

Introducción

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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