725_teor%C3%ADa_del_delito__2008__conf._roxin__unc_obligatorio.pdf consultado el 11 de noviembre de 2016.
- _____ (2002) *Política criminal y sistema del derecho penal*, traducción e interpretación de Francisco Muñoz Conde, 2ª ed., Argentina, Hammurabi.

SCHÜNEMANN, Bernd, (2002), “La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal”, en *Fundamentos de la dogmática penal y de la política criminal (ontologismo y normativismo)*, Jus Poenale, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, México.

WELZEL, Hans, (1997), *Derecho penal alemán, parte general*, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, 4ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.