

CAPÍTULO SEXTO

DERECHO PENAL, DOGMÁTICA Y SISTEMÁTICA PENALES

— I —

El Derecho Penal y la dogmática penal

La dogmática penal se emplea para conocer de forma metódica las normas positivas penales. El objeto de la dogmática penal son las normas penales ya dadas en la ley vigente. Por esa razón ellas se consideran ya como un «dogma», es decir, como una declaración de la voluntad legal. Y, por lo tanto, con pretensión de validez general. Pero si la dogmática jurídico-penal quiere seguir una ruta democrática, tratará de averiguar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, sus consecuencias y conocer qué es lo que la ley quiere castigar y cómo quiere hacerlo ajustando el entendimiento de la norma a los límites que se deriven de la C. Es decir, acotando el entendimiento de esas normas con los derechos personales, las garantías individuales y los principios que manan de la misma C. De aquí que a la dogmática jurídico-penal se le debiere conceptuar como la disciplina que interpreta, sistematiza y desarrolla las normas penales y las opiniones de la doctrina en ese campo a la luz de los mandamientos constitucionales y los límites de un estado de derecho que se deriven de aquellos.

Para ello la dogmática parte de lo que las normas tratan de solucionar y a la vez acepta el arreglo que ellas dan. Pero los remedios que brindan las normas penales pueden ser —y de hecho son— discutibles. Así el CP nos puede decir que sólo son punibles como tentativa los actos de ejecución cuyo fin sea la consumación. Pero esta solución legal es incompleta, simplemente porque no nos aclara cuáles son los actos de ejecución. Y la verdad es que los códigos penales ofrecen muy pocos datos para la solución de muchos otros problemas como aquél. La misión de la dogmática consiste aquí, como con cualquier otro problema legal, en formular teorías partiendo de las soluciones legales. Todas ellas se distinguen por su mayor o menor fuerza de convicción y por su verificabilidad; es decir, por su capacidad para comprobarse en la práctica y por la racionalidad de sus argumentos. Cierto es que esas teorías pueden sean inapropiadas para resolver el problema. Pero en cualquier caso su formulación abre ya una puerta para remediarlo; solución que tal vez podrá ser falsa, pero que, por lo menos, ya se conoce y se puede discutir científicamente. De tal suerte que si no convence por la consideración dialéctica del saber, puede ser superada o sustituida por otra.

La dogmática de la Parte general no obedece a los mismos principios que a los de la Parte especial. La Parte Especial sirve a la protección contra lesiones de ciertos bienes jurídicos y contiene normas de conducta específicas de delitos en particular que los lesionan; mientras que la Parte General se compone principalmente de reglas de validez y de imputación del delito; las que, como tales, son aplicables a todas las normas de la Parte Especial y, por supuesto, a los delitos que ella contiene y a los que se contengan en otras leyes en la medida que estas no prevean normas de aquél tipo. De aquí que con una y otra se conforman las teorías de la ley penal, del delito y de la pena. Aunque para ello juega un papel fundamental la Parte General, pues para que se pueda estimar realmente delito cualquier conducta punible de las previstas en la Parte Especial de los códigos o en otras leyes, es preciso que aquella se ajuste a las condiciones, categorías o elementos que para

tal efecto de deducen de dicha Parte General. De la teoría de la ley penal ya me ocupé en la Segunda Parte de este trabajo. Corresponde en esta Tercera Parte ver la teoría del delito. Y uno de los cometidos más difíciles que encuentra la dogmática de la teoría del delito es la evolución cada vez más fina de un "sistema" del Derecho penal. Un "sistema" es —por decirlo con las conocidas formulaciones de Kant—: (...) La unidad de los diversos conocimientos bajo una idea —o un todo del conocimiento ordenado según principios—. ⁴²⁶ Por lo tanto, la dogmática jurídico-penal como sistema no se conforma con exponer conjuntamente y tratar sucesivamente sus proposiciones doctrinales que deriva de las normas penales dadas; sino que intenta estructurar la totalidad de los conocimientos que componen la teoría del delito en un "todo ordenado". A ello se le conoce como "sistema de la dogmática penal". De tal modo que ese "sistema" —ese todo ordenado— haga visible a la vez la interconexión de los dogmas concretos que se deriven del orden jurídico vigente que ordena. De la manera anterior se perfila la metodología tradicional de la dogmática penal en amplio sentido, cual es el ordenar los dogmas penales a partir de las normas dadas. Formular teorías con base en los dogmas. Organizar los dogmas y las teorías en un todo sistemático teórico, cuyo principal objeto de conocimiento son las parcelas del Derecho Penal. Y de donde surgen la teoría de la ley penal, la teoría del delito y la teoría de la pena. Su fin es el de resolver los problemas prácticos que suscita el Derecho Penal con base en los dogmas ordenados según el sistema que se acoja.

Por lo pronto, cabe hacer un esbozo sobre la estructura básica de las normas penales; así como de las categorías elementales en las que actualmente se asientan los sistemas sobre la teoría del delito. A partir de ellas trazaré luego las líneas del sistema que adopto, para después desarrollar en detalle la teoría del hecho punible o teoría del delito. A tal efecto, considero pertinente delinear primero la estructura de la norma jurídico-penal. La cual ya de por sí es una tarea dogmática.

— II —

Estructura e implicaciones de la norma penal

Muchas de las pautas de la ley penal equivalen a "reglas de conducta cuya infracción amerita una pena" y la cual normalmente consiste en la privación o la afectación de la libertad de las personas. De aquí que importe elucidar la estructura y el contenido material de esas normas penales que en su conjunto son el punto de referencia del Derecho Penal para la concepción jurídica de lo que es delito. Del cual la doctrina es más o menos uniforme que es una conducta típica, antijurídica y culpable. La primera afirmación a tal efecto ha de ser que: El conjunto de normas previas de conducta en relación con la convivencia en sociedad y las consecuencias jurídicas que por su infracción se imponen con el nombre de pena o su equivalente sustancial viene a constituir lo que se conoce como *Derecho Penal Objetivo*. ⁴²⁸

⁴²⁶ Cit por Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*; traducción por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal, reimpresión, Editorial Civitas, S. A., Madrid, España, 1999, p. 193.

⁴²⁸ Quizá en ciertas legislaciones no se reconoce de manera expresa a esas "normas jurídico-penales" aunque su existencia se deduce mediante una construcción jurídica deductiva de la Parte General de los códigos penales, principalmente de las causas que excluyen el delito. Caso en el cual no se encuentra exactamente la legislación penal mexicana, pues la fracción V de los sendos artículos 52 Del CPF y el CPDF sí alude a esas "normas" de manera expresa al ocuparse de la individualización de sanciones y disponer que el juez atenderá, entre otras circunstancias a: "las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma".

Su misión en amplio sentido es asegurar las condiciones mínimas de convivencia de las personas en sociedad para posibilitar el desarrollo de las mismas. Y su carácter más peculiar es quizá su naturaleza *contra-fáctica*. En tanto la vigencia de las normas no se altera en nada porque se cumplan los supuestos de hecho que les dan origen. Al contrario, la pena por ese cumplimiento confirma la vigencia de las normas penales. Y se dice que ello es así porque las normas penales se derivan de un sistema de *expectativas sociales*. Se espera que no se realicen las conductas que prohíben las normas penales. Y se espera igualmente que si se realiza la conducta prohibida, se reaccione con la pena que la norma prevé. Cuando la norma se infringe se origina una *frustración social* que se compensa con la satisfacción de la *expectativa*, que es el merecimiento de la pena. Así, la validez de la norma penal queda incólume.

De lo anterior se obtiene: **1)** Que la norma penal es un precepto jurídico que prohíbe ciertas conductas cuya realización conmina con penas. Y, **2)** Que la norma penal consta entonces de «un supuesto de hecho» y de «una consecuencia jurídica» como toda norma jurídica.

Mas aunque en un primer enfoque, el contenido de la norma penal no podría diferenciarse realmente en nada del resto de las normas jurídicas, pues al igual que estas, la llamada norma primaria (que se dirige a las personas)⁴³⁰ contiene por un lado el «supuesto legal del hecho» o «presupuesto» y, por el otro, la «consecuencia jurídica» que se prevé para el hipotético caso de que dicho «supuesto legal del hecho» acaezca, lo cual se le puede representar con la conocida fórmula: "Si es A, debe ser B", donde la norma no expresa un «ser» sino un «deber ser». En tanto el dador de la norma no dice: Así es de hecho. Sino que dice: Así debe ser por Derecho. Lo que en realidad distingue a la norma penal primaria son sus componentes —de carácter ontológico-valorativo y nomológico⁴³¹— por los que se vendrá a afirmar que el supuesto legal del hecho ("A") es un delito en un caso concreto que amerita como consecuencia jurídica una pena y/o medida de seguridad ("B"). Ahora bien, para que las normas penales primarias —como reglas de conducta que se han de observar por las personas para preservar el orden externo en sociedad según valores— se puedan realmente estimar como medio de control social donde las personas son sus destinatarias, es preciso distinguir entre tales normas penales primarias y las secundarias. La norma penal secundaria se dirige al juez competente, a efecto de que previo el debido proceso penal aplique las consecuencias jurídicas que se derivan para una persona por su quebrantamiento de la norma primaria: Si es A entonces debe ser B. Mas la norma penal primaria parte del supuesto legal del hecho ("A") y se dirige a cualesquiera persona, prohibiéndole realizar ciertas conductas lesivas de bienes jurídicos bajo la conminación de punirlas si acaso las lleva a cabo. Esto se puede explicar de esa manera porque de la pena que el legislador dispone que se imponga en caso de darse el supuesto legal del hecho punible, se puede inferir que él mismo prohíbe las conductas que realicen aquel supuesto de hecho. La prohibición de las conductas descritas como delitos en la ley penal se deduce así de la conexión entre el supuesto de hecho ("A") y la consecuencia jurídica de la norma secundaria ("B"). Lo cual

⁴³⁰ Respecto de cada figura típica-penal de un delito se suele distinguir entre norma penal "secundaria" y "primaria". La norma penal "secundaria" es expresa y se dirige a los jueces: Si es A (supuesto legal de hecho) debes imponer B (la sanción que se menciona en esa figura típica.) Por su parte, la norma penal "primaria" está implícita en aquella norma secundaria y se dirige a los ciudadanos: Se te prohíben las acciones u omisiones que realices en cierto marco de prohibición, con la amenaza de sancionarte con tal o cual pena si infringes la prohibición.

⁴³¹ Empleo la expresión "nomológico" como derivación equivalente a "lo que se conoce" y no como derivación del "nominalismo" (tendencia a negar la existencia objetiva de los universales, considerándolos como meras convenciones o nombres, en oposición a realismo y a idealismo.) Sin desconocer que muchas creencias de ciertas realidades "científicas" a la postre pueden resultar falsas.

supone —dice García Rivas—: (...) una intervención reguladora del comportamiento humano que no es posterior a la realización del hecho, sino anterior, esto es, preventiva.⁴³²

Sin embargo, el escalón sistemático donde se ha de valorar la infracción de las normas penales primarias es discutido y discutible. En efecto, así como es evidente que tras el supuesto del hecho punible que la ley prevé como delito se esconde una norma que prohíbe —con la amenaza de pena— comportarse de acuerdo con el supuesto legal del hecho. Lo cual apareja que la norma penal primaria de carácter penal siempre supone una prohibición de conductas. Y lo cual apareja igualmente deducir que dicha prohibición penal de conductas encierra a su vez un juicio previo del legislador. Juicio que se emite acerca del carácter socialmente desvalioso de la conducta que realiza el hecho descrito en el supuesto legal lesionando bienes jurídicos sin causa que lo justifique. También se ha deducido que dichas normas prohibitivas se desdoblán en dos clases: Las normas de valoración o de determinación⁴³³ y las normas de motivación. Las normas de valoración de conductas valen para todos, Y disponen que todo comportamiento deba ajustarse a Derecho. Las destinatarias de la normas de determinación-valoración son todas las personas por igual. Menores o mayores de edad penal, imputables o inimputables. Mientras que las destinatarias de las normas de motivación sólo son las personas que al realizar su conducta se encuentren en un contexto de comunicación con la norma prohibitiva que se proyecta en el tipo, pues sólo así les sería posible ajustarse a ellas.

Con base en ello se sostiene que la contrariedad de la conducta con la primera clase de normas (de "determinación-valoración") correspondería examinarla en el nivel de la antijuridicidad. Mientras que la infracción de la segunda clase (de "motivación") se examina en el de la culpabilidad. Sin embargo, cabe preguntarse: ¿Se puede realmente hablar de que se "infringe" una norma (en este caso de determinación-valoración) porque se da una acción socialmente desvaliosa —y sin causa que la justifique— que lesiona o coloca en peligro de lesionar bienes jurídicos, sin atender a las circunstancias de comunicación de esa norma con su destinatario, esto es, con quien realizó la acción desvaliosa? Lo dudo mucho. Porque al menos desde la perspectiva de comunicación de las normas motivadoras de conducta —cuyas destinatarias son las personas que las han de observar— no se puede sostener que el sujeto las "infrinja" por el solo hecho de que con su conducta se ajuste sin causa justificada al supuesto de hecho que motiva una pena; porque ello sólo puede responderse afirmativamente si hubo un contexto de comunicación de la norma con su destinatario. Esto es, sólo cuando la persona —que en el caso concreto realizó el supuesto legal de hecho— podía motivarse de acuerdo con la norma porque conocía la prohibición o estuvo razonablemente en posibilidad de conocerla y de observarla. Pero en tal evento, de lo que en realidad se está hablando es de una "infracción" a la norma de "motivación" y no de que el sujeto que actúa en tal contexto "infrinja" la norma de "determinación-valoración". La cual en realidad —y más propiamente— viene a referirse a un imperativo legal de valoración objetiva de la acción que ha determinarse conforme a la norma. De tal guisa que se afirma que hay contradicción de la conducta con la norma de determinación-valoración cuando se da la desvaloración del hecho porque

⁴³² Nicolás García Rivas, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, España, 1986, p. 19.

⁴³³ Las normas de valoración y de determinación —como figuras jurídico-ideales— que subyacen en las normas prohibitivas de los tipos penales, se emplean en la doctrina como pautas para decidir la contrariedad de la conducta con el Derecho. Es decir, para decidir la antijuridicidad de la misma. Sin embargo, aunque las normas de "valoración" se utilizan con relación a los tipos penales de simple conducta y las de "determinación" respecto a los tipos penales de resultado, en realidad una y otra tienen la misma función antedicha: auxiliar a decidir el carácter antijurídico de la conducta. Su esencia es pues la misma en tal sentido. Por lo que en adelante me referiré simplemente a normas de "valoración" de manera indistinta para aludir a las dos clases de normas.

objetivamente se actúa contra Derecho en el caso concreto lesionando bienes jurídicos. Y cuya ponderación jurídica vale para todos —y con independencia del contexto de comunicación de la norma motivadora con algún destinatario concreto—. La norma de determinación-valoración es pues en realidad un conjunto de principios jurídicos que permiten la evaluación objetiva de una conducta como contraria a Derecho. Y los que a la vez se deciden de esa manera —en materia penal— cuando una persona se ajusta al supuesto de hecho punible lesionando bienes jurídicos sin causa que la justifique. De aquí que en realidad se pueda sostener que la conducta es antijurídica cuando haya disonancia entre ella y la norma de determinación-valoración que encierra la norma prohibitiva del tipo, pero sin que necesariamente aquella haya infringido —al menos subjetivamente— la norma de motivación de la misma norma prohibitiva.

El carácter imperativo de las normas penales —como reglas de conductas dirigidas a los ciudadanos—: conlleva pues un destinatario capaz de cumplir el mandato ínsito en la norma prohibitiva que aquél conoce o está razonablemente en condiciones de conocer (valoración subjetiva de la norma de motivación.) De tal suerte que sólo si en el caso concreto se da un contexto de comunicación entre aquél y la norma penal prohibitiva, se puede hablar de que aquél la pueda realmente “infringir”.

Lo cual no se puede afirmar en muchos casos en los que ya hay un “injusto” (*desvalor social de una conducta concreta que se ajusta al supuesto legal del hecho sin causa que la justifique.*) (Y por el cual a veces se estima que hay “infracción” (sic) a la norma de determinación-valoración), cuando a lo más se puede hablar de que hay una “contrariedad” de la conducta con dicha norma.

Tan es verdad lo anterior, que se dice sin tapujo que una conducta puede ser antijurídica sin ser culpable. Así, se sostiene que actúa antijurídicamente el inimputable que mata a otro sin causa de justificación. Lo cual es correcto. Pero no lo es, que por ello ya se pueda afirmar que la persona “infringió” la norma de determinación-valoración insita en la norma de prohibición. ¿Pues cómo podría el inimputable —como destinatario de la norma— infringir la norma prohibitiva al realizar el acto en la condición de incapacidad de comprender la misma norma o de decidirse de acuerdo con esa comprensión, en tanto la infracción de esta clase de normas sólo tiene sentido en un contexto de comunicación con los destinatarios de las mismas? La conducta antijurídica no es pues necesariamente una conducta subjetivamente antinormativa en aquel sentido. Por lo tanto:

Desde la perspectiva de la infracción al carácter prohibitivo de las normas penales —lo cual apareja necesariamente un contexto de comunicación de aquellas con su destinatario— carece de sentido decir que la conducta antijurídica encierra en su realización una “infracción” normativa. Y en tal aspecto es difícil aceptar que el ciudadano “infrinja” la norma de “determinación-valoración” sólo porque realiza la conducta desvaliosa que capta el supuesto legal del hecho, lesionando el bien jurídico que el tipo penal implica. Lo que la persona hace en esos casos es realizar una conducta que se valora como contraria a Derecho por oponerse a la norma de valoración-determinación, mas sin que todavía se puede afirmar que con ella se infringe la norma de motivación que encierra la norma prohibitiva penal.

Más por otra parte, si en un contexto de comunicación con la norma no se debe hablar en sentido estricto de una “infracción” a la norma de valoración o determinación sino solo de “infracción” a la *norma de motivación* — y cuyo desacato toca examinar en la culpabilidad del autor—. Tampoco se puede negar que en todos los supuestos legales de hechos punibles sí se hallan ínsitas otras condiciones para que pueda hablarse de que se realizó un injusto que como tal contradice la norma de determinación insita en la norma prohibitiva. Esas condiciones son dos: **La primera**: El conocimiento y la voluntad —del destinatario de la norma— de realizar la conducta que describe el supuesto de hecho con inclusión de las circunstancias lesivas de bienes jurídicos por las que se indica la existencia del injusto. Si ello no fuere así, esto es, si en el caso concreto la persona al

actuar careciere de la voluntad de realizar el hecho o desconociere las circunstancias en las que lo realiza, aquella de antemano no podría ya estar en un contexto de comunicación con la norma de motivación: para que así pudiera infringirla al realizar la conducta prohibida. **La segunda:** Que el supuesto legal del hecho por el cual se prohíbe la conducta siempre supone un juicio del desvalor social de la misma. El cual no se agota sólo porque la persona realice el supuesto legal que describe el hecho punible y que involucra la lesión a uno o más bienes jurídicos; sino cuando, además, en el caso concreto no concorra causa legal que justifique la conducta lesiva. A lo cual se le llama "injusto" por la doctrina. Mas si esto es así, entonces por "supuesto legal del hecho" se está entendiendo el «ámbito total de prohibición» delimitado por el legislador. Lo cual permite hablar de un "tipo global". Y el que se integra con dos componentes: **1)** Con la conducta que realiza el tipo penal (supuesto legal del hecho en sentido estricto.) Y, además: **2)** Con la ausencia de las causas de justificación. Y, ciertamente, carece por igual de sentido afirmar que la prohibición legal de matar a otro alcanza a todos los casos en que alguien prive de la vida a otra persona. Porque esa afirmación contrastaría con los eventos en los que la misma ley permite la acción de matar. En legítima defensa por ejemplo. De aquí que también de ello se derive —como ya se dijo— que el tipo penal global no se agota con el mero supuesto legal del hecho punible donde se prevé la acción que ataca uno o más bienes jurídicos, sino que él comprende, además, la no-concurrencia de las causas de justificación. Punto que sirve de apoyo a la teoría de los elementos negativos del tipo, los que se basarían, precisamente, en la no-concurrencia de causas de justificación. Así, los elementos que constituyan el supuesto legal del hecho serían los elementos de índole positiva del tipo penal. Mientras que los de carácter negativo del mismo se integrarían por las exigencias de la no-concurrencia de causas de justificación. Las consecuencias metodológicas de tal postura son importantes, porque para ella, por ejemplo, los errores de prohibición serían errores de tipo y, por lo tanto, aquellos merecerían el mismo tratamiento que a estos se les da. Sin embargo, también por razones metodológicas, además de otras consecuencias indeseables, no parece ser que la teoría de los elementos negativos del injusto sea el mejor camino para examinar la existencia del delito. Como se verá luego en los capítulos subsecuentes.⁴³⁴ Por lo pronto, de todo lo dicho cabe destacar lo siguiente:

Primero. Que al supuesto legal del hecho punible se le podría reconocer de inmediato en ciertos preceptos de las Partes Especiales de los códigos penales. Estas Partes Especiales (ubicadas en el Libro Segundo de esos códigos) enuncian a los "delitos" en particular. Y a esos supuestos de hecho se les puede llamar «figuras típicas». ⁴³⁵ Por ejemplo: El homicidio (doloso o intencional simple) se describe como "privar de la vida a otro" en los artículos 302 del CPF y 123 del CPDF, o como "matar a otro" en el artículo 329 del CPC. Y a él se le adscribe en esos códigos cierta punibilidad de prisión: De doce a veinticuatro años en el artículo 307 del CPF, de ocho a veinte años en el artículo 123 del CPDF y de siete a dieciséis años en el artículo 334 del CPC. El presupuesto de hecho de las normas penales citadas —privar de la vida a otro o matar a otro— aparecería ya entonces como completo. Tan el de la norma primaria, por el supuesto de hecho "matar a otro" que se conmina

⁴³⁴ Ver CAPÍTULOS OCTAVO número III y CAPÍTULO DÉCIMO PRIMERO, número VII, apartado F-7.

⁴³⁵ El nombre de "figuras típicas" lo adopta expresamente el artículo 19 del CPC, que dice: "Es figura típica, el supuesto legal en el que se contempla la conducta punible del o los autores materiales de un delito en particular; consumado o en grado de tentativa; aunada a los elementos materiales o descriptivos y; en su caso; subjetivos específicos y/o normativos que se describan o impliquen en aquélla".

con pena; como el de la norma secundaria, por la consecuencia jurídica de cierta punibilidad que el juez debe imponer si constata que en el mundo de relación se dio aquél supuesto de hecho.

Segundo. Sin embargo, el presupuesto de hecho de la norma penal primaria está aún trunco en realidad. Y ello obedece a dos razones. Primera: Porque el presupuesto de hecho de la norma penal también apareja que la persona tenga la voluntad de realizar el hecho que conoce. De otra manera carecería de sentido el carácter preceptivo y motivador de las normas prohibitivas, en cuanto a la posibilidad de que la persona esté en un contexto de comunicación con la norma prohibitiva que debe acatar, lo cual, sin embargo, es parte del sustento para afirmar la culpabilidad del autor. Esto es, del juicio de reproche que se le hace por “infringir” la norma de motivación. La segunda: Porque, además de lo anterior, el legislador «completa» a las *figuras típicas* con otras disposiciones de la Parte General de aquellos códigos penales. (Libro Primero.) De ordinario, la unión de cada figura típica con las disposiciones conducentes de la Parte General integra lo que la doctrina conoce como “*tipo penal sistemático*”. Y el cual se emplea como un esquema ideal en el plano dogmático. Mismo que entra en función con relación a los supuestos de hecho que se contienen en las figuras típicas de los delitos en particular para así darles su verdadero aforo material.

Tercero. De esa manera, para formar “*sistemáticamente*” el esquema ideal del “*tipo penal*” o el llamado “*tipo penal sistemático*” se observa lo siguiente: **1)** Que los supuestos legales de hecho de la Parte Especial —*figuras típicas*— implican la lesión de ciertos bienes jurídicos, en tanto aquellos se diseñan para prevenir su lesión. Lo cual se manifiesta en la ordenación legal de las figuras típicas en la misma Parte Especial. Y lo cual ahora se declara de manera expresa en los artículos 4 del CPDF y 41 del CPC. **2)** Que a la vez, aquellas figuras típicas se enlazan con los propios supuestos legales del carácter doloso o culposo de la conducta prohibida penalmente. Mismos caracteres del dolo o de la culpa que prevé la Parte General de los códigos penales. (Artículos 8°, 9° y 60 del CPF, 18 y 76 a 77 del CPDF y 16 a 18 y 24 a 27 del CPC.) De tal manera que la conducta que realiza el supuesto legal de hecho solo puede estimarse punible si aquella es dolosa. O bien es culposa —y sólo si acaso la ley admite la forma culposa para aquél supuesto de hecho—. **3)** De igual modo, que a aquellos supuestos legales de hecho —*figuras típicas*— de la Parte Especial se les vincula con los preceptos que amplían las formas en que se interviene en el supuesto del hecho delictivo. Y cuyos supuestos de hecho son distintos a la conducta del autor que se describe o implica en el mismo supuesto legal de hecho del “delito” en particular. La razón es captar conductas diferentes a la del autor material —de ordinario implícito en la figura típica— y que han de ser punibles en virtud de cierto aporte que dan para la realización de la misma figura típica. (Artículos 13 del CPF, 22 del CPDF y 20 a 23 del CPC.) **4)** Asimismo, que a esas figuras típicas se les enlaza con otras normas de la Parte General para configurar un “delito” diferente, como ocurre con la norma de la tentativa. (Artículos 12 y 63 del CPF, 20, 21 y 78 del CPDF y 38 a 40 del CPC.) **5)** Todo ello sin contar, además, con los supuestos legales que agravan o atenúan penalmente al que contiene la figura típica de ciertos delitos o la convierten en un tipo autónomo bien sea complementado —agravado— o bien sea privilegiado —atenuado—.

Todos estos supuestos vienen a conformar al presupuesto de hecho de la norma primaria y al cual se le denomina *tipo penal sistemático*. A efecto de que éste sirva de coto y a la vez de guía para saber cuáles son los elementos típicos de cada delito; es decir, cuál es su *tipo penal*.⁴³⁶

Cuarto. Mas aún así, para que en realidad puedan ser punibles aquellas conductas descritas en la Parte Especial —y ya completadas con las previsiones de la Parte General y, en su caso, de la misma Parte Especial—, el legislador les señala otras condiciones adicionales en la misma Parte General de los códigos penales. (Libro Primero.). Las cuales confirman por un lado la existencia de un juicio legal del desvalor social objetivo del hecho y, por el otro, la infracción de una norma de *motivación*. Si faltan esas condiciones adicionales la conducta no será punible y, por ende, faltará el delito. En efecto, esas condiciones adicionales de punibilidad, que se contienen en la Parte General, se expresan de ordinario de manera negativa por el legislador; esto es, el legislador renuncia a prever sus requisitos positivos y en vez de ellos enuncia las circunstancias que impiden su configuración, a través de consignar las causas de justificación e inculpabilidad que excluyen el delito —fracciones III a X del artículo 15 del CPF, III a IX del artículo 29 del CPDF y artículos 10, 14, 42, 44 y 51 del CPC—. ⁴³⁷

Quinto. Que de la interpretación en sentido contrario de esas causas excluyentes de delito se deducen las condiciones positivas de punibilidad y las cuales también formulan expresamente los CPDF y el CPC en menor o mayor medida y de las cuales se obtiene el aforo regulativo de esas condiciones de punibilidad de la conducta típica penal, como son la necesaria *antijuridicidad* del hecho y la *culpabilidad* del sujeto. Ratificándose así, por una parte, la existencia del “injusto” —que apareja un *juicio de desvalor acerca de la conducta típica en sentido estricto que contraría al Derecho*— y por la otra, de la “culpabilidad” —en virtud de la *infracción de aquellas conductas a la norma de motivación que implica la norma penal prohibitiva*. Y mejor aún, obteniéndose el posible sustrato material de las mismas.

Sexto. En efecto, el presupuesto legal de hecho de la norma primaria penal encierra, además, un juicio “provisional” de desvalor acerca de la conducta descrita en el supuesto legal del hecho punible —tipo penal (en sentido estricto)— dado que aquella lesiona o pone en peligro de lesión al bien jurídico que la figura típica protege. Juicio que se afirma definitivamente si acaso no concurre causa legal que la justifique —tipo global—. Del cual se deriva el concepto de “injusto”. Y el cual apareja un *juicio del desvalor social de la conducta penalmente prohibida en el supuesto legal del hecho que realiza una persona contra Derecho por falta de causa que justifique aquella conducta (antijuridicidad)*.

⁴³⁶ Los elementos del tipo penal “sistemático” se mencionan en el artículo 16 del CPC de la manera siguiente: “El tipo penal de un delito se actualiza cuando se reúnen los elementos siguientes: A. ELEMENTOS PERMANENTES: I. FORMA DE CONDUCTA. La acción u omisión que se describa o implique en la figura típica; ya sea que el delito se consuma o, si la figura típica lo admite, quede en grado de tentativa. II. FORMA(S) DE INTERVENCIÓN. La o las formas de intervención del sujeto según el artículo 20. III. DOLO O CULPA. El dolo o culpa según corresponda. IV. OBJETO MATERIAL. El sujeto o cosa sobre los que recae la conducta; o hacia los que ésta se dirige. V. DAÑO O PELIGRO. El daño o, en su caso, el peligro a que se expone a un bien jurídico, atribuibles a la acción u omisión. B. ELEMENTOS CONTINGENTES: I. ELEMENTOS DE LA FIGURA TÍPICA. Además, según lo contemple la figura típica en particular, existan: 1) Las calidades del sujeto activo y/o del pasivo. 2) El resultado material y su nexa causal; y, en su caso, su imputación objetiva a la acción u omisión. 3) Los medios utilizados. 4) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión. 5) Los elementos normativos. 6) Los elementos subjetivos específicos. 7) Las circunstancias que complementen o privilegien a la figura típica básica de un delito con relación a su penalidad; y, II. MODALIDADES A LA FIGURA TÍPICA PENAL. En su caso, las demás modalidades que al conectarse a la figura típica, aumenten o disminuyan la penalidad. En esencia, a esos mismos elementos aludió el artículo 168 del CFP hasta antes de su reforma en 1999. Por otra parte, la denominación “tipo penal sistemático” también se usa por la doctrina para encerrar en él al tipo penal de un delito y a su carácter antijurídico, identificándolo así con la expresión “injusto”. Ver al respecto a Claus Roxin *Derecho Penal, Parte General...* op cit., pp. 193 y ss.

⁴³⁷ En el CPC se siguió un método distinto. Porque el CPC da los conceptos de las condiciones de punibilidad —y a las cuales también se les conoce como “elementos” del delito—. Y enseguida de cada condición o elemento —conceptuado legalmente de manera positiva—, el CPC enuncia las causas que excluyen a ese elemento y, por tanto, que excluyen al delito.

Séptimo. Que de dicha norma de prohibición asimismo se deduce la multicitada *norma de "motivación"*, cuyo fin es, precisamente, «motivar» a las personas a conducirse de acuerdo con la norma. Y la cual sólo adquiere sentido en un contexto de comunicación con el destinatario de la norma motivadora. De tal guisa que su infracción en tal contexto comunicativo sienta una de las bases de la culpabilidad. Dicho de otro modo, con el supuesto del hecho prohibido al que se le asigna pena se intenta motivar al sujeto a un comportamiento ajustado a la norma; es decir, para que la persona se abstenga de realizar el supuesto legal de hecho, respete el bien jurídico que en ella se protege y se conduzca conforme a Derecho en lo racionalmente posible. De tal guisa que si dado el contexto de comunicación entre la norma y el sujeto, éste incumple con ese *precepto de "motivación"*, optando por el comportamiento prohibido en aquél, no obstante que podía actuar de otro modo, se genera *un juicio de desaprobación —reproche— que se hace al autor de ese hecho (culpabilidad.)*

Octavo. Que mientras que «al juicio de desvalor sobre el hecho concreto» se le llama "injusto"; al «juicio de desaprobación o reproche a la conducta del sujeto que infringe la norma prohibitiva» se le llama "culpabilidad". Esas distinciones tienen a su vez valor sistemático y práctico importante. Sistemáticamente indican otras condiciones adicionales para la punibilidad del hecho cuyo supuesto se contiene en la ley como delitos en particular de la Parte Especial o en otras leyes. Este supuesto legal de hecho es el criterio rector del tipo penal en sentido estricto. Las condiciones adicionales son el injusto y la culpabilidad. En el supuesto legal del hecho punible, se comprende así el estudio sistemático de: La acción u omisión junto con el conocimiento y la voluntad del hecho o el descuido en su realización, la lesión o puesta en peligro al bien o bienes jurídicos protegidos, en su caso —según lo exija el supuesto legal de hecho de la figura típica— el resultado y su relación causal con la conducta que sea penalmente imputable en el ámbito objetivo, los medios, los modos y las circunstancias en que se realiza la conducta y de aquellos que eventualmente agravan o atenúan la punibilidad. En suma, todo lo que permita valorar al supuesto legal de hecho que da pie al tipo penal en sentido estricto. Como a su vez, en el injusto se estudia, además de la realización del tipo, la ausencia de causas legales que justifiquen la conducta. O expresado en un sentido positivo y más amplio, en la antijuridicidad se analiza por un lado la lesión jurídica y, por el otro la ofensa al Derecho como un todo, por parte de la conducta típico-penal. En la «culpabilidad» o en la desaprobación a la conducta del autor por su infracción a la norma penal prohibitiva —motivadora— se incluye a las facultades psíquicas de ese autor, el contexto que tuvo para conocer la ilicitud penal del hecho y sus motivaciones, así como todos los demás datos que permitan hacerle responsable del hecho delictivo y, por tanto, merecedor de pena. La distinción entre injusto y culpabilidad también permite atribuir medidas de seguridad a quienes realicen un injusto penal sin culpabilidad, si es que, además, se reúnen otras condiciones, tales como la necesidad de la medida porque el sujeto padezca enfermedad mental permanente que —aunque lo hizo incapaz de culpabilidad— sí influyó para la realización del injusto y los cuales, asimismo, indiquen la razonable probabilidad de que el sujeto realice otro injusto —peligrosidad— lo cual amerita alguna medida curativa. Y con lo que también se afirma la existencia de un sistema de Derecho Penal "vicarial". Esto es, de penas y de medidas de seguridad. De todo ello se colige entonces, que los supuestos de hecho que se hallan en las normas penales de los llamados "delitos" en particular —figuras típicas— son insuficientes en realidad para explicar el concepto jurídico de lo que es delito.

En tanto aquellos supuestos se completan necesariamente con los supuestos de la Parte General. Igualmente, que sólo podrá ser delito la conducta que reúna las condiciones siguientes: **1)** Que la persona se ajuste con conocimiento y voluntad al supuesto del hecho punible que el legislador prevé o realice la acción descuidada concretando el mismo: Lo que se conoce como adecuación típica (en sentido estricto.) Además: **2)** Que esa adecuación suponga un injusto —al devenir jurídica y socialmente desvaliosa la conducta que actualizó el supuesto legal del hecho sin concurrir causa que la justifique—. Y, asimismo: **3)** Que tal conducta infrinja la norma prohibitiva —de motivación—, no obstante que el sujeto podía actuar conforme a Derecho, fijándose así la primera pauta para la culpabilidad. Esto es, para afirmar que hay delito habrá que examinar si dado el supuesto legal del hecho prohibido con conocimiento y voluntad o bien con culpa en los delitos que permita la ley, realmente la conducta fue desvaliosa por afectar bienes jurídicos sin causa que la justificase y, además, que con ella la persona quebrantó imputablemente la norma de motivación sin mediar causa de inexigibilidad.

En suma: El legislador especifica los supuestos punibles de ciertos hechos prohibidos que atacan determinados bienes jurídicos a través de acuñarlos previamente en la ley penal. Los que la doctrina llama tipos penales. Pero aunque los tipos penales representan un papel fundamental —no sólo para la estructura dogmática del delito mismo, sino, además, para el respeto al principio de legalidad—, ellos no agotan la concepción jurídica del delito. Pues hay otras condiciones normativas del hecho punible —*injusto y culpabilidad*— que el legislador inserta de ordinario de una manera negativa: En tanto él señala los supuestos que excluyen el delito por falta de esas restantes condiciones o elementos del delito. Por lo que de esas excluyentes de delito se deducen en sentido contrario las demás condiciones de punibilidad de los hechos que el legislador plasma como delitos. La conducta, pues, además de ser típica, ha de ser antijurídica y culpable.

No es ocioso señalar que es cierto que en esas causas excluyentes de delito la ley penal no hace referencia a los tipos penales de los delitos en particular, sino que los supuestos que contienen aquellas causas excluyentes solo prevén ciertas condiciones por las que el delito se excluye. Pero también es verdad, que esas causas excluyentes de delito sólo tienen sentido si se les relaciona con los supuestos de hecho que se contienen en los tipos penales de los delitos en particular. De tal suerte que aquellas causas complementan a esos supuestos de tal modo que vienen a integrar lo que es un delito en particular. Por ejemplo: el supuesto de hecho de la norma penal del homicidio, relacionado con el supuesto de la legítima defensa y las demás causas que justifican la conducta o la tornan inculpable, no consiste nada más en que comete el delito de homicidio quien priva de la vida a otro. Sino sólo y nada más cometerá tal delito, quien con conocimiento y voluntad mata a otro sin obrar en defensa legítima, ni le ampare otra causa de justificación, actuando en un contexto de comunicación con la norma penal prohibitiva y sin que haya circunstancias que hagan racionalmente inexigible que se conduzca conforme a Derecho ni le excluyan de responsabilidad. En tal virtud, si bien es cierto que esas causas que excluyen el delito no son “normas penales” en el sentido antes dicho; también es verdad que ellas completan al supuesto del hecho punible. Y lo llenan de tal forma que la contrariedad o la infracción a la norma penal no se actualizan cuando concurren esas causas excluyentes de delito. Y ello es así, simplemente porque aquellas causas excluyentes impiden la consecuencia jurídica del mismo, cual es la pena. Además, la función de esas causas de exclusión del delito es la de servir de hilo conductor para deducir el aforo material regulativo que ha de tener el juicio de desvalor de la conducta y la norma de “motivación” que se derivan de las leyes penales. Esto es, las condiciones para que exista la antijuridicidad de la conducta que la ley sanciona con pena, así como la culpabilidad del sujeto por su conducta en ese hecho.

Categorías básicas de la dogmática penal en cuanto a la teoría del delito

En la moderna dogmática del Derecho penal existe el acuerdo de que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica y culpable. Estos presupuestos de punibilidad ya se perfilaron de por sí en el somero y apretado análisis dogmático de la estructura de las normas penales que se hizo en el parágrafo anterior. Esto es, de la visión de las normas penales como normas prohibitivas de conducta cuya contrariedad e infracción se conmina penalmente en la ley, así como de su conformación en los CP, se puede deducir que el delito es una acción típica, antijurídica y culpable. Por lo tanto, toda conducta punible al menos presenta los siguientes elementos: ser típica, antijurídica y culpable. Aunque a ellos se les puede añadir —sólo en ciertos y reducidos casos— otros presupuestos de punibilidad. Las citadas categorías básicas—acción típica, antijurídica y culpable— le dan ya a la dogmática penal cierto grado de orden y de principios comunes. Más lo que en realidad se discute es el contenido conceptual de ellas y la interrelación entre esas categorías. Y es que, según los distintos puntos de vista de los que se parta, cada una de esas categorías se presenta con un aspecto diferente. Por lo pronto explico la idea básica de estos conceptos:

1. Acción. En primer lugar ha de concurrir una "acción". Conforme a la opinión más extendida, la acción es un comportamiento humano —significativo en el mundo exterior—. A lo que habrá de agregar que aquel sea al menos dominable por la voluntad. Por tanto, son ajenos al sentido jurídico de acción los efectos que se den por fuerzas naturales o por animales, como también lo son los actos de las personas morales. Tampoco son acciones los meros pensamientos y actitudes internas; ni los sucesos del mundo exterior no dominables por la voluntad de las personas de las que aparentemente surgen o fungen como causa. Por ejemplo: los movimientos reflejos o los ataques convulsivos.

2. Tipicidad. La acción ha de ser típica. Esto es, aquella ha de coincidir con el supuesto legal de hecho de un delito. De los que las más importantes están en la Parte Especial de los CP —figuras típicas—. Por ejemplo: si alguien se "apodera de una cosa mueble ajena con el ánimo de apropiársela sin derecho, realiza el tipo de robo. La estricta vinculación de la conducta al tipo penal es una consecuencia de la garantía de legalidad. Por ende, no es posible derivar acciones punibles sin un tipo legal que previamente contemple la conducta y la pena, contra lo que sí se permite para algunas consecuencias jurídicas civiles.

3. Antijuridicidad. La acción típica ha de ser antijurídica. Toda vez que aquella se desvalora como contraria a Derecho. Por regla general la conducta será antijurídica cuando ella sea típica. Pues el legislador sólo incorpora una acción a un tipo cuando a la misma usualmente se le deba prohibir porque motive la lesión de un bien jurídico. Pero ese indicio puede ser contradicho, ya que una conducta típica no será antijurídica si en el caso concreto concurre una causa de justificación. Tales causas de justificación proceden de todo el ordenamiento jurídico. Con inclusión del propio CP. Así pues, aunque toda causa de justificación halla su fuente en la ley penal, ésta permite reenviar algunas justificantes a otras materias del Derecho que les sirven de complemento material. Por ejemplo: si un actuario en cumplimiento de una orden judicial entra con el auxilio

de la fuerza en la casa del deudor se actualizará la figura típica de allanamiento de morada. Mas la conducta no será antijurídica ni se dará el injusto, si el allanamiento se justifica por las facultades del deber de ejecución, mismas que no se deciden por la ley penal, sino por las leyes que regulan esas facultades de ejecución. Pero así como el aforo regulativo de la causa de justificación puede en realidad provenir del resto del ordenamiento jurídico, aquella también puede ser oriunda del mismo CP. Así sucede con el derecho a la legítima defensa al igual que con el estado de necesidad justificante. Ante una acción típica y antijurídica se habla de "injusto" penal, que comprende las tres primeras categorías. El "injusto" penal supone, pues, la realización de una concreta conducta penalmente prohibida que es contra Derecho; es decir: una conducta que es penalmente típica y antijurídica.

4. Culpabilidad. Por último, la acción típica y antijurídica —el injusto—: ha de ser culpable. Es decir, se ha de poder hacer responsable al autor del injusto. O a aquél se le ha de poder "reprochar" la conducta por la que realizó el injusto —como se dice usualmente—. Por ello, la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, al igual que la ausencia de causas de exculpación —como las que suponen el error de prohibición invencible o el estado de necesidad disculpante— son presupuestos de la culpabilidad. La diferencia principal entre la falta de antijuridicidad y la falta de culpabilidad consiste en que la conducta justificada se reconoce dentro del Derecho por el legislador; por ende, ella está permitida y se le debe soportar por todos. Mientras que una conducta que se exculpa no se le aprueba y sigue estando prohibida, sino únicamente no se le castiga; mas por regla general no tiene porque tolerarla quien sea víctima de la conducta antijurídica.

Cierto sector de la doctrina también habla de otros presupuestos de punibilidad. Una acción típica, antijurídica y culpable es por lo general punible, pero en algunos casos concretos se han de añadir otros presupuestos para que la conducta sea punible. Se trata de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad. Por ejemplo: La garantía de inviolabilidad en caso de injurias parlamentarias. Pues la indemnidad parlamentaria no modifica en nada el hecho de que las injurias sean típicas, antijurídicas y culpables. Aunque a ellas no se les puede punir. Como asimismo entran aquellas otras causas que operan como excusas absolutorias, donde aún cuando la conducta que realiza el injusto es culpable, falta la necesidad social de la pena por estimarse irracional su imposición en el caso concreto.

—IV—

Un esbozo de las modernas teorías del delito

A las categorías básicas de la estructura del delito —acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad— también se les llama "elementos", "categorías", "peldaños", "escalones" o "niveles" del delito. En México se les conoce más como "elementos" del delito. Esas categorías se desarrollaron poco a poco por la ciencia penal en un proceso de discusión de décadas en cuanto atañe a la moderna teoría del delito. Los logros principales y los que dominan actualmente la discusión se dieron principalmente en Alemania durante el siglo XX. Pero hay que ser conscientes de que los proyectos de sistematización pueden ser muy diversos, aunque hay cinco visiones sistemáticas de la teoría del delito especialmente importantes. Mismas que ha influido, actúan y pueden terciar en el entendimiento del delito en el Derecho Penal Mexicano. Esos proyectos sistemáticos son: A. El sistema

causal-psicologista (sistema clásico.) B. El sistema causal-normativista (sistema neo-clásico.) C. El sistema finalista. D. El sistema funcionalista. Y, E. El sistema reductor orientado a un estado de derecho.

A. El sistema causal-psicológico de Liszt y Beling (sistema clásico.) Él se convirtió en dominante en Europa a principios de siglo XX y todavía es influyente en muchos aspectos. Especialmente en México, cuyas categorías básicas siguen teniendo vigencia en la interpretación de algunos códigos estatales. El sistema causal-psicologista se basó en que injusto y culpabilidad son, respectivamente, la parte externa y la interna del delito. En consecuencia, todos los requisitos objetivos —materiales y normativos— del hecho punible pertenecían, respectivamente, al tipo y a la antijuridicidad; mientras que la culpabilidad se concebía como compendio de todos los elementos subjetivos del delito (el denominado concepto psicológico de culpabilidad.) Por consiguiente, desde la perspectiva de esa teoría sistemática, el dolo y la culpa se estimaban como formas psicológicas de la culpabilidad —con los cuales se agotaba la misma culpabilidad—. En estas últimas líneas de pensamiento —y de acuerdo con las normas penales vigentes en su época— se inscribieron en su tiempo ilustres penalistas mexicanos respecto al CPF, como Raúl F. Cárdenas.⁴³⁸

B. El sistema causal-normativo de Mezger (sistema neo-clásico.) La decadencia de la teoría causal-psicológica del delito, especialmente clara y sencilla, se inició por el desarrollo del sistema causal-normativo. El motivo de la reestructuración del concepto de delito radicó en el hecho de reconocer que el injusto no es explicable en todos los casos sólo por elementos puramente materiales y normativos y que, a la inversa, la culpabilidad tampoco se basa exclusivamente en elementos subjetivos. Así, por ejemplo, el tipo del robo requiere algo más que el apoderamiento —material— de una cosa mueble ajena. Ya que el apoderamiento de la cosa es por regla general irrelevante sin el elemento interno del ánimo de apropiación. Y sin éste ánimo no se puede abarcar adecuadamente el modelo típico del hecho del robo y el injusto del mismo. Lo mismo sucede con las injurias y con ciertos tipos penales de atentados al pudor, entre otros. Por eso la doctrina se vio obligada a reconocer la existencia de elementos subjetivos del injusto. Mas por otra parte, también se puede afirmar que la culpabilidad no tiene solo elementos subjetivos, sino, además, normativos. Como sucede con el estado de necesidad disculpante del actual CPC. Ya que en él difícilmente se encuentra sólo el elemento volitivo. Al igual que con la inexigibilidad de otra conducta cuya valoración es eminentemente normativa.

De ese modo, el concepto de delito denominado "causal-normativo" en México —que en el viejo continente dominó hacia 1930 y que encontró su mejor expresión en el Manual de Mezger—: pudo ciertamente mantener en principio la separación entre injusto objetivo y culpabilidad subjetiva por una parte; y, por la otra, afirmar el dolo como forma de culpabilidad; pero tuvo que reconocer ciertas excepciones y por ello buscar otra explicación para diferenciar el injusto y la culpabilidad. Dicha diferencia se halló en la distinta forma de valoración: Al afirmar la presencia de injusto se valora el hecho desde el punto de vista de su dañosidad social. Y al constatar la culpabilidad se le valora desde el punto de vista de la reprochabilidad de la conducta del autor o del autor mismo. El entendimiento de la culpabilidad como "reprochabilidad" es lo que caracteriza al

⁴³⁸ Raúl F. Cárdenas, *Derecho Penal Mexicano (parte especial, delitos contra la vida y la integridad corporal)*, T 1, Ed. Jus, México, DF., 1962, en especial pp. 29 a 46.

denominado concepto normativo de culpabilidad. Éste se impuso de manera extensa, y solo en los últimos tiempos está siendo sometido en Europa a modificación y ulterior desarrollo. En México, Vela Treviño fue expositor de esa postura sistemática, especialmente con su monografía *Culpabilidad e Inculpabilidad* que publicó en 1987.⁴³⁹ Aunque también otros penalistas destacados se adhirieron a ella, como sucede luego con el docto penalista Francisco Pavón Vasconcelos en las últimas ediciones de su *Derecho Penal Mexicano*.⁴⁴⁰ Y actualmente el distinguido jurista Marco Antonio Díaz de León,⁴⁴¹ aunque desde antes, hay rasgos destacados de esa tesis en Fernando Castellanos Tena, Raúl Carrancá y Trujillo (siguiéndolo después en tal aspecto el mismo Raúl Carrancá y Rivas), Ignacio Villalobos, Celestino Porte Petit, el mismo Francisco Pavón Vasconcelos y Sergio García Ramírez.⁴⁴² En suma, para el sistema neo-clásico, la culpabilidad viene a ser una conducta dolosa o culposa reprochable.

C. El sistema finalista de Welzel (sistema finalista.) La teoría final de la acción lleva a un modelo nuevamente distinto del sistema de la teoría del delito. La denominada teoría final de la acción marcó la discusión de la dogmática penal en Europa durante las dos primeras décadas después de la segunda posguerra mundial del siglo pasado —de 1950 hasta 1970—. Su punto de partida es un concepto de acción distinto del de las anteriores concepciones sistemáticas y mucho más rico en contenido. Para esta teoría la "esencia" de la acción —que determina toda la estructura sistemática de la teoría del delito— estriba en que mediante su anticipación mental y la correspondiente selección de medios la persona "supradetermina de modo final" al hecho. En consecuencia, sólo habrá una acción de matar si el autor pone rumbo al objetivo con conocimiento y voluntad, o sea, si mata dolosamente. De ahí se deriva como consecuencia sistemática que el dolo, que en el sistema causal-psicologista y en el causal-normativista se había entendido como forma de culpabilidad, ahora aparece unido a la dirección causal y se considera ya un componente del tipo. Ello supone una ulterior subjetivización del injusto, y en cambio, para la culpabilidad una creciente desubjetivización y normativización, por lo que en esa medida el sistema finalista está diametralmente contrapuesto al causalismo.

Roxin apunta que: (...) a la doctrina finalista —que en parte se preparó e influyó por v. Weber y Graf su Dohna— se le fundó en lo esencial por Welzel. Pero también se basan en ella (con diversas variaciones) el gran Manual de Maurach, la exposición de Stratenwerth, así como numerosos escritos específicos tanto de la doctrina alemana como en la extranjera.⁴⁴³ Y el autor citado agrega: (...) La teoría final de la acción se basa filosóficamente en teorías ontológico-fenomenológicas, que intentaban poner de relieve determinadas leyes estructurales del ser humano y convertirlas en el fundamento de las ciencias que se ocupan del hombre. Para dicha concepción es lógico colocar un concepto básico antropológico y prejurídico como el de la acción humana en el centro de la teoría general del delito. Y construir un sistema a partir de la constitución ontológica de la acción, que le viene previamente dado al legislador por las estructuras (denominadas por Welzel) lógico-reales (o lógico-objetivas); sistema que en opinión de sus defensores también debe proporcionar a la dogmática jurídico-penal perspectivas permanentes e incommovibles.⁴⁴⁴

⁴³⁹ Sergio Vela Treviño, *Culpabilidad e Inculpabilidad*, primera edición, Editorial Trillas, México, 1987.

⁴⁴⁰ Cifra, op. cit. *Manual...*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1998.

⁴⁴¹ Marco Antonio Díaz De León, *Código Penal Federal (comentado)*, tercera edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991, pp. 155 a 160.

⁴⁴² Castellanos Tena, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México, 1996, pp. 233 y ss. Raúl Carrancá y Trujillo, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1982, pp. 425 y ss. Así como del mismo autor y Raúl Carrancá y Rivas, *Código Penal Anotado*, 16ª edición, Editorial Porrúa, México DF., 1991, pp. 34 a 56; Ignacio Villalobos, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1983, pp. 292 y ss. Celestino Porte Petit, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1984, pp. 431 y ss. Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1984, pp. 375 y ss. Sergio García Ramírez, *Derecho Penal*, UNAM, México, 1990, pp. 65 y ss.

⁴⁴³ Claus Roxin, op. cit., *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, Fundamentos, pp. 199 a 200.

⁴⁴⁴ Claus Roxin, op. cit., p. 201.

En México, Mariano Jiménez Huerta perfiló su postura con una visión similar a la finalista desde 1972,⁴⁴⁶ aunque él no lo señaló así específicamente. Mas primordialmente, desde la última década del siglo XX, destacan Olga Islas, Elpidio Ramírez, Rafael Márquez Piñeiro, Gustavo Malo Camacho, Arturo Villarreal Palos, Octavio Alberto Orrellana Wiarco⁴⁴⁷, Moisés Moreno Hernández y Enrique Díaz Aranda,⁴⁴⁷ quienes orientan su estudio del Derecho Penal Mexicano por senderos de orientación finalista y algunos como Díaz Aranda —en cierto sentido— también funcionalista.⁴⁴⁸ Las reformas que se hicieron al CPF desde los años 90 del siglo pasado permiten también una visión e interpretación finalista del delito. Como ahora también la admiten los nuevos CPDF y CPC, aunque, asimismo, todos aceptan ciertos enfoques funcionalistas. Mas aún así, la opinión todavía predominante en la dogmática mexicana reciente se mueve con proyectos del sistema causal-normativista —y a veces hasta psicologista— aunque empieza a cobrar fuerza relevante y casi de dominio, el punto de vista de la teoría finalista. Mientras la visión funcionalista recién arranca.

D. Los sistemas funcionales de Roxin y Jakobs (sistemas funcionalistas de prevención positiva.)

Sin embargo, aproximadamente desde 1970 se efectuaron en Alemania intentos muy discutidos de desarrollar un sistema "funcional" del Derecho penal. Los defensores de esta orientación parten de la hipótesis de que la formación del sistema jurídico-penal no se puede vincular a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.); sino que debe guiarse por los fines del Derecho penal. Sobre esa base, se proponen diversos criterios de sistematización. De entre ellos destacan dos propuestas.

Es una la de Claus Roxin. Respecto de la cual en México parece enfocarse ahora la visión de Enrique Díaz Aranda respecto al análisis dogmático-metodológico del delito, en especial del tipo con relación a la imputación objetiva y al dolo en el mismo tipo penal.⁴⁴⁹ Aquella tesis plantea un sustento bipolar político-criminal de la teoría del delito: por una parte están las tensiones que provocan los afanes preventivos de las conminaciones penales y de la misma teoría de la pena y por el otro, se hallan los límites que se derivan de un estado de derecho, mismos que se resuelven en un proceso dialéctico. En cuanto que al sistema de la teoría del delito se le debe estructurar conforme a las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena, aunque con fuerte vinculación a ciertos principios del finalismo, en tanto unos y otros se conciben como fines del estado de derecho y sujetos a los límites que aquel impone. Es otra la de Günter Jakobs.⁴⁵⁰ Él basa la misión del sistema en hacer prevalecer la vigencia de la norma y define la idoneidad del mismo en atención a su función social intra-sistémica como derivación de los sistemas de control social. Su base, por lo tanto, es sociológica y como tal se independiza de los sistemas jurídicos concretos. En tal sentido la tesis de Jakobs se

⁴⁴⁶ Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Introducción al estudio de las figuras típicas*, primera edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1972, T. I, toda la obra.

⁴⁴⁷ Octavio Alberto Orrellana Wiarco, *Teoría del Delito, Sistemas Causafista y Finalista*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1994.

⁴⁴⁸ Olga Islas González de Mariscal y Elpidio Ramírez Hernández, *Lógica del Tipo en el Derecho Penal*, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1970, pp. 65 y ss. Aunque cabe señalar que Olga Islas González de Mariscal concibió su propio modelo lógico-matemático del delito construido junto con Ramírez Hernández, dentro del cual deduce que el dolo está insito en la conducta típica. Así, ver "El dolo en el Derecho Penal" en *Jus Semper* (revista del Tribunal de Justicia del Estado) Oaxaca, México, Editado por Poder Judicial del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, 1990, pp. 44 y ss.; Rafael Márquez Piñeiro, "La estética de la teoría finalista de la acción penal", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, T. LXII, N° 183-184, mayo-agosto, México, DF., Universidad Nacional Autónoma de México, 1992 y en "La reforma del artículo noveno del Código Penal del Distrito Federal", *Ars Iuris*, N° 1, México, DF., *Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Panamericana*, 1989; Gustavo Malo Camacho, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1997, pp. 354 y ss. Arturo Villarreal Palos, *Culpabilidad y Pena*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1994, pp. 116 y ss. Moisés Moreno Hernández, op. cit., pp. 218 y ss. Enrique Díaz Aranda, *Cuerpo del delito: Causalismo y finalismo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001.

⁴⁴⁹ Un ejemplo claro es Enrique Díaz Aranda, *Dolo, causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2001.

⁴⁵⁰ Enrique Díaz Aranda en "Dolo, causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México", Editorial Porrúa, S.A., México, 2001.

⁴⁵⁰ Günter Jakobs, op. cit., *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos...*, pp. 156 y ss.

emparenta con el carácter “neutral” que se atribuye a la Dogmática en sí. En tanto que ésta debería concretarse a examinar las normas legales vinculadas tan solo a su función en el sistema social en el que las mismas se den. El rendimiento del modelo de Jakobs se acomoda de esa manera tan a un régimen autoritario como al de un estado de derecho.

Como ya apunté, el sistema funcional que nació con Roxin propone la tesis de un moderno sistema del Derecho Penal que se estructure “teleológicamente”; es decir, atendiendo a fines valorativos del Derecho Penal que se enlacen a un estado de derecho. Así, Roxin —quien es su precursor y más preclaro exponente— dice:

(...) si la solución sistemáticamente correcta aparece como resultado de una valoración previa, estará garantizada de antemano la concordancia entre la consecuencia (congruencia) sistemática y la construcción material pretendida, cuya falta ha dado lugar a tantas dificultades”. Y añade: (...) cuando las finalidades rectoras se convierten directamente en configuradoras del sistema, queda de antemano garantizada la justicia en cada caso concreto (en la medida en que ello es posible en un Derecho vinculado a la ley; ya que toda constelación de casos se reconduce al fin de la ley.) Por la misma razón, el sistema sólo puede descartar aquellas soluciones de problemas que sean incompatibles con sus fines. Y también se excluye la posibilidad de que las soluciones se produzcan como conclusiones de necesidades sistemáticas axiológicamente ciegas; puesto que en tal caso ya no estarían cubiertas por el punto de partida sistemático. Es cierto que incluso en un sistema teleológico siempre pueden seguir aflorando contradicciones valorativas insatisfactorias en ciertos casos; pero se pueden eliminar mediante correcciones del sistema —y precisamente ahí radica el progreso científico en este campo—. Como cuando se deba a disposiciones legales vinculantes: ponerlas de manifiesto preparando el trabajo para futuras modificaciones legales. Las finalidades rectoras que constituyen el sistema del Derecho penal solo pueden ser de tipo político-criminal: ya que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del Derecho penal. Desde ese punto de vista, las categorías básicas se presentan como instrumentos de valoración político-criminal. Por lo que como tales también son irrenunciables para un sistema teleológico.⁴⁶¹

Lo que verdaderamente interesa, pues, es el ajuste de las categorías conceptuales del delito a las bases, los límites y los fines de un estado de derecho en tensión constante con las pretensiones preventivas del mismo sistema penal. En ese contexto —y por la importancia que se le dará en este trabajo— cabe ampliar la concepción funcionalista de Roxin de las categorías del delito o presupuestos de la punibilidad. La cual consiste en la siguiente que tomo y sintetizo del mismo Roxin⁴⁶²: **1) La acción.** La unidad de la acción no se define por un algo preexistente, sino sólo por la identidad del aspecto valorativo: Un hombre habrá actuado si determinados efectos procedentes o no del mismo se le pueden atribuir a él como persona, o sea, como “centro espiritual de acción”. Y es que —según Roxin— con independencia de la apariencia externa y de las consecuencias de la conducta humana, lo que verdaderamente importaría sería la valoración de esa conducta en el nivel de la tipicidad. Ya que antes, al valorar algo como no-acción, queda excluido todo lo que de antemano no es encuadrable en las categorías de lo jurídicamente permitido o prohibido. **2) El tipo.** El fin político-criminal de dicha conminación penal abstracta es que tiende a motivar a la persona para que omita la actuación descrita en la misma (o en los delitos de omisión, para que lleve a cabo la conducta ordenada.) Y de entrada en el tipo se da una doble vía en la interpretación. La primera: Todo tipo se debe interpretar según el fin preventivo de la ley (teleológicamente); es decir, de tal manera que se abarquen completamente las conductas que aquél desapruueba y, por tanto, que en ese sentido carezca de laguna el efecto motivador preventivo-general. La segunda: Una prevención general eficaz también presupone una precisión de la ley o bien, una interpretación lo más exacta y fiel a su tenor literal que sea razonable y lo permitan los límites constitucionales. Tal y como lo exige el principio *nullum crimen sine lege*. De ese modo el tipo se encuentra en tensión entre el fin de la ley y el de precisión de la ley; es decir, entre el fin de prevención del tipo y la garantía

⁴⁶¹ Claus Roxin, op. cit., pp. 217 y 218.

⁴⁶² Claus Roxin, op. cit., pp. 218 a 223.

de una ley penal "escrita" y "cierta". El ¿cómo se debe resolver el conflicto entre ambas finalidades? Es algo que ya se expuso: Los fines preventivos no pueden exceder el tenor literal que no sea absurdo. —A lo cual añadido por mi parte— ni tampoco esos fines preventivos pueden rebasar la interpretación contextual con sentido democrático de la norma típico-penal. En tanto el tenor literal y el sistema contextual democrático —en cuyos parámetros prime la C. — son límites objetivos al poder punitivo estatal que se derivan de la garantía de legalidad en su manifestación de previa ley penal "escrita" y "cierta". Aunque por otra parte, Roxin apunta que también el principio de culpabilidad ya imprime su carácter al tipo. Una función esencial de la teoría de la imputación objetiva que desarrolla el funcionalismo consiste precisamente en excluir del tipo objetivo, frente a su anterior entendimiento puramente causal, las lesiones de bienes jurídicos producidas por casualidad o como mera consecuencia (de la que se derive un *versare in re illicita*); porque un entendimiento así infringe el principio de culpabilidad, limitándose también por esta vía el poder punitivo del estado. (Aunque también se debe reconocer que a esa conclusión también se puede llegar en gran medida por vía de la teoría del dominio de la acción que postuló el finalismo y a través de otras concepciones de un Derecho Penal reductor o democrático.)

Así pues, los criterios político-criminales rectores del tipo son los siguientes: Por una parte, la necesidad abstracta de pena en el aspecto de la prevención general —ajustada al tenor literal y —añado por mi parte— a la interpretación contextual-democrática del tipo penal. Y por la otra, los límites derivables del principio de culpabilidad. Sólo la prevención especial es ajena a la interpretación del tipo, ya que la misma presupone un delincuente concreto, que hasta aquí no desempeña ningún papel. Respecto a las categorías restantes: **3) El injusto.** En la categoría del injusto se enjuicia la acción típica concreta, incluyendo a los criterios de permisión o prohibición. Más en este tercer "escalón del delito" se debe hablar de "injusto" y no de "antijuridicidad". Para ello se explica que así como el tipo acoge dentro de sí la acción (sólo las acciones pueden ser típicas.) A su vez, el injusto presupone acción y tipo. Sólo la acción que sea típica puede ser injusto penal. En cambio, la antijuridicidad no es una categoría especial del Derecho penal, aunque sí lo sea de todo el ordenamiento jurídico. Pues hay conductas que pueden ser antijurídicas para el Derecho civil o el Derecho público y no obstante ser irrelevantes a efectos penales. **4) La responsabilidad.** En la categoría delictiva de la "responsabilidad" se trata de saber si el sujeto individual merece una pena por el injusto que realizó. El presupuesto más importante de la responsabilidad es la culpabilidad del sujeto. Pero esta no es el único presupuesto, sino que, además, debe añadirse la necesidad preventiva de punición. Por ejemplo: En el estado de necesidad disculpante el autor no sólo actúa antijurídicamente, sino que también puede actuar de otro modo y se comporta por ello culpablemente. Pero la impunidad del comportamiento en el seno de tal estado de necesidad no se fundamenta en la falta de culpabilidad; sino porque en tales situaciones extremas la pena se debe rechazar en virtud de que falta su necesidad social. Con lo que por esa razón queda excluida la responsabilidad penal. Lo mismo sucede en ciertos casos de exceso no significativo en la legítima defensa y en otros eventos marginales entre la conciencia de ilicitud y el error de prohibición. De ese modo la responsabilidad se presenta en el campo de la determinación de la punibilidad, como la realización dogmática de la teoría político criminal de los fines de la pena. Y, por regla general, como una prescripción que se dirige al juez para que imponga una sanción sólo si en el caso concreto hay una necesidad racional y preventiva de la

pena. Dentro de esta categoría la concepción básica político-criminal no se aplica al hecho (en sentido de su necesidad abstracta de pena o de su prohibición concreta), sino al delincuente, en cuanto se pregunta por la necesidad individual de la pena.

E. El sistema funcional reductor de Zaffaroni (tesis del Derecho Penal reductor.) Zaffaroni apunta que "...cualquier sistemática conceptual del delito requiere satisfacer tres condiciones: a) debe servir para su función inmediata o práctica, que es la de facilitar la decisión de las agencias jurídicas; b) debe ser valorativa, en el sentido de que los caracteres deben surgir de la determinación de los criterios para descartar los impulsos punitivos intolerables conforme a pautas claras y dadas en cierto orden de prelación, y; c) debe construirse teleológicamente, orientada a la función contenedora del poder punitivo".⁴⁵³ En la tarea sistemática valorativa Zaffaroni se orienta —en sentido análogo en el que lo hace Roxin— hacia una filtración plural de las categorías del delito. Pero a diferencia de Roxin quien se "salta" la conducta por estimarla una categoría cuyas consecuencias jurídico-penales sólo cabría aprovecharlas desde la tipicidad, Zaffaroni parte de la acción humana que por sus características y la concepción jurídica del concepto ya implique una selección donde quedan también atrás otras acciones que no hayan superado el filtro de la noción jurídica de aquella, para continuar así con las demás categorías tradicionales en las que se analiza el delito y donde en cada una se realiza una selección valorativa que no puede reiterar valoraciones ni objetos ya valorados en la perspectiva de la categoría anterior. Zaffaroni observa que este orden valorativo se impone como consecuencia de un sistema racional que facilita tanto su función inmediata o práctica como su función contenedora del poder punitivo. Y el ilustre penalista argentino enfila su sistema penal teleológico hacia el reforzamiento del estado constitucional de derecho, sin dejar de lado los efectos reales, es decir —señala el autor argentino—: "...no puede contentarse con un mero análisis deductivo sino que debe tender todos los puentes posibles a la realidad que permitan apreciar los efectos de un hipotético ejercicio de poder punitivo conforme a las particularidades del caso".⁴⁵⁴ El desafío se presenta en evitar fijar límites con base en supuestos objetivos políticos criminales sin que estos a su vez se limiten con los cercos que impone un estado de derecho y porque incluso dentro de ello es posible incurrir en excesos. Empero, este inconveniente se halla notoriamente neutralizado en la construcción de Zaffaroni, quien postula "...una apertura a la realidad, a condición de que su funcionalidad solo pueda ser reductora, en razón precisamente de la función política del derecho penal" concebido como reductor del poder punitivo.⁴⁵⁵

A diferencia de Roxin que acaba su sistema entre una armonía entre derecho penal y política criminal, conforme a la cual no habría contradicción entre ambos, contra lo que en su tiempo sostuvo Liszt, que los concebía enfrentados, Zaffaroni señala que la concepción sistémica —y no conflictivista de la sociedad— es ya un apartamiento de la realidad misma y de su valoración consecuente, porque la realidad muestra que el poder punitivo nunca tiende a autolimitarse sino a expandirse y que todo límite al poder en manos del propio limitado tiende a desaparecer. Para prevenir esto Zaffaroni lo hace de dos maneras: a) Regresa al marco de una teoría

⁴⁵³ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Skokar, *Derecho Penal...* op. cit., pp. 372 y ss.

⁴⁵⁴ *Idem.*, op. cit. p. 372.

⁴⁵⁵ *Ibidem.*, op. cit., pp. 372 y 373.

negativa de la pena para desde allí propugnar que cualquier concepto de la teoría del delito funcional debe ser necesariamente reductor de la posibilidad de ejercicio del poder punitivo, pues de lo contrario sería disfuncional y por ende estaría mal elaborado. b) Sostiene así que debe distinguirse nitidamente la teoría del delito como presupuesto que sólo habilita la responsabilidad penal o punitiva de las agencias judiciales de la pregunta acerca de la asunción de esta responsabilidad por parte de las mismas. Lo que en concepto de Zaffaroni permite sistematizar mejor los problemas y evitar que la funcionalidad constructiva de la teoría del delito termine configurando una confusión conceptual. Como en su opinión sucede con la sistemática que formula Roxin. En suma, Zaffaroni rechaza la concepción roxiniana de la imputación objetiva en el plano del tipo objetivo porque —en su opinión— su excesivo normativismo tiende a ampliar el poder punitivo, así como también objeta la última categoría del delito culpabilidad-responsabilidad, como visión conjunta por los motivos ya apuntados, para dejar a la culpabilidad en su sentido subjetivo-normativo y después ocuparse ya no de una supuesta responsabilidad del sujeto en esa categoría, sino de la responsabilidad de las agencias del estado de habilitar el ejercicio del poder punitivo de tal manera que tome en cuenta el estado y la situación de vulnerabilidad en que se haya encontrado el autor del delito al cometerlo; de tal modo que a mayor vulnerabilidad menor poder punitivo dispondrá la agencia, misma que en tal sentido será responsable para reducir la cuantía del poder punitivo que emerge del indicador de la culpabilidad de acto. De esta manera, según Zaffaroni: “La agencia es responsable por el agotamiento de este espacio de su poder que es un poder jurídico reductor del poder punitivo en virtud *de la culpabilidad por vulnerabilidad*. Este concepto de culpabilidad presenta varias ventajas: a) Modifica la indicación por la pura culpabilidad de acto, pero no perturba el concepto de ésta en cuanto a la función reductora que debe cumplir en la teoría del delito. b) Es inoficioso preguntarse si es culpabilidad de acto o de autor, por que sólo puede tener un efecto reductor. c) No legitima ni relegitima el ejercicio de poder punitivo, sino que, al implicar el agotamiento del espacio de poder decisorio de la agencia, legitima solo su decisión”.⁴⁶⁶

— v —

La propuesta de un sistema dogmático de Derecho Penal democrático en México

El sistema causalista en sus dos versiones —psicologista (clásico) y normativista (neo-clásico) — tuvo un dominio casi absoluto en México durante gran parte del siglo XX. Aunque cabe señalar que al mismo se le deformó legislativamente desde 1931 con la presunción legal del dolo y con la fundamentación legal de la pena en la peligrosidad personal. Hasta que en tal sentido se reformó el CPF en 1984. Es con base en esas reformas principalmente y las que le siguieron hasta 1993, que la confrontación en México en la actualidad respecto al sistema dogmático del delito parece darse entre un causalismo normativista (sistema neo-clásico) y el finalismo. Mientras que en Europa los desafíos se dan entre variaciones del sistema finalista y del funcionalista; dejando atrás al causalismo en sus dos vertientes sistemáticas —a las que muchos estiman teorías ya superadas—; y de las cuales, sin embargo, se conservan premisas que hasta ahora siguen siendo válidas y las que ya se empiezan a reelaborar y resistematizar. Como lo son, por ejemplo: la propuesta de un

⁴⁶⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal*,... op. cit., pp. 374 y ss.

sistema analítico del delito ordenado según las pautas legales y conforme a ello examinar las categorías básicas de acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad como elementos del delito. Y el reconocer que en el tipo penal existen ciertos elementos subjetivos específicos. Aunque no se debe pasar por alto, que con el contenido actual de los CPF, CPDF y CPC, también es perfectamente válido y posible el planteamiento de una visión que sin desatender los logros de las anteriores posturas sistemáticas, recoja los aportes del funcionalismo moderado y de un Derecho Penal reductor para conformar un sistema dogmático del Derecho Penal mexicano orientado a los ideales de un estado de derecho que acoge nuestra C. Ahora bien, me ocuparé con más detalle de los aspectos particulares de cada sistema y su forma de conjuntarlos en lo posible con relación al Derecho Penal Mexicano al examinar cada una de esas categorías o elementos del delito en los capítulos siguientes de esta tercera parte.

Por lo pronto cabe destacar que en México no son infrecuentes diversos argumentos que se enderezan contra un sistema dogmático penal. Por una parte, existe la opinión —incluso en algunas escuelas de Derecho— de que los problemas que plantean los diversos sistemas dogmáticos del Derecho Penal son de mero carácter académico, mismos que el penalista práctico puede tranquilamente dejar de lado. Se aduce así que aquellos sistemas son simples teorías que muy poco o nada tienen que ver con la realidad, donde las cosas se resuelven de manera muy diferente. Frente a ello cabe reflexionar que si acaso así sucede realmente es porque con aquella actitud se desaprovechan las ventajas de un pensamiento dogmático-sistemático y ante la ausencia del mismo se facilitan amplios márgenes de discrecionalidad que a su vez favorecen soluciones autoritarias. Fenómeno que el maestro español Gimbernat Ordeig describe así: (...) La dogmática jurídicopenal, al señalar límites y definir conceptos, hace posible una aplicación segura y calculable del Derecho penal, y lo sustrae de la irracionalidad, la arbitrariedad y la improvisación. Cuanto más pobre sea el desarrollo de una dogmática, tanto más imprevisibles serán las decisiones de desarrollo de una dogmática hasta convertirse en una cuestión de lotería". [Y] cuanto menor sea el desarrollo dogmático, tanto más crece esa lotería, hasta llegar a una situación de aplicación caótica y sin rumbo de un Derecho penal autoritario...⁴⁵⁷

Por otro lado, en México se ha dado el argumento ciego y emocional de que no hay porque acudir a teorías "extranjeras", ajenas a nuestro "ser nacional", cuando podemos diseñar un sistema teórico del delito propiamente mexicano. Asimismo —se aduce— tampoco habría que introducir reformas legislativas aunque sean benéficas —si ese fuere el caso— que en otros países tomaron muchos años en depurarse y mejorarse; sino que —se sugeriría— también en ello habría que esperar a pasar los mismos trances. Sin embargo, por decir lo menos, las ponderaciones anteriores son retórica barata pero no son argumentos. Parecen obedecer más a la ignorancia y la resistencia a un cambio benéfico, que al sano espíritu de una deliberación racional para mejorar. Para empezar: ¿Cuántos sistemas teóricos del delito ha habido y hay "puramente" mexicanos? Ninguno —salvo quizá el de la teoría lógico-matemática de Olga Islas y Elpidio Ramírez— y tampoco tendría porque haberlos, dado que la racionalidad y la búsqueda de la justicia pertenecen al ser humano y ellas no son ni podrían ser patrimonio de una nación ni de un grupo de mexicanos. Por lo demás, si en otros países tardó muchos años en depurarse otro modo pero mejor de resolver los problemas, y, en muchos casos, el conseguir

⁴⁵⁷ Enrique Gimbernat Ordeig, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, *Estudios de Derecho Penal*, 3ª edición, Madrid, España, 1999, pp.129 y ss.

plasmarlo en la ley; sin que ese modo distinto y mejor apareje costos económicos imposibles: ¿porqué habría que esperar el mismo tiempo en México, si aquel modo diferente prueba su eficacia y es adaptable al Derecho mexicano en el marco de los ideales y los valores de un estado de derecho que acoge la C. mexicana? El no hacerlo no es más ni menos que necia obcecación, si acaso no lo fuesen la ignorancia y un inconfesable deseo autoritario o de miedo de un sistema así. De ello se sigue que no solo se pueda sino que se deba abogar con énfasis en el desarrollo de una dogmática penal mexicana que aproveche los avances de la ciencia del Derecho Penal. La cual es patrimonio universal al provenir de la razón y la búsqueda de un sistema penal justo; y, sobre todo, cuando esa dogmática sea oriunda de sistemas jurídicos análogos al mexicano y que, además, se fundan en los principios de un estado de derecho. Mismos que se favorecen por la C. mexicana. Más aún, cuando la criminalidad es un problema de todas las sociedades y ello ya explica de por sí la internacionalización de la ciencia penal. Los únicos límites son, pues, los de las normas de la ley positiva y los cercos democráticos. Esto es, por un lado la referencia de la dogmática a la ley dada. Y por el otro, su acato a los derechos humanos, a la racionalidad y en general y en todo lo posible su sujeción a los ideales de un estado de derecho ínsitos en la C.

En efecto, hay que tener presente que la dogmática penal se ocupa de interpretar las normas legales vigentes. Por lo tanto, la dogmática parte de las normas dadas y en tal sentido se ha dicho que es una ciencia "neutra". Y, ciertamente, nadie que se precie de hacer dogmática con seriedad la intentará crear fuera de los cauces de la ley dada. A menos que se cuide de precisar que esa ley se aparta de lo que para él sería la ley deseada. Pero ello solo corrobora en realidad que es válido lo que se pontifica dentro de la ley. Pero no necesariamente acredita que el hacerlo en contra de una opinión dominante... sea apostasía. Ni siquiera cuando aquella opinión tuviese sólida ancla en la misma ley. Porque a final de cuentas el contenido de un sistema de Derecho Penal se puede —y se debe— interpretar y preconizar también a la luz de una más alta regulación, la Constitución. La formulación de un sistema dogmático de Derecho Penal parte, pues, de las normas penales dadas. Pero ellas en nada impiden y la razón sí exige que al uno y a las otras se les deba configurar y entender en lo posible de una manera acorde con los derechos y valores fundamentales que consagra la C. Y si acaso el tenor mismo de la ley no permitiese una interpretación así, al menos aquél enfoque democrático sí permitirá la crítica prepositiva, denunciando la aporía entre la ley dada y la deseada a la luz de la propia C. Por lo tanto, eso de dogma y herejía es relativo. Pues lo que parece credo bajo el prisma de la ley, se puede convertir en abjuración cuando se le contrasta con la carta fundamental y con el espíritu de un estado de derecho. Porque así como es verdad que la racionalidad y la verificabilidad de una teoría dogmática ya permite alcanzar un mínimo indispensable para la seguridad jurídica —en cuanto se puede saber con cierta confianza cuál es el contenido de las normas jurídicas vigentes según la teoría adoptada—, es igualmente cierto que las mismas normas o su entendimiento pueden ser contrarios al espíritu del estado de derecho o a los derechos mismos que manan de la C. La denuncia de ese tipo de normas o de tal entendimiento de ellas sí es parte de la misión de la dogmática. Porque cabría pensar que la dogmática jurídico-penal —como dice Gimbernat Ordeig—: (...) lo mismo interpreta leyes progresivas que reaccionarias, de ahí que pueda convertirse en algo sumamente

peligroso si el penalista está dispuesto a interpretar, por así decir, todo lo que le echen.⁴⁵⁸ Pero éste peligro también puede ser aminorado si —como aducen Muñoz Conde y García Arán—: [s]e mantiene siempre una actitud crítica frente a las normas penales, y se considera el saber dogmático como un «saber parcial» que tiene que ser confrontado con otros saberes; y no como un saber absoluto que se justifica por sí mismo. Sólo así puede cumplir la dogmática jurídico-penal también una función de control del poder punitivo estatal, evitando ser una mera servidora, cuando no cómplice, del mismo.⁴⁵⁹ Muñoz Conde y García Arán añaden: (...) La dogmática jurídico-penal es también producto de una tradición cultural vinculada al Estado de Derecho y, por tanto, sus construcciones teóricas deben servir también para evitar los excesos del poder punitivo y fundamentar decisiones legislativas y judiciales conforme a los principios y derechos fundamentales que caracterizan al Estado de Derecho.⁴⁶⁰

No creo que el defecto de la doctrina penal mexicana predominante durante gran parte del siglo XX consistiera en adoptar el causalismo como sistema dogmático penal explicativo de la teoría del delito. Aquel surgió en Alemania a principios de esa centuria con Liszt y Beling. Y en aquella época ese sistema era el que presentaba los mayores avances en la Ciencia del Derecho Penal. Mismo que fue aplicable en gran medida al Derecho Penal mexicano de la mayor parte del siglo XX. Sin embargo, pienso que la falla importante de la doctrina penal mexicana fue hacer una dogmática penal formal y acrítica del sistema de la teoría del delito y sin vincular muchas de las teorías y posturas dogmáticas a los valores y principios que se deben adoptar conforme a los ideales de un estado de derecho y según las pautas mismas de la C. Denunciando así todas aquellas manifestaciones legales y jurisprudenciales opuestas a esas pautas y proponiendo nuevas formulas o interpretaciones acordes con aquellas. Lo que apenas se empezó a lograr a partir de 1984 en el ámbito legal —y todavía no lo suficiente en el jurisprudencial y casi nada en el práctico—. Se ha sostenido —y estimo que con razón— que la misión más importante que le incumbe al penalista de hoy, es la integración de un sistema de Derecho Penal racional que vincule la teoría del delito y de la pena con los fines de un Derecho Penal ajustado a un estado de derecho. Porque pareciera ser —y de hecho así ha sido su estudio durante muchos años en la gran mayoría de las escuelas de Derecho— que al Derecho Penal se le concibe sólo a través de teorías circunspectas a la ley penal y acríicas de la misma —dogmática “neutra”— o bien se reduce aquél a la exposición sucinta de corrientes penales sistemáticas, pero sin un verdadero estudio de ellas y de las normas legales vigentes a la luz de una tesis sistemática definida o al menos crítica y prepositiva acorde con el estado de derecho al que aspira la C.; así como también se ha visto al delito y a la pena como temas separados entre sí. El conocer al delito como conjunto de fórmulas estilizadas más o menos con la luz pura de teorías lógico-formales es quizá algo imprescindible pero del todo incompleto. Como por igual es incorrecto separar las razones de punir de la forma de cómo se entiende y estructura al delito. Sin atender al influjo de ese cómo sobre aquellas. Y, asimismo, porque unas y otro adquieren sentido en muchos casos sólo si se les relaciona con los límites de un sistema dogmático penal que se ajuste a los ideales de un estado de derecho. Pues sin esa visión no se alcanzan a comprender cabalmente los fundamentos, la estructura y los fines del Derecho

⁴⁵⁸ Enrique Gimbernat Ordeig, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, *Estudios de Derecho Penal*, 3ª edición, Madrid, España, 1999, p.129 y ss.

⁴⁵⁹ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, op. cit., *Derecho Penal...*, p. 210.

⁴⁶⁰ *Idem.*, p. 211.

Penal como un todo dentro de un estado de derecho que tiende tan a controlar y reducir los afanes irracionales del poder punitivo, así como a humanizar y dignificar las soluciones que dé el Derecho Penal. Esto es, se pasan por alto los cimientos de aquél y las razones que le dan sentido en su dimensión integral y ubicada en un contexto más amplio, el de un sistema de Derecho Penal acorde con un estado democrático que limite las manifestaciones más irracionales del poder punitivo. Por ello:

El estudio de la razón de la pena y de la estructura legal del delito no se debe aislar del que se plantea para fundar el sistema del Derecho Penal como un todo en el contexto de un estado de derecho. La concepción del delito se debe imbuir de la razón de sus penas, pero asentados el uno y las otras por la comprensión y análisis de sus límites formales y sustanciales que se derivan de la C. Esto es, los fundamentos y fines del sistema dogmático-penal han de concebir un Derecho Penal ajustado a los ideales de un estado democrático que a su vez limiten al poder punitivo. *No se trata pues nada más de legalidad, sino de legalidad y legitimidad de las normas sujetas a análisis y sistematización con una orientación democrática.* Ése paradigma es válido. Pues retomando las ideas que vertí en la Introducción y en los tres primeros capítulos de este trabajo, cabe advertir que la legitimidad de un sistema dogmático de la teoría del delito depende de la comprensión —y denuncia en su caso— de las normas penales según los postulados de un estado de derecho y, por lo tanto, de acuerdo con los derechos fundamentales del ser humano que ese estado reconoce, vinculándolos con una visión que sea benéfica para la comunidad. El Derecho positivo se puede ajustar en su producción a las fuentes formales democráticas para su expedición y ser un Derecho formalmente válido. Y, sin embargo, ese mismo Derecho positivo o su interpretación pueden ser contrarios a los derechos y garantías personales o sociales y a los valores —explícitos o implícitos— que un estado democrático consagre en su Constitución y ser, por lo tanto, un Derecho o una interpretación sustancialmente arbitrarios.

De todo ello se pueden ya esbozar ciertas posturas acerca del entendimiento jurídico del delito que se irán fundamentando a lo largo de este trabajo: El Derecho Penal y la teoría del delito como subsistema de aquél deben concebirse en lo posible de manera acorde al estado de derecho o democrático que se deriva de nuestra misma Constitución. A su vez, frente a un sistema penal en el que sus instituciones funcionen realmente con respeto a los derechos fundamentales de las personas y en beneficio de la sociedad. El Derecho Penal, en suma, debe concebirse como limitador legítimo del sistema penal al ajustarlo a los lindes y el espíritu de un estado de derecho.

En tal contexto hay que enfocar el carácter antropocéntrico que debe regir la valoración del sistema dogmático penal de la teoría del delito. Mismo que se apoya en la misma protección constitucional de los derechos y garantías individuales y colectivas del ser humano en los que se enmarca el poder punitivo. Porque por un lado, de ahí se debe sostener la idea de fundamentar en la misma C. la protección de los bienes jurídicos. Pues aun cuando los bienes jurídicos en sí mismos no son los derechos personales y sociales que garantiza la C., sí son las situaciones y condiciones socialmente valiosas —según un esquema constitucional— mediante las cuales se hace posible el ejercicio o disponibilidad significativa de aquellos derechos para el pleno desarrollo personal en el ámbito social. Y porque, por el otro —y por más que el Derecho Penal tienda a proteger bienes jurídicos para la convivencia pacífica en la comunidad— esa función sólo podrá aceptarse en la medida que al concretarse el tipo penal se lesione a esos bienes jurídicos de manera significativa y sólo en cuanto tal función favorezca una convivencia en la que cualquier persona—y, por tanto, todas las personas— puedan auto realizarse y desarrollarse y dentro de la cual se respete su dignidad y los ideales de justicia, proporcionalidad, igualdad y exigibilidad con los que se debe acotar al principio de culpabilidad y los cuales se pueden proyectar, además, a las restantes categorías del delito en la medida que halla motivo para ello: dado

que si el sistema se concibe orientado a fines, nada empece para que esos fines retroactúen en las categorías que se han de orientar a los mismos.

Es entonces intolerable un Derecho Penal que en sus fines y el entendimiento de sus normas desconozca el principio de lesión significativa a los bienes jurídicos. O que entienda a éstos como mero fruto de los intereses de la «sociedad» o del «Estado» y no de las condiciones que requiere toda persona para su autorrealización y desarrollo en la vida social. Y que olvide que aquél sólo puede considerarse en serio si se da la grave lesividad de esos bienes jurídicos. O igual todavía es inadmisibles un Derecho Penal que suprima o sustituya aquellos conceptos en aras de la mera «funcionalidad» del sistema social» o el del simple «restablecimiento de la vigencia de la norma». Porque con esas concepciones el Derecho Penal no solo se desentiende de los límites del estado de derecho en los que se enmarca la Constitución —como son los derechos humanos y las condiciones que hacen posible su realización—, sino que los expone a que se les cancele por concepciones autoritarias.

Pero, además, un sistema dogmático de la teoría del delito en el que otro de sus límites sea la esencia misma del ser humano como «sujeto» y no como «objeto» del Derecho Penal. Y en el cual los datos ónticos de la conducta, valorativamente considerada, al igual que la culpabilidad y responsabilidad individuales, lo mismo que la responsabilidad del mismo Estado a través de las agencias que ejercen el poder de punir, sean límites a la potestad de punir y no sólo los detonantes para aplicar la pena en cualquier caso y en cualquier clase e intensidad. De aquí pues que la concreción de la amenaza penal que representan los tipos penales sólo se justifica como delito, cuando se den conductas específicas realizadas con voluntad y conocimiento o conocibilidad de un determinado ámbito objetivo de prohibición legal que el Derecho Penal delimite. Y que con esa concreción (tipicidad penal) se lesione a los bienes jurídicos que tutele la norma y, además, se ofenda al Derecho como un todo —injusto (antijuridicidad) —, Y sólo y cuando, asimismo, haya culpabilidad-responsabilidad de la persona en la realización de esa conducta.

Por ser personas —como sujetos y no como objetos del Derecho Penal— a las que se dirigen directamente las normas penales que pretenden motivar sus conductas conminándolas con pena en caso de incurrir en las conductas prohibidas por aquellas normas. Por lo mismo, el sistema dogmático penal debe partir de lo que la conducta es realmente, sin desnaturalizarla con artificios lógicos y meramente formales. Esto es, siempre que la estructura del tipo penal lo permita —como sucede con el tipo penal doloso— atender al contenido final de las mismas que supone su realización con conocimiento y voluntad. Y que a mor de proceder con justicia y en el mismo plano de los principios de legalidad y de lesión de bienes jurídicos, también sea necesario que —en el escalón de la tipicidad—: Por un lado a estas también se les decante con la aprehensión por el sujeto del sentido de la dañosidad social de su conducta que todo injusto típico implica. Y por el otro, se excluyan como materia de la imputación típico-penal aquellas otras conductas que en vez de estar prohibidas estén permitidas; al igual que por el simple acato al paradigma de justicia que apareja la culpabilidad, dejar fuera de tal imputación típico-penal aquellos hechos donde el resultado o la lesión jurídica devengan de la conducta de otros o del azar, en vez que del dominio o la dominabilidad —evitabilidad— del hecho por la conducta prohibida sometida al juicio objetivo de imputación típico-penal.

La tensión entre las diversas funciones de la pena no puede armonizarse sino limitarse por los fines constitucionales que se le asignan a aquella en cada etapa del Derecho Penal en su más amplio sentido. Construyendo un sistema dogmático de Derecho Penal coherente con un Derecho democrático reductor del poder punitivo en sus manifestaciones más irracionales. Por lo tanto, solo es admisible un Derecho Penal que ajuste el entendimiento de las normas vigentes a los límites y fines jurídicos, filosóficos y racionales que se derivan de un estado de derecho.

Para de ahí sostener que el poder de punir se concede por el pueblo al Estado para que lo ejerza con respeto de las personas y en beneficio de su desarrollo en la sociedad de la cual aquellas forman parte. Un poder en el que la expresión sustantiva penal trace sus límites en la esencia misma del ser humano, como «sujeto» y no como «objeto» del Derecho Penal —como bien lo afirma Moisés Moreno—. ⁴⁶¹ En el cual el concepto de «culpabilidad» tome en cuenta los principios que miran a la dignidad del ser humano como persona y a los derechos que le son inherentes. Y en el cual la «responsabilidad» individual se sustente, además, en la estricta necesidad de la pena en el caso concreto y en su función de una socialización digna y responsable de la cual el mismo Estado es responsable en promover. Así una y otra pueden funcionar como lindes hermenéuticos y fines constitucionales dentro del sistema dogmático de la teoría del delito.

Un sistema de Derecho Penal en la teoría del delito que interprete la ley penal de manera acorde con la Constitución. Y que se aplique con criterios garantistas, de seguridad jurídica; y que sólo se base en conductas humanas prohibidas y delimitadas previamente por la ley penal y en hechos verificables que lesionen de manera significativa los bienes jurídicos que tutele la norma. Un sistema de Derecho Penal que en la teoría del delito permita o promueva que se delimite claramente los ámbitos de prohibición en los que se realicen las conductas que los constituyan y que tome en cuenta la posibilidad de valorar esa prohibición por quienes llevan al cabo aquellas conductas. Un sistema dogmático penal de la teoría del delito que frente al fin de promover la confianza en el Derecho y la estabilidad social que correspondería al poder punitivo, a su vez limite a éste por los diversos principios que normen el entendimiento de los elementos del delito: ahí y cada vez que respecto de los mismos se deba acudir a aquellos principios en la medida en que sus implicaciones sean aplicables para reducir las manifestaciones irracionales más intolerables del mismo poder punitivo. Así, un sistema de Derecho Penal como reductor racional de las irracionalidades más intolerables en las que se manifieste el poder punitivo, y que, por lo tanto, en el ámbito de la teoría del delito se circunscriba por tipos penales que impliquen la lesión significativa de bienes jurídicos y a través de la demarcación cerrada del ámbito de prohibición; al igual que por la culpabilidad del autor y la medida de esa culpabilidad; e incluso se le subordine a la racionalidad y estricta necesidad social de la pena en el caso concreto y a la garantía de readaptación social; y, por tanto, de socialización digna y responsable.

De acuerdo con todo lo dicho, sí es pues concebible que los fines de prevención asignados al poder punitivo se limiten por un Derecho Penal reductor que imponga cotos racionales a esos afanes preventivos penales y que los ajuste a los fines constitucionales orientados a un estado de derecho. Mismos que a la vez de fungir como límites de aquellos fines preventivos, sirvan de criterios rectores al sistema dogmático del delito. El fin punitivo de prevención general, en cuanto a las conminaciones penales, sujetos aquél y estas al cerco del tenor literal y al entendimiento contextual democrático de los tipos penales; así como a los principios ordenadores que manan del Derecho como un todo para decidir la existencia o ausencia del injusto en caso de colisión de intereses; al igual que los de culpabilidad y de responsabilidad según el ámbito en el que se manifestó la conducta que sea jurídicamente desaprobada y cuyo resultado sea atribuible a esa conducta prohibida como obra de la persona dominable por ella y no por el mero curso físico causal que pueda estar sujeto al azar o escapar a la dominabilidad del autor. Y en la cual la culpabilidad apareje una desatención reprochable de la norma penalmente prohibida, cuando racionalmente el autor pudo conocer la ilicitud penal de su conducta y actuar de otro modo en el caso concreto y, además, su conducta concreta evidencie la necesidad social de la pena y de la cual sea responsabilidad del Estado el limitarla según la vulnerabilidad del autor y procurar su reintegración social.

Principios que actúan como criterios limitadores y, por tanto, sin dejar a la prevención general a merced de los puros afanes de evitar delitos o de lograr sin más restablecer la confianza en el Derecho y la fidelidad al mismo. Ni tampoco se deje a la culpabilidad y la responsabilidad como meras sustentadoras —y no acotadoras— de la pena. Porque las derivaciones de los principios de culpabilidad y de responsabilidad operan a la inversa, limitando, disminuyendo, modificando o excluyendo la pena. La pena no se podrá imponer cuando el resultado o la lesión jurídica sean producto de la mera causalidad física si es que acaso faltan motivos bastantes para atribuir el resultado al autor como obra de él y como consecuencia de su actuar prohibido; como tampoco cuando la misma culpabilidad en sí sea insostenible en el caso concreto porque en las circunstancias concretas racionalmente la persona no pudo actuar de otro modo. Pero lo mismo cuando por la ínfima significación del injusto o de la responsabilidad en el caso concreto, aquél pierda relevancia penal o la pena devenga irracional. Esto es, cuando la pena misma —en su naturaleza o extensión— produzca efectos sociales racionalmente intolerables en el marco jurídico-constitucional de la readaptación social. ⁴⁶²

Porque iría contra la razón de ser del principio democrático en el Derecho, si es que a éste en el ámbito penal se le entiende como un medio cuyo fin fuese responder de manera enérgica —afectación de la libertad personal— a situaciones que ameriten esa forma de reacción para proteger los bienes jurídicos; ya que esa manera de pensar

⁴⁶¹ Moisés Moreno Hernández, *Política Criminal y Reforma Penal*, op. cit., p. 78.

⁴⁶² Véase el núm. IV de este CAPÍTULO y el CAPÍTULO CUARTO.

confunde al Derecho Penal con el poder punitivo, cuando precisamente la misión del Derecho Penal es contener al poder punitivo en sus manifestaciones irracionales más intolerables. Porque aquél entendimiento del Derecho Penal asimismo desatiende su objeto de regulación y a sus reales fines inmediatos, mediatos y últimos. Ese objeto son las conductas del ser humano en sociedad y esos fines que deben fundarse e interrelacionarse entre sí, son: a) Que se diseñe una estructura legal del delito acorde con los principios de lo que es una conducta humana —porque la conducta humana con voluntad, conocimiento y contenido de valoración es a la vez el objeto que regula y valora el *Derecho Penal a través de los tipos penales*—. Y la que se debe apreciar en su auténtica significación como proveniente del ser humano, como ser capaz de configurar el mundo exterior de tal modo que el hecho que típicamente se le impute haya sido dominado por él o susceptible de ser dominado por él mismo y sin que al entendimiento de aquella conducta se le cercene artificialmente. La cual se dé en un contexto fáctico socialmente relevante de lesión o claro peligro a bienes jurídicos, con criterios que permitan su objetivación, determinación y verificación como conducta prohibida a la cual se le pueda objetivamente imputar el resultado como consecuencia de su violación a la prohibición. b) Que tan las figuras típicas, como el injusto en sí, al igual que las penas o medidas de seguridad se sujeten al imperio de la legalidad; y que tiendan a promover la socialización responsable. Pero, además, que sean dignas para el ser humano, sólo hasta la medida de su culpabilidad y de responsabilidad personal y social en la realización de la conducta y el hecho concretos, procurando siempre la oportuna y más pronta posible reintegración social de la persona de manera responsable.

De esta manera se enlazan los fines de la política criminal con los del Derecho Penal —con inclusión de los que deban soportar al sistema dogmático de la teoría del delito—. Y no debería ser de otro modo. Aun cuando con ello signifique contradecir el categórico aforismo de Liszt: *"El Derecho Penal es la barrera infranqueable de la política criminal"*.⁴⁶³ Porque es verdad que esa máxima sigue influyendo hasta hoy. Y también es cierto que el objeto de la dogmática jurídico-penal son las normas vigentes; es decir, las normas tal como son. Como igual es correcto que el objeto de la política criminal es la configuración deseable del Derecho. Esto es, el Derecho como debería ser. De ello se sigue que la dogmática y el pensamiento sistemático son entonces formas de interpretar un texto legal. Mientras que la política criminal se preocupa de desarrollar e imponer nuevas concepciones de los fines jurídicos penales. Pero, asimismo, es incuestionable que al ceñir a la política criminal sólo y nada más a aquél fin, a ella se le cercena otro cometido fundamental y concomitante: El que la Política Criminal ha de servir a los fines del Derecho Penal dentro del marco orientador de la C. precisamente para encauzar una sana aplicación de la ley penal ajustada a la C., o en última instancia, para la crítica prepositiva de una ley deseada, pero sin desconocer los imperativos de la ley dada.

Es pues incorrecta la tesis que afirma que es inconciliable la vinculación entre la política criminal (sujeta a un estado de derecho) y la dogmática penal. Con ella se pasan por alto tres cosas. 1) Que si una política criminal ha de orientar las concepciones de los fines jurídico-penales ajustados a los ideales de un estado de derecho: carecería de sentido no tomar en cuenta esas concepciones y esos fines al interpretar las normas penales. 2) Que con el desarrollo y la sistematización de las finalidades legislativas orientadas de aquella manera se hace política criminal que se reviste del manto de la dogmática. Y la más importante: 3) Que la misión interpretativa de la dogmática requiere ya una sistematización de los aspectos teleológico-político-criminales que han de regir al sistema; los que sólo se pueden legitimar si se les enmarca en los fines del estado de derecho que se desprenden de la C.

En consecuencia, con aquél sentido el Derecho como es y el Derecho como debería ser no son aspectos contrapuestos. Porque en el sistema a elaborar interpretativamente como Derecho vigente se han de tomar en cuenta las concepciones y finalidades del legislador dentro de un marco de regulación más amplio y superior: La Constitución. El rendimiento de esta concepción ya se puso de hecho de manifiesto en el cómo el principio de intervención mínima —y por tanto con teleología reductora del poder punitivo tradicional— puede funcionar apoyando la concepción de un Derecho Penal Alternativo que contemple instituciones nuevas que eviten o

⁴⁶³ Cit. por Claus Roxin, op. cit., *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, Fundamentos..., p. 223.

atemperen la criminalización de las agencias secundarias a través de los procesos penales y procuren a la vez la incorporación social responsable del inculpaado evitando su desocialización. Sin embargo, y volviendo a la sistemática de la teoría del delito, sí debe quedar claro que la política criminal y la sistematización de las normas penales ya dadas no tienen las mismas competencias; porque lo inverso significaría equiparar la función del juez a la del legislador con infracción del principio de división de poderes y de legalidad. Por el contrario, dice Roxin: (...) la dogmática (incluyendo la sistemática de la teoría general del delito) tiene que ejercer política criminal en el marco de la ley, es decir, dentro de los límites de la interpretación. Por ello en la interpretación del Derecho vigente la misma choca con las dos barreras que ya se conocen: El intérprete no puede sustituir las concepciones y finalidades del legislador por las suyas. Y tampoco puede imponer el fin deseable de la ley en contra de un tenor literal que se oponga a ello a menos que —añado por mi parte— aquel tenor sea absurdo y se le pueda salvar con una interpretación contextual democrática.⁴⁸⁴ De esta manera, de la vinculación de la dogmática a las finalidades político criminales del legislador ajustadas a los fines mismos de un C. democrática como la mexicana, se deriva por ejemplo que los principios ordenadores que deciden sobre la utilidad o nocividad social en las colisiones de intereses y con ello sobre la antijuridicidad de una conducta, son los principios deducibles del ordenamiento jurídico con inclusión de la C., y no las concepciones valorativas personales del intérprete. E igualmente sucede con la categoría de la responsabilidad, si se la interpreta y sistematiza según los puntos de vista político-criminales de los fines del sistema penal según la C. Los que no dependen de las opiniones que tenga el científico o el juez sobre los fines de a pena, sino de los fines que a ella le asigna la C. y de los ideales valorativos de un estado de derecho.

Los fines constitucionales de la pena y los ideales valorativos de un estado de derecho plasmados en la misma C. son los que hay que tomar como base y lindes para definir los criterios rectores de la tipicidad, la culpabilidad y la responsabilidad penales y, por ende, a los que atañen a las causas de atipicidad y exculpación expresamente descritas en la ley. Asimismo, en la Parte General de los códigos penales el legislador regula muchos puntos sólo con rasgos vagos, por lo que aquí los principios que rigen al Derecho Penal aplicable se dejan casi por completo en manos de la dogmática. Y en tal virtud la dogmática ha de jugar un papel en el que intente entender esas normas con base en la C., para así reducir las aporías entre el aparente ser normativo y el deber ser constitucional orientado hacia y por los principios de un estado de derecho. Además, sucede con mucha frecuencia que los principios que rigen sólo pueden obtenerse de la interpretación de múltiples preceptos concretos y que se han de exponer a la luz de los principios e ideales valorativos del estado de derecho que plasme la C. o se deduzcan de ella. Por ello, siempre que lo permita el tenor literal de los tipos penales y de los demás preceptos penales, ellos deben matizarse siempre con una interpretación contextual orientada por los límites y fines del estado de derecho. Pues por más que una interpretación de los tipos desde el punto de vista preventivo deba hacerse según el mayor ámbito de aplicación posible que tutele a los bienes jurídicos que protege el tipo, el espacio aplicativo de las normas penales en ellos contenidas ha de hallar su cerco y sustancia legítima en los principios de la C.

⁴⁸⁴ Claus Roxin, op. cit., p. 225.

La tensión entre la lucha preventiva contra el delito y la salvaguardia de la libertad constituye un problema que actualmente se discute. Pero la que ya se superó es la hipótesis de que en esa tensión se expresa una contraposición entre política criminal y Derecho Penal. En pocas palabras, porque el Derecho Penal limita al poder punitivo y para ello aquél debe sustentarse, precisamente, en postulados político-criminales orientados a un estado de derecho. No se trata, pues, de cualquier política criminal ni de la política criminal que se nos antoje, sino de aquella que se concibe dentro de los límites e ideales del estado de derecho que se sustente en la C. y que se orienta a la reducción racional del poder punitivo que se expresa en la ley. Por tanto, de la elaboración sistemática de exigencias del estado de derecho no se puede obtener ningún argumento a favor de la contraposición entre el Derecho Penal y la política criminal; o contra la sistematización dogmática de la teoría del delito conforme a los criterios rectores de una política criminal que parta del sustento de los ideales de un estado de derecho para limitar los afanes más irracionales del poder punitivo o de las interpretaciones que se hagan del mismo con tal tesitura.

Las bases de ese sistema según los fines del Derecho Penal se hallan pues en una carta fundamental de corte democrático como lo es la mexicana. Porque si la Constitución Política de un Estado constituye el principal indicador de la política social que debe existir en ese Estado; el parámetro de validez del sistema dogmático del delito que aquél implemente se ha de sustentar en las normas constitucionales que apunten al ideal del estado de derecho. Desde este punto de vista, con relación al estado democrático o de derecho, ya cité a Moisés Moreno, quien bien apunta que: (...) Si los criterios generales que informan al modelo del estado democrático o de derecho deben impactar a todo su orden jurídico. Por lo tanto, también deben trascender a su sistema penal. Pues las «medidas de control social de carácter penal» son un sector de todas las medidas estatales que se adoptan para el logro de los objetivos que se encomiendan al Estado.⁴⁶⁵ Ya antes enfatice esas razones de Moreno, las que son de validez indudable. Porque si los textos de nuestra carta fundamental son elocuentes de lo que significa la democracia sustancial para la C. mexicana como ejercicio del poder: ¿Qué acaso existe alguna razón para que no sea así en todos los ámbitos del Derecho respecto a las leyes que dé el Estado? Al contrario, hay razones de sobra para que así se conciba el sistema dogmático de la teoría del delito. Nuestra carta fundamental es de corte democrático y por lo tanto, el sistema dogmático de la teoría del delito debe intentar en lo posible ser coherente con aquella. Como dice Moreno: Debe buscar que se garantice el respeto a los derechos humanos en los diferentes niveles de intervención del Derecho Penal frente a las personas. Y es que las categorías del delito como aspectos de enjuiciamiento y sistematización en la teoría del delito del modo que se expuso no significan una renuncia a las categorías delictivas tradicionales. Sino sólo aparejan una estructuración distinta de las mismas. Por eso es en principio certera la afirmación de Welzel: (...) En la división del delito (los tres elementos tipo, antijuridicidad y culpabilidad) es donde veo yo el progreso dogmático más importante de las últimas dos a tres generaciones".⁴⁶⁶ El sistema teleológico-político criminal que propugna Roxin para el desarrollo sistemático de la teoría del delito tampoco es más que un ulterior desarrollo de la síntesis causal-finalista. Por lo tanto, no se desvincula del contexto de la tradición histórica dogmática. Aquél es el que por mi parte seguiré en tal desarrollo, aunque con ciertas y

⁴⁶⁵ Moisés Moreno Hernández, *Política Criminal y Reforma Penal*, op. cit., p. 76 y ss.

⁴⁶⁶ Cit. por Claus Roxin en op. cit., *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, Fundamentos..., p. 227.

fundamentales acotaciones que ya he hecho en cuanto que son inconciliables en un mismo Derecho Penal los afanes preventivos y los cercos que a éstos le opone tal Derecho; porque más bien frente a esos afanes preventivos es como se concibe al Derecho Penal, esto es, como limitador y reductor racional de los mismos o al menos de sus manifestaciones más irracionales. En su oportunidad pondré de manifiesto aspectos particulares de esta postura en el desarrollo de un sistema dogmático de un Derecho Penal mexicano orientado a los ideales de un estado de derecho según los postulados constitucionales. Ahora bien, el mismo Roxin destaca que una diferencia metodológica esencial frente a otros proyectos (en los que por regla general eso queda como mínimo poco claro), consiste en que:

(...) un sistema políticocriminal no conduce a una "división" de la conducta delictiva en una multitud de "elementos" que se han de "ubicar" en algún 'escalón' de la estructura del delito. Por el contrario, desde el punto de vista que aquí se mantiene: la acción delictiva es siempre una unidad inseparable, y el significado de las categorías del delito no consiste en descomponer y desgarrar todo con sentido psico-físico-social, que sólo posteriormente tendría que reagruparse como "edificio del delito" a partir de sus componentes parciales. Mediante las categorías delictivas lo que se expresa es únicamente que en cada piso y bajo diversos aspectos valorativos hay diversos "momentos" del suceso que resultan significativos jurídico-penalmente. Asimismo, el punto de partida teleológico-políticocriminal impide que de la adscripción de elementos "materiales" concretos a determinadas categorías delictivas se deduzcan conclusiones que estén en contradicción con los principios rectores político criminales decisivos. Así, p. ej. : Desde la perspectiva de dicha concepción es inadmisibles desarrollar la delimitación entre autoría y participación a partir de la división material entre componentes objetivos y subjetivos en un delito o fundamentar la solución de los problemas de error con la posición sistemática del dolo en la culpabilidad. Por el contrario, de antemano sólo es posible solucionar tales problemas acudiendo a las valoraciones rectoras político criminales que penetran en las categorías del delito. En cambio, es perfectamente admisible derivar de aquellos principios valorativos, en los que se puede demostrar que se basan las concretas reglas legales, nuevas soluciones que prosigan el perfeccionamiento dogmático del Derecho Penal.⁴⁶⁷

Todo ello es perfectamente válido y aplicable en la elaboración de un sistema dogmático de la teoría del delito en el Derecho Penal mexicano con una orientación democrática y, por ende, limitadora o reductora racional del poder punitivo.

— VI —

Fortalezas y debilidades de un sistema dogmático del delito

Es preferible adoptar una postura que en cada momento valorativo de los elementos del delito busque su legitimación en los fines de una visión del Derecho Penal ajustado a los de un estado de derecho, y por ende en un Derecho Penal limitador y racionalmente reductor del poder punitivo estatal, que aceptar sin cuestionamiento —como ocurre frecuentemente— los dogmas y el sistema de un Derecho Penal —precisamente en su forma de manifestación histórica dominante pero con un enfoque acrílico y neutro—. La crítica a las posturas acrílicas apenas empieza a tomar cuerpo en México a través de la confrontación de la tradicional visión causalista y la visión finalista del delito; aun cuando en el resto del mundo con un régimen jurídico y un sistema penal similar, el estado de los problemas ya se centra en posturas nuevas que van desde un finalismo evolucionado a diversas concepciones de las nuevas corrientes del funcionalismo.

Pero por otra parte, la interpretación del Derecho en el marco de un sistema que abarque toda la materia jurídica a esquematizar no es un procedimiento necesariamente satisfactorio en todos los casos. Constantemente vuelve a surgir la idea de que el método de decisión más adecuado para la ciencia del Derecho es la discusión de problemas referida a casos concretos. Por eso es necesario tener claras las

⁴⁶⁷ Claus Roxin, *ídem.*, p. 228.

dificultades a que también puede dar lugar, pese a todo, el pensamiento dogmático y el sistemático. Así en primer lugar, por el hecho de obtener la solución de problemas jurídicos de deducciones del mero texto de los dogmas vigentes puede suceder que padezca la justicia en el caso particular. Tomemos el ejemplo del versare in re ilícita, es decir el de castigar solo por el resultado. Pues en México esa solución se deducía como congruente con un sistema dogmático en el que regía la presunción del dolo —conforme al CPF hasta 1984—. Sin embargo, dicha presunción —en especial en su última versión de que (sin más acotaciones) el dolo se presumía— de ordinario se interpretó en desacuerdo con un sano sentido de justicia, no obstante que habría sido posible ajustarla a patrones propios del estado de derecho. En efecto, aún con la regla legal de la presunción del dolo, en virtud de que ella partía de la realización de la conducta, era viable entonces entenderla como regla especial de prueba, la que sujetaba al juez a los principios de la sana crítica acerca de la dinámica de la acción. En el sentido que sólo cupiese entender que había dolo, cuando según la forma y dinámica probadas de la acción, se evidenciaba que la persona había decidido o aceptado el evento o la producción del resultado típicos. De todo ello se sigue que era y es aún admisible inferir que son dolosos tan la conducta y, en su caso, la causación del resultado, cuando otro entendimiento diverso al dolo —del conocimiento y del fin de la persona al realizar la conducta— sea violatorio de la sana crítica según el contexto y dinámica de la acción acreditada. Pero lo inaceptable —y aún lo sigue siendo— era llevar la inferencia del dolo a cualquier caso de prueba de la exteriorización material de la conducta o del puro curso físico-causal de la misma. Aun cuando según su contexto, o su dinámica o circunstancias del caso impidan inferir sin forzamiento la existencia del dolo. Pretender una sentencia de condena por delito doloso en esos casos implicaba —y aún aparece— un aberrante entendimiento al que se opone el principio de la sana crítica —vigente en el Derecho federal y el coahuilense como sistema de valoración de las pruebas—.⁴⁰⁶ Además, aquella presunción del dolo sin el correctivo hermenéutico apuntado conllevaba a una solución que vulneraba la garantía de presunción de inocencia, pues sólo se debe condenar e imponer penas si durante el debido proceso penal se comprueba el delito que cometió la persona. Sin pasar por alto que aquella posición también era incongruente con las derivaciones del principio de culpabilidad, en virtud de las cuales a la persona solo se le debe responsabilizar de sus actos y de los resultados que sean atribuibles a ella como obra suya y no como fruto de la mera casualidad.

Una debilidad ulterior de la dogmática —ya vinculada a un «sistema» dogmático— consiste en que el punto de partida sistemático ciertamente simplifica y facilita la aplicación del Derecho, pero al mismo tiempo reduce las posibilidades de resolver problemas particulares. Y de ese modo puede impedir la visión de concepciones mejores. Ello se puede ilustrar muy bien con el ejemplo de la delimitación entre autoría y participación. El cual Roxín expone de la manera siguiente (con consideraciones que por cierto también son válidas para el Derecho Penal Mexicano):

⁴⁰⁶ A diferencia del CFPP que implícitamente admite el sistema de sana crítica en la valoración de las pruebas y del CPPC que expresamente lo adopta en sus artículos 435-facción IV y 446, el artículo 261 del CPPDF acoge el sistema de valorar las pruebas "en conciencia", mismo que —al menos teóricamente— se opone al de "sana crítica". Sin embargo, el mismo artículo 261 del CPPDF señala que al valorar las pruebas, el juzgador atenderá "...a la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace natural más o menos necesario entre la verdad conocida y la que se busca...", condiciones que ciertamente se condicionan más con el sistema de sana crítica que con el sistema de conciencia. Por lo demás, el imperativo del artículo 16 C obliga al juez a estudiar y fundar su resolución, lo cual también orienta a la valoración de la prueba más al sistema de sana crítica que al de conciencia.

(...) el sistema causalista parte de la base de que todas las circunstancias objetivas pertenecen al injusto y son reconducibles al principio de la modificación causal del mundo externo. Y en tal caso no se puede señalar ninguna diferencia objetiva entre autoría, inducción y complicidad. Las tres formas de intervención son igualmente causales respecto del resultado. Y entonces se está forzosamente obligado a buscar la delimitación en la parte subjetiva de ésta. Así, con independencia del peso objetivo de la aportación del hecho se consideraba caracterizada la autoría por la "voluntad de autor", y la participación por la "voluntad de partícipe" del interviniente. Esta teoría, denominada teoría subjetiva de la participación, que es dominante en la jurisprudencia (aunque con atenuaciones sustanciales) hasta hoy, está, por tanto, situada absolutamente dentro de la lógica del punto de partida sistemático expuesto. En cambio, la posibilidad de delimitar autoría y participación por el peso objetivo de las aportaciones al hecho y enigir p. ej. La "dominación" del curso del acontecimiento en criterio de distinción entre autoría y participación, como actualmente hace la teoría absolutamente preponderante en la doctrina científica, es algo que está vedado de antemano desde el punto de partida conceptual de dicha concepción sistemática.

Otra flaqueza del pensamiento sistemático consiste en que al intentar ordenar todos los fenómenos de la vida bajo unos pocos puntos de vista rectores, se elijan conceptos demasiado abstractos pasando por alto las estructuras de la categoría jurídica a esquematizar. Así por ejemplo: A la sistemática finalista se le reprochó la búsqueda de un concepto unitario de acción, que se acomodara por igual a todas las formas de manifestación del delito. Porque ella podía ya dar lugar a que la dogmática desatendiera las fundamentales diferencias materiales entre actuación dolosa, actuación imprudente y mera omisión. Bien dice Roxin que (...) *ello era comenzar demasiado alto en la elección de los conceptos preconfigurantes del sistema.*⁴⁶⁶ Aunque igual crítica se le puede hacer al pensamiento de Roxin que concibe a la conducta como "centro espiritual de acción",⁴⁷⁰ noción que evita un compromiso dogmático, pero que al empezar demasiado abajo deja a la conducta sin su contenido básico, para que sin desnaturalizarla pueda ser —aunque no necesariamente sea— penalmente relevante. A veces, la clave estriba en el enfoque, sin que por ello se demerite la validez de tener en cuenta siempre los riesgos de un pensamiento sistemático a mor de ser estrictamente congruente, pero que se incurra en la desatención de la ley dada o lo que es peor, en una interpretación ayuna de los ideales y valores que se derivan de un estado de derecho. Igualmente y como ya se apuntó, durante mucho tiempo han primado teorías según las cuales, la delimitación entre autoría y participación tenía que efectuarse siguiendo exactamente los mismos criterios. Y aún hoy la ley difícilmente permite recoger criterios de diferenciación (artículo 13 del CPF en especial.) Y como se verá en su oportunidad, la jurisprudencia está aún en los comienzos del desarrollo de soluciones modificativas adecuadas. Las que en muchos casos no parece que sea así, como también luego se verá.⁴⁷¹ Pero si se pasan por alto las diferencias existentes, como también apunta Roxin:

(...) habrá que elegir conceptos que se mantienen en un nivel tan general que ya casi no tienen capacidad expresiva y por ello dan lugar a una considerable inseguridad jurídica. El olvido de todas las diversidades de la materia jurídica permite la aplicación de un criterio aparentemente igual, pero realmente carente de contenido. La utilización de un criterio unitario de delimitación desatiende divergencias esenciales en la estructura de los tipos. Pues sólo una parte de éstos describen acciones prohibidas, como lesiones, dar muerte, etc., mientras que otros, como la gestión desleal o la revelación de secretos privados, castigan la infracción de determinados deberes extrapenales. De la diferente configuración de los delitos de acción y los de infracción del deber derivan diferencias significativas para la delimitación entre autoría y participación; pues sólo allí donde la acción constituye el tipo puede ser su dominación (el llamado dominio del hecho) lo característico de la autoría, mientras que en los delitos de infracción del deber la autoría no se fundamenta por ningún dominio externo, sino por la vulneración del deber, y si ésta falta, aunque haya dominio del curso del hecho, ello sólo puede dar lugar a participación. Este ejemplo remite a un problema fundamental de las ciencias del espíritu. Bolnow ha señalado que el peligro de todas las construcciones sistemáticas es "edificar a la ligera en el vacío de un espacio carente de realidad", indicando que hay que estar "en guardia" siempre que "el punto de partida encontrado sin un ejemplo se puede trasladar sin más al otro". Según él, donde falte la "resistencia de la cosa", el sistema habrá perdido a menudo "el contacto con la realidad". Así queda caracterizado un peligro de todas las construcciones de las ciencias del espíritu, al que también sucumben con demasiada frecuencia los esfuerzos sistemáticos en el campo jurídico. Pensamiento problemático en vista de las erróneas evoluciones que según lo expuesto puede traer consigo igualmente el pensamiento sistemático, cabría pensar en buscar

⁴⁶⁶ Ibidem.

⁴⁷⁰ Claus Roxin, op. cit., *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos...*, pp. 257 y ss.

⁴⁷¹ Ver CAPÍTULO DÉCIMO TERCERO.

un método científico que parta más del problema concreto y que ofrezca posibilidades de resolverlo justa y adecuadamente partiendo del mismo.

En el último contexto está la tónica como una técnica de solucionar los problemas jurídico-penales. Ella consiste en plantear los "pro" y "contra" de un punto concreto a través de variaciones de un caso a efecto de decidirse por el número mayor o el de más convicción. O dicho de otro modo, los "puntos de vista" se reúnen en "catálogos", que son diferenciaciones que convierten a un caso base en muchos para verificar el rendimiento de una teoría concreta dentro del sistema y hacer las correcciones según proceda o incluso descartando la tesis hipotética con la cual se intentó solucionar los problemas. Ciertamente, tal método también tiene su función en Derecho Penal. Es útil para la "primera toma de contacto" con los campos del Derecho Penal que el legislador ha dejado abiertos; así como para el trabajo *previo* a la sistematización o bien para confirmarla. Pero la tónica por sí no puede sustituir al pensamiento sistemático. Porque según su punto apoyo se opone a la uniformidad de la decisión judicial que se basa en la ley. Y la cual —en aras de la seguridad jurídica— el Derecho Penal depende aún más que otras materias. En última instancia, es la vinculación a la ley de la ciencia del Derecho lo que hace que el procedimiento tónico sea inidóneo como método general de aplicación del Derecho. Así pues, el sistema dogmático cuyo primer punto de referencia sea la ley —en este caso respecto a la teoría del delito— es un elemento irrenunciable de un Derecho Penal propio del Estado de Derecho.

No se puede negar que en todos los sistemas ya examinados en este apartado hay elementos válidos. Todos son aprovechables. Pero dado que, como hemos visto, los distintos puntos de partida sistemáticos influyen considerablemente en la solución de problemas dogmáticos y, además, que las ventajas y peligros del pensamiento sistemático se manifiestan respectivamente como características de determinadas concepciones:

La cuestión de cuál es el sistema correcto no es sino trabajar en el Derecho correcto. Se debe partir de la tesis de que un moderno sistema del Derecho Penal se ha de estructurar teleológicamente, según los fines de un Derecho Penal acordes con los de un estado de derecho. Esto es, con base en sus fines valorativos que se ajusten al espíritu de un estado democrático reflejados en las garantías de la C. y el apotegma de que el pueblo debe ser el beneficiario del Derecho Penal. Cuando los fines rectores de un estado de derecho integrado al Derecho Penal se convierten directamente en configuradores del sistema se asegura mejor la justicia en cada caso concreto. Y en la medida en que ello es posible en un Derecho vinculado a la C. Por la misma razón, las categorías básicas del sistema tradicional —conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad— se presentan como instrumentos de esa clase de valoración político-criminal, esto es, en el contexto de un estado de derecho, por lo que como tales también son irrenunciables para un sistema teleológico.

Al Derecho Penal le interesan los factores jurídicos de imputación a un individuo a efecto de hacerlo responsable conforme a un esquema o estructura cuyos presupuestos establece la ley penal positiva pero los que han de interpretarse contextualmente y en concordancia con los límites que se derivan de la C. y con base en ella, en los ideales a los que aspira el modelo del estado de derecho. Todo ello hace que al Derecho Penal le corresponda fundamentalmente una función sistemática y ordenadora de los presupuestos de la pena que a la vez se convierte en limitante de un poder punitivo desmedrado y exacerbado; así como tal función también la puede y debe cumplir en la determinación de la pena misma o de otras consecuencias jurídicas del delito. La actividad intelectual que se ocupa de todo esto es la Dogmática jurídico-penal entendida en un amplio sentido, es decir, decidir como labor sistemática los contenidos de cada elemento del delito y sus interrelaciones a efecto de resolver los casos concretos que trata de normar la ley.