

## CUESTIONES PRELIMINARES

“ Cuanto menos desarrollado esté una dogmática, más imposible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, mas lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un derecho penal del que –por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico– se desconoce su alcance y límite”

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG<sup>1</sup>

Antes de entrar en materia, conviene precisar al lector algunas cuestiones, tales como el objeto de estudio y la metodología empleada en esta obra, esto con el fin de facilitar su lectura y lejos de ser un trabajo que se caracterice por su alto grado de abstracción, sirva a modo de “abecedario para principiantes”, pues como he señalado, se dirige básicamente a los alumnos que cursan los primeros semestres de su carrera profesional.

### A. UBICACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

Todo aquel que pretenda atribuirse el calificativo de penalista tiene la obligación de manejar al menos las tres parcelas claves del Derecho penal: la ciencia penal que tiene que ver con la construcción del sistema penal y del derecho penal sustantivo; el Derecho procesal y, por último, el amparo penal, como verá el lector, conlleva serios esfuerzos para llegar a ser penalista, con esta obra se pretende cubrir, y eso, a modo de introducción una sola parte de todo ese esquema, de momento quiero ubicarme en el primer eslabón, el de la ciencia penal, ahí está, a mi juicio, el primer paso, quizá el más importante que debe manejarse, si lo que se pretende es el dominio científico de las áreas restantes, pero hablar de este eslabón es de por sí hart

<sup>1</sup> GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, España, 1976, p. 78.

difícil porque como lo destacan, entre otros, LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA<sup>2</sup> y CELESTINO PORTE PETIT<sup>3</sup>, comprende el siguiente esquema:.

}

La sola presentación de esta gráfica constituye ya un motivo bien justificado para la elaboración de un tratado, por eso aquí me ocuparé de un solo aspecto de la parte general: El delito, o como también se le conoce “teoría del delito”, “teoría del hecho punible” o, más modernamente, “teoría de la imputación”, pero únicamente de sus elementos (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) dejando quizá para ulteriores desarrollos sus “presupuestos”, la tentativa y las formas de intervención.

Establecido y limitado nuestro objeto de estudio, ya sabemos que estamos ubicados en la teoría general del delito y dejamos de momento el amplio mundo del Derecho penal.

En esta medida, conviene también precisar cual es el camino que han seguido los arquitectos de las construcciones sistemáticas que aquí pretendemos analizar, los instrumentos del que se han valido como método general y común en todos ellos para llegar a su elaboración; de ahí que en el siguiente punto vamos a revisar los métodos que existen en la ciencia penal.

<sup>2</sup> *La Ley y el Delito*, 3ª. Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1958, p. 30.

<sup>3</sup> *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, 18ª. Edición, Porrúa, México, 199, p. 19.

## B. LOS MÉTODOS DE LA CIENCIA PENAL

Aunque es verdad que aquí no se busca la construcción de una teoría general del hecho punible porque eso ya está hecho (causalismo, finalismo, etc.), de lo que se trata es hacer el análisis y la síntesis precisamente de esas construcciones sistemáticas existentes que nacieron como veremos más adelante de la mano del método dogmático jurídico penal, y por eso frecuentemente se identifica a esos sistemas como dogmática penal.

Lo anterior, permitirá al lector comprender desde el punto de vista del método como se cocinaron las teorías objeto de análisis en este trabajo.

Para la construcción del Derecho Penal, se han elaborado básicamente tres grandes métodos<sup>4</sup> que son:

- a) El método exegético.
- b) El método crítico ( puede ser intrasistemático o extrasistemático).
- c) El método dogmático o sistemático.

### 1. El método exegético

El método exegético no es otra cosa, sino la interpretación de la norma, en el cual se trata de realizar una lectura del texto normativo, obtener del mismo su significado y alcances<sup>5</sup>; se trata aquí de la interpretación en sentido estricto de la norma penal, esto es, de la primera fase de la hermenéutica consistente en establecer el sentido inmediato de los textos legales<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> ROCCO, ARTURO, *El Problema y el Método de la Ciencia del Derecho Penal*, Traducción de RODRIGO NARANJO VALLEJO, En Monografías Jurídicas, No. 3, 3ª. Edición, Temis, Bogotá, Colombia, 1986, p. 18; CARBONELL, MATEU, JUAN CARLOS, *Derecho Penal-Concepto y Principios Constitucionales*, 3ª. Edición, Tirant lo blanch, Valencia, España, 1999, pp. 232-233; COBO DEL ROSAL, MANUEL y VIVES ANTÓN, TOMÁS S, *Derecho Penal- Parte General*, 5ª Edición, Tirant, lo blanch, Valencia, España, 1999, pp. 109-110; VERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO y otros, *Lecciones de Derecho Penal- parte general*, 2ª. Edición, Praxis Universidad, Barcelona, España, 1999, p. 101.

<sup>5</sup> Cfr. CARBONELL, MATEU, *Derecho...*, p. 232.

<sup>6</sup> Cfr. COBO-VIVES, *Derecho...*, p. 109.

Para realizar esta tarea, se acude principalmente al contenido de la exposición de motivos de la iniciativa que dio origen al cuerpo normativo, así como las discusiones que realizan los cuerpos legislativos correspondientes; por eso suele decirse, que esta forma de analizar al derecho penal carece de todo valor científico, y con razón.

## 2. El método crítico

Con el método crítico, se trata de analizar si la técnica empleada por el legislador es o no correcta para conseguir los fines que persigue, si una norma penal se adapta o no al sistema de valores establecidos por la Constitución, pone de relieve si la norma penal se ajusta o no al fin perseguido de tutela de los valores constitucionales, si, por el contrario, resulta mejor otra forma de tipificar cierta conducta o de proteger cierto valor, si hay o no congruencias entre las distintas figuras delictivas o entre estas y otras ramas del ordenamiento (crítica intrasistemática o funcional)<sup>7</sup>; o bien, obliga al interprete a situarse por fuera del sistema jurídico y sustituir los criterios valorativos de este por los propios, se trata de poner en cuestión los propios valores del ordenamiento, el punto de referencia ya no es el sistema jurídico, sino criterios personales e ideológicos, crítica que ha de apoyarse en razones de orden filosófico, político, social (crítica extrasistemática o axiológico)<sup>8</sup>. Estas formas de investigación, aún, gozando de toda legitimidad, no es propiamente científica ni se le puede conceder más valor que el de una mera aportación personal.

Lo anterior, implica que las elaboraciones sistemáticas objeto de nuestro análisis no proceden de los dos anteriores métodos, sino de la dogmática, que explicaremos a continuación.

Pero el mismo concepto de dogmática representa ya algunas cuestiones que pueden generar y de hecho se generan en su interpretación y contenidos, por eso en lo que sigue intentaremos poner en claro las cosas más elementales del que se ocupa la dogmática.

**7** CARBONELL, MATEU, *Derecho...*, p. 233; COBO-VIVES, *Derecho...*, p. 110; VERDUGO GÓMEZ y Otros..., p. 103.

**8** CARBONELL, MATEU, *Derecho...*, p. 233; COBO-VIVES, *Derecho...*, p. 110; VERDUGO GÓMEZ y otros, *Lecciones...*, p. 103.

### 3. El método dogmático

La teoría general del delito nace fundamentalmente de la mano del método dogmático jurídico penal, veamos en que consiste.

- a) Lo que se entiende por dogmática en general.
- b) Lo que se entiende por dogmática jurídica.
- c) Lo que se entiende por dogmática jurídico-penal.

#### 3.1. La dogmática en general

Cuando hablamos de dogmática, se hace presente en forma inmediata la idea de formalismo o conservador, suena en fin, algo así como antiguo, que ha pasado a la historia, según mi percepción, hay algo o mucha razón, cuando se desconoce o no se precisa desde el punto de vista técnico y científico sobre el objeto de estudio del que se trata.

En un primer plano, el más general, el concepto de “dogma” o dogmática a secas es una verdad absoluta que no se haya comprobado desde el punto de vista científico; por ejemplo la existencia de Dios, la vida después de la muerte o bien la existencia de la gloria y el infierno para buenos y malos, aunque jamás se haya comprobado sus existencia, dichas creencias corresponden a actos de fe, a creencias, no a su demostración científica, se integra con “la mera convicción subjetiva, la fe. El dogma no está abierto al debate crítico ni al test de los hechos; se obvian los criterios que determina nuestro derecho a estar seguros de la verdad de una proposición (que es uno de los requisitos del conocimiento)”<sup>9</sup>.

En este sentido, los alcances de esta opinión no tiene la mínima relación con lo que aquí se pretende analizar, porque este concepto es para todos, profesionales, artesanos, jornaleros, etc., conviene por eso declarar de una vez por todas que para efectos de lo que aquí se pretende, carece de relevancia, es inútil.

<sup>9</sup> SANTIAGO NINO, CARLOS, *Consideraciones sobre Dogmática Jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios Doctrinales 7, México, 1974, p.17; Ayer, A. J. *El problema del conocimiento*, Eudeba, Buenos Aires, Argentina, 1968, p. 37.

### 3.2. La dogmática jurídica

Superado el mínimo nivel del concepto, el más ruín, el más corriente para los efectos de lo que aquí se persigue, continúa en orden, la dogmática jurídica que es una disciplina pluridimensional que adopta diversos matices en las diferentes ramas del derecho y en los distintos momentos históricos, lo que hace más difícil su caracterización; sin embargo, puede afirmarse que la base de la dogmática jurídica se halla tradicionalmente una dimensión de elaboración de conceptos y de integración de los mismos en un sistema orientado todo ello a la resolución de problemas jurídicos de un determinado modo<sup>10</sup> como lo pone de relieve ROLANDO TAMAYO y SALMORÁN<sup>11</sup>, al decir:

“La expresión ‘dogmática jurídica’ (expresión equivalente a ‘ciencia del derecho’ o a ‘jurisprudencia’, en su sentido clásico) designa la actividad que realizan los juristas cuando, quae juristas, describen el derecho. Actividad que los juristas habitualmente denominamos (doctrina)”.

Esto implica que habrá tantos conceptos de dogmática en particular como ramas del derecho existan, así pasamos al concepto que de momento nos interesa.

### 3.3. La dogmática jurídico penal

El concepto que resulta más útil para los efectos de este trabajo es la dogmática jurídico penal, “que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales u opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal”<sup>12</sup>.

**10** Cfr. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*; José María Bosch Editor, Barcelona, España, 1992, p. 49.

**11** TAMAYO y SALMORÁN, ROLANDO, *Introducción al Estudio de la Constitución*, 2ª. Edición, Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2002, p. 211.

**12** ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal-Parte General-Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Tomo I, 2ª. Edición, Traducción de DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA y otros, Civitas, Madrid, España, 1997, p. 192.

Desde el punto de vista técnico, la dogmática jurídico penal se presenta en una doble faceta<sup>13</sup>.

- a) Como método de investigación (camino para construir un sistema).
- b) Como sistema penal (haz de conceptos como resultado de la aplicación del método dogmático).

### 3.3.1. La dogmática jurídico penal como método de investigación

La dogmática jurídico penal como método de investigación "representa el método de investigación propio del jurista, que básicamente se caracteriza por la captación o constatación de datos suministrados por la realidad social (datos revelados) el análisis de los mismos y la construcción de una teoría sistemática que pretende lograr la verificación del funcionamiento del sistema cuyo presupuesto básico es la coherencia de las proposiciones aportadas, que deben ser no contradictorias y constituir un sistema reputado verdadero"<sup>14</sup>.

"En tanto que la dogmática sea un método puesta al servicio del positivismo jurídico, seguirá el destino de su amo. En tanto que el jurista dogmático olvide cuál es su función, renuncie al contenido teleológico (bien jurídico) que con el método se halla en la teoría del delito, su elaboración quedará retrotraída a la vieja Begriffsjurisprudenz y contribuirá al desprestigio científico del derecho; su elaboración será l' art pour l' art; tendrán razón sus críticos. No obstante, esto no es problema del método mismo, sino resultado de su imperfecta aplicación. 'Método' significa 'camino', 'vía' hacia algo, y no es propiamente un método el que emplea quien ignora hacia dónde va".

De aquí que el método dogmático jurídico penal es el camino que han seguido y por el que han desfilado los autores de las grandes construcciones sistemáticas, todos bebieron de este método.

<sup>13</sup> POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal-Parte General*, Tomo II, Bosch, Barcelona, España, 2000, pp. 33-34; BACIGALUPO, *Principios*, p.27-28.

<sup>14</sup> POLAINO NAVARRETE, *Derecho...*, Tomo II, p. 34.

### 3.3.2. La dogmática jurídico penal como sistema penal

De la aplicación del método dogmático jurídico penal han nacido las construcciones sistemáticas, por eso, visto la dogmática como un haz de conceptos "...es el resultado de una elaboración conceptual sistemática, realizada por los juristas, que tiene como objeto de conocimiento el derecho positivo (las normas jurídicas), y que se obtiene mediante el empleo de procedimientos lógico-abstractos"<sup>15</sup>.

Mediante la descripción y la exposición de los principios fundamentales del derecho positivo en su coordinación lógica y sistemática, proporciona un conocimiento racionalmente elaborado del Derecho penal y, en rigor, solo a ella corresponde propiamente el calificativo de ciencia y se pone de manifiesto cuando se estudia la teoría del delito y de la pena<sup>16</sup>.

Es aquí precisamente en donde aparecen las elaboraciones sistemáticas que han dado la vuelta al mundo (causalismo, finalismo, etc.) que conocemos como teoría del delito y que por cuestiones didácticas precisaremos más adelante.

### 3.3.3. El objeto de estudio de la dogmática jurídico penal

De principio cabe precisar que el objeto de estudio de la dogmática jurídico penal es la interpretación del Derecho penal positivo<sup>17</sup> vigente, sin ella no existe ni siquiera nace, ella es su garante, de ella se ha valido.

"El método científico (dogmático). Frente a un conjunto de disposiciones legales (preceptos penales) el jurista se encuentra en la misma situación que el físico: debe tomar los datos, analizar los (dogmas), establecer las similitudes y diferencias y reducir lo que opera igual bajo una apariencia pre-analítica de diversidad. Luego elaborar una teoría (construcción) en que cada uno de ellos encuentre su ubicación y explicación..."<sup>18</sup>.

**15** POLAINO NAVARRETE, *Derecho...*, Tomo II, pp. 33-34.

**16** Cfr. COBO-VIVES, *Derecho...*, pp. 109-110.

**17** Cfr. VERDUGO GÓMEZ y otros, *Lecciones...*, p. 100.

**18** ZAFFARONI, RAÚL, EUGENIO, *Teoría del Delito*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1973, p.23. El subrayado es mío.



Para estudiar el derecho penal pone en "relación unas normas con otras y, lo que quizá es más importante, la obtención de las características genéricas de todas ellas, la categorización de los diferentes componentes de las normas penales. Es aquí donde se realiza la autentica ciencia del derecho penal; donde se elaboran las teorías jurídicas del delito y de la pena; donde se obtiene los conceptos generales que permite hablar de una ciencia más allá de la simple acumulación de normas penales"<sup>19</sup>.

"tiene como objetivo teórico más elevado la búsqueda de los principios básicos del derecho penal positivo y su articulación en un sistema unitario. La teoría del delito constituye un intento de ofrecer un sistema de estas características. No es, pues, fundamentalmente una propuesta incondicionada sobre lo que el delito debería ser (no es una construcción iusnaturalista), sino una elaboración sistemática de las características generales que el derecho positivo permite atribuir al delito, a la vista de la regulación que aquel efectúa de éste".<sup>20</sup>

De acuerdo con esto lo que el dogmático tiene que averiguar es ver si y como está regulado un supuesto de hecho concreto por el derecho penal, al hacerlo hace la ciencia del derecho penal<sup>21</sup>.

De donde se infiere que no puede existir dogmática jurídico penal, en una sociedad donde no hay derecho penal legislado; es decir: "la dogmática opera en función del Derecho positivo"<sup>22</sup>, pero el Derecho penal legislado puede existir sin dogmática; es decir, "el derecho penal existe con o sin dogmática".

### 3.3.4. Función de la dogmática jurídico penal

Entre otras cosas, "La dogmática jurídico penal tiene por objeto determinar lo que rige conforme al ordenamiento penal positivo: su misión es,

**19** Cfr. CARBONELL, MATEU, *Derecho...*, p 233.

**20** MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª. Edición, Barcelona, España, 1998, p.108.

**21** Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Concepto y Método de la Ciencia del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, España 1999, p.36.

**22** POLAINO NAVARRETE, *Derecho...*, Tomo II, p. 36.

pues, averiguar y determinar el contenido del derecho penal. Por eso permite conocer y aplicar lo dispuesto en el derecho penal vigente de modo riguroso y sistemático, favoreciendo la seguridad jurídica en este campo, función a las que algunos añaden la de sistematizar, estabilizar y operativizar los fines y objetivos del Derecho penal (Hassemer) o la de reducir la complejidad de los problemas(Hassemer, Luhmann)”<sup>23</sup>. Al respecto dice ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG<sup>24</sup>.

“La dogmática’ nos debe enseñar lo que es debido en base al Derecho’, debe averiguar que es lo que dice el Derecho. La dogmática jurídico penal, pues, averigua el contenido del Derecho penal, cuales son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, que es lo que distingue un tipo de otro, donde acaba el comportamiento impune y donde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollado esté una dogmática, más imposible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, mas lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que –por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico– se desconoce su alcance y límite”

En buena síntesis, JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA<sup>25</sup> señala las siguientes funciones de la dogmática jurídico-penal:

- a) Racionaliza la administración de justicia y la torna igualitaria, suministrándole además los criterios relevantes para la aplicación de la equidad.

<sup>23</sup> LUZÓN-PEÑA, DIEGO MANUEL, *Curso de Derecho Penal-Parte General*, 2ª. Edición, Universitas, Madrid, España, 1999, p. 93.

<sup>24</sup> GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, España, 1976, p. 78.

<sup>25</sup> *Derecho Penal Fundamental*, Tomo I, 2ª. Edición, Temis, Bogotá, Colombia, 1989, p.22.

- b) Proporciona a los ciudadanos seguridad jurídica, permitiéndoles distinguir de antemano claramente lo punible de lo que no lo es. Al hacer previsibles y coherentes las decisiones judiciales e inteligibles las leyes.
- c) Partiendo del “dogma” de las normas positivas que componen un determinado ordenamiento nacional, construye inductiva y analíticamente un sistema racional, armónico y coherente del derecho penal, librándolo del panlogismo y poniéndolo en contacto con la vida social e histórica a través de la teoría del bien jurídico y de la política criminal.
- d) Aunque carece de definidas e intrínsecas afiliaciones ideológicas, se inclina decididamente hacia la protección de la seguridad jurídica de los ciudadanos.

Pero la dogmática jurídico penal, hoy se tambalea porque aparte de los problemas tradicionales que ya enfrentaba<sup>26</sup>, apareció su peor yerro encarnada en su más cercana hijastra: La tópica, quien ahora pretende desplazarla de su lugar privilegiado, veamos porque.

### C. DOGMÁTICA Y TÓPICA

Mientras la dogmática jurídico penal comienza por estudiar el sistema y de ahí se traslada al problema, en busca de soluciones; la tópica pretende hacer todo lo contrario; es decir, construir el Derecho penal a partir del problema para luego trascender al sistema, ahí está el centro de gravedad, el dilema es la lucha por un orden “del problema al sistema” o “del sistema al problema”.

Entre los principales argumentos utilizados por la tópica aparece como la más poderosa la que califica de “acientífico” la dogmática jurídico penal.

#### 1. El problema de la cientificidad de la dogmática jurídico penal

Pero “¿Es verdaderamente una ciencia? ¿No es cierto que los únicos que creen que la dogmática jurídico penal es una ciencia son los propios juristas y, aparte de ellos, nadie más? ¿En que se parece la llamada ciencia del Dere-

<sup>26</sup> Con buen detalle BACIGALUO, *Principios*, p. 29 y s.

cho penal, por ejemplo, a la Física o a la Biología? ¿Y es que se tiene que parecer a ellas para merecer verdaderamente el nombre de ciencia?"; con estas interrogantes inicia ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG<sup>27</sup> su interesante estudio sobre la naturaleza del carácter científico de la dogmática jurídico penal.

Frente a estas interrogantes y muchas más el mismo POPPER<sup>28</sup>, uno de los representantes más agudos del racionalismo crítico ha señalado:

"...que incluso en las ciencias de la naturaleza no puede hablarse de verdades absolutas sino tan solo de proposiciones o de teorías no refutadas. Si ha sido puesto en cuestión el carácter científico de las denominadas ciencias puras, con más razón puede serlo en de las ciencias humanas o sociales. Y es verdad que más que ante una ciencia, estamos ante un saber y ante unas técnicas; pero la cuestión no parece tener excesiva trascendencia. Todas, las naturales y las sociales, pueden usar con la misma legitimidad o, si se prefiere con la misma poca legitimidad, el término ciencia".

## 2. Los principios de la tópica

Su creador VIEHWEG arremete contra "el pensar sistemático" de la ciencia del derecho y propone sustituirlo por un pensar "tópico", o lo que es lo mismo, un pensar problemático<sup>29</sup>.

La tópica según VIEHWEG, es una técnica del pensamiento problemático que se orienta hacia el problema, consiste en enfrentarse con los problemas de la mano de distintos puntos de vista que, en una etapa más desarrollada, pasan a integrarse en determinado catálogos o listas, esto es, en repertorios de puntos de vista, en cualquier caso, la estructura jurídica total que realmente hay que encontrar no es un sistema en sentido lógico, la categoría del sistema deductivo es inadecuado para la ciencia del derecho; es más, es un impedimento para la vista; y propone las siguientes reglas del pensar tópico:

<sup>27</sup> *Concepto y Método...*, p. 38.

<sup>28</sup> CARBONELL MATEU, *Derecho...*, p. 232.

<sup>29</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y Método...*, p.103.

- a) La estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema.
- b) Las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tiene que quedar ligadas de un modo específico con el problema y solo pueden ser comprendidas desde él.
- c) Los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia solo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema. Cualquier otra es preciso evitarla.

### 3. Criticas a la tópica

Los primeros en salir en defensa del pensar sistemático como no podía ser de otra forma, son DIEDERICHSEN y JESCHEK para quienes “el mero pensar problemático lleva en sí el peligro de perder de vista la vinculación sistemática de todo conocimiento jurídico penal y la rechazan decididamente”<sup>30</sup>.

Secunda la defensa GIMBERNAT ORDEIG<sup>31</sup>, al decir que “La ciencia del Derecho hasta ahora no ha prescindido del sistema... La dogmática jurídica debe pensar sistemáticamente... Un pensar meramente problemático tampoco basta. No hay ningún motivo para renunciar a llevar al sistema las consecuencias que resulten de la solución de un problema; solo que el sistema debe permanecer siempre abierto e irse conformando según cuales sean las soluciones que se van obteniendo de los distintos problemas...”.

### 4. Toma de posición

Consciente de que estas notas se han insertado con el único objeto de aludir el estado de la dogmática jurídico penal y como no es el lugar adecuado para entrar en la polémica sobre la “cientificidad” o “acientificidad” de la dogmática jurídico penal nos adherimos a la posición de BINDER y SAUER, para quienes “la ciencia es un sistema y todo conocimiento cientí-

<sup>30</sup> GIMBERNAT ORDEIT, *Concepto y Método...*, p. 105.

<sup>31</sup> *Concepto y Método...*, p.106.

fico es sistemático resulta ex ante concluir que la dogmática jurídico penal es una ciencia<sup>32</sup>.

#### D. EL ANÁLISIS Y LA SÍNTESIS DE LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO

Señalamos ya en líneas anteriores que aquí ni por asomo se pretende la elaboración de una estructura sistemática del delito, de lo que se trata es de analizar y sintetizar lo que ya está hecho, para llegar a esas construcciones sus autores se valieron como instrumento general del método dogmático jurídico penal; en este trabajo, para cumplir con nuestra misión vamos a utilizar como herramientas el análisis y la síntesis y acaso en la última parte referente al derecho penal mexicano pediremos los favores propios del método dogmático jurídico penal ¿pero como lograremos ese objetivo de analizar y sintetizar?, se han elaborado básicamente dos caminos.

- a) La concepción jurídico formal de la teoría del delito.
- b) La concepción jurídico sustancial de la teoría del delito.

#### 1. El estudio de la teoría del delito conforme a la noción jurídico sustancial

De acuerdo con esta noción jurídico sustancial se estudia la esencia del delito para determinar cuales son sus presupuestos y sus elementos, porque las nociones formales no penetran en la verdadera naturaleza del mismo por no hacer referencia a su contenido<sup>33</sup>. El concepto jurídico a su vez se divide en dos aspectos:

- a) Unitario, totalizador o sintético.
- b) Analítico o atomizador.

**32** GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y Método...*, pp.102-102.

**33** Cfr. MÁRQUEZ PIÑERO, RAFAEL, *Derecho Penal*, 3ª. Edición, Trillas, México, 1994, p. 133; CASTELLANOS TENA, FERNANDO, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 2ª. Edición, Porrúa, México 1991, p. 129.

### 1.1. El sistema unitario o totalizador

Atento al concepto unitario o totalizador "... se condensa lo que se entiende globalmente por digno de represión, o por merecedor de pena. Se trata de una idea que guarda estrecha relación con la teoría de la pena y que, a su vez, opera dentro de la teoría del delito como el axioma principal de la misma"<sup>34</sup>.

Desde esta perspectiva, se considera que el delito "es un bloque monolítico que no se deja rebanar, es un todo orgánico, no fraccionable, su verdadera esencia, no está en cada uno de sus componentes ni tampoco en su suma, sino en el todo y en su intrínseca unidad, no puede dividirse para su estudio, es un concepto indisoluble"<sup>35</sup>.

Si optáramos por esta línea, el tema que nos ocupa carecería de objeto de estudio; por eso ésta forma de operar no conviene a los objetivos que aquí se persiguen: el de proporcionar a los estudiantes que inician su carrera profesional una especie de "abecedario para principiantes" mediante el análisis y a la síntesis.

### 1.2. El sistema analítico

El concepto analítico, es más generoso, porque estudia al delito en sus partes, considerándolos en su conexión íntima, al existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del delito. El análisis no es la negación de la unidad, sino el medio para realizarla, se contempla al delito como un todo, pero acepta que puede fraccionarse en elementos, y estos a su vez pueden estudiarse en forma autónoma, pero sin olvidar que los mismos se interrelacionan o dependen entre sí y que forman una unidad<sup>36</sup>.

**34** BACIGALUPO, ENRIQUE, *Manual de Derecho Penal*, Temis, Bogotá, Colombia, 1989, p. 69.

**35** REYNOSO DÁVILA, ROBERTO, *Teoría General del Delito*, 2ª. Edición, Porrúa, México, 1997, p. 7; CASTELLANOS TENA, *Lineamientos...*, p. 129.

**36** Cfr. REYNOSO DÁVILA, *Teoría...*, p. 6; CASTELLANOS TENA, *Lineamientos...*, p. 129; ORELLANA WIARCO, OCTAVIO ALBERTO, *Teoría del Delito*, 4ª. Edición, Porrúa, México, 1997, p. 8.

## 2. El estudio del delito conforme a la noción formal

La noción jurídico formal del delito es aquella que se encuentra apegada a la ley, que impone su amenaza penal. El delito es verdaderamente configurado por su sanción penal. Si no hay ley sancionadora no existe delito, aunque la acción haya sido inmoral y gravemente perjudicial en el plano social. Se trata de una noción incompleta realizada por el legislador pues no preocupa la naturaleza del acto en sí, sino que sólo atiende a los requisitos formales<sup>37</sup>.

La noción formal de delito se refiere al concepto que se encuentra previsto en la ley, y en este caso en la ley penal sin que se señale su estructura fundamental, constituye en la mayoría de las veces la obra errante de los legisladores de hoy.

De los apuntes realizados para el análisis y la síntesis de la teoría general del delito se obtiene el siguiente resumen:

**37** Cfr. MÁRQUEZ PIÑERO, *Derecho...*, p. 132.

**38** Aunque esta teoría corresponde a la unitaria, para efectos didácticos, en este trabajo se realiza un análisis sistemático al igual que las demás teorías.



A mi modo de ver la concepción unitaria o totalizadora que ve al delito como un todo orgánico y que no se puede desintegrar para su estudio; hoy en día de ninguna manera encuentra un sustento jurídico sólido-quizá en el irracionalismo-pero ni siquiera al llegar a esa etapa la tomaremos en cuenta, es inútil e inservible; hoy en día quien se interese por el estudio del hecho punible debe comenzar por el análisis de los elementos que la integran (conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), esto implica que el investigador debe descomponer el todo en fracciones, sin que ello implique que exista divorcio entre uno y otro elemento, porque así como un instrumento electrónico, es tal porque se encuentra estructurado con una serie de piezas y cuando falla alguna de ellas, el técnico, revisará las mismas, lo desarmará para verificarlo y en su caso ubicará el desperfecto y una vez detectada la falla procederá a la reparación de la pieza defectuosa, así es el delito un conjunto de piezas, un juego de rompecabezas, un conjunto de estructuras en la ciencia penal.

En conclusión en este trabajo conviene por razones técnicas utilizar la concepción analítica en las primeras seis partes y en la séptima que corresponde al derecho penal mexicano debe intervenir la concepción formal si olvidarse de la síntesis y habrá que pedirle también los favores al método dogmático.

## E. LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO

Con este rubro pretendemos caracterizar las diversas teorías existentes. La teoría del delito, también conocida como "teoría del hecho punible"<sup>39</sup> o, más modernamente, "teoría de la imputación".

### 1. Concepto

Dice MAGGIORE<sup>40</sup> que "así como hay una teoría general del derecho, hay una teoría general del delito. Esta, se encuentra comprendida en aquella;

<sup>39</sup> ROXIN, CLAUS, *Derecho...*, Tomo I, p. 192.

<sup>40</sup> MAGGIORE GIUSEPPE, *Derecho Penal*, Tomo I, 2ª, Edición, Temis, Bogotá, Colombia, 1989, p. 268.

recibe de ella luz y a la vez ilumina... Si la teoría del delito es ciencia, con los mismo títulos que la ciencia general del derecho, debe tener una estructura sistemática y una organización lógica que responda a criterios de rigurosa necesidad. Determinar esta estructura, señalar la organización interna de la doctrina del delito, es la parte más delicada de la ciencia del derecho penal y también, a causa de esa delicadeza, la parte más controvertida”.

Hay sendos conceptos de “teoría del delito”, desde los causalistas clásicos, hasta los más modernos del funcionalismo radical, aquí hemos preferido utilizar el siguiente concepto que me parece más neutral.

“Se llama teoría del delito a la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir, cuáles son las características que debe tener cualquier delito”<sup>41</sup>.

En efecto, la teoría del delito es la parte general del derecho penal que se compone por un conjunto de estructuras que estudian el origen y la evolución de las tendencias dogmáticas, estudia los elementos que integran o desintegran el delito, es el puente que une el mundo fáctico y el mundo normativo a piedra angular de la ciencia penal.

## 2. Objeto

La primera tarea a la que se enfrenta la teoría general del delito es la de dar un concepto de delito que contenga todas las características comunes que debe tener un hecho para ser considerado como delito y ser sancionado, en consecuencia, con una pena. Todo intento de definir al delito al margen del derecho penal vigente es situarse fuera del ámbito de lo jurídico, para hacer filosofía, religión o moral<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> ZAFFARONI, RAÚL EUGENIO, *Manual de Derecho Penal-Parte General*, 2ª. Edición, Cardenas Editor y Distribuidor, México, 1988, p. 333.

<sup>42</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Teoría General del Delito*, Temis, Bogota, Colombia, 1990, p.1.

### 3. Las estructuras sistemáticas

De rutinario resulta para muchos el concepto de teoría del delito, sin embargo, al entrar a su estudio analítico y detallado resulta sumamente complejo, este es precisamente la razón del presente trabajo, el de señalar de manera sencilla las tendencias que han existido, los elementos que estructuran al delito en cada una de ellas y la naturaleza de esos elementos.

En este orden de ideas y obviando cualquier discusión, hay cierta unanimidad entre los estudiosos<sup>43</sup> de la ciencia penal, en admitir al menos seis construcciones (teorías, esquemas, tendencias, orientaciones, etc) sistemáticas que son:

- a) Causalismo clásico (naturalismo).
- b) Causalismo neoclásico (neokantismo).
- c) Total o Irracional.
- d) Finalismo.
- e) Funcionalismo moderado.
- f) Funcionalismo radical.

Aunque aquí no prendemos agotar el tema porque el problema es más complejo del que parece para determinar cuántas y cuales son las tendencias que han existido, porque de sobra resulta decirlo que nos hemos acostumbrado de manera vaga e imprecisa a las que se han señalado, aunque para nosotros no pasa desapercibido los fundamentos que para una estructura sistemática han elaborado, entre otros, HASSEMER en Alemania, FERRAJOLI en Italia, SILVA SÁNCHEZ en España y MORENO HERNÁNDEZ en México.

En este contexto, como la teoría del delito que se analiza ya está construida, nuestra pretensión es muy modesta, pues lo único que se pretende es

<sup>43</sup> Cfr. ZAFFARONI, RAÚL EUGENIO, *Manual...*, pp. 345-349; WESSELS, JOHANNES, *Derecho Penal-Parte General*, Traducción de CONRADO A. FINZI, 6ª, Edición, Depalma, Buenos Aires Argentina, 1976, pp. 22-23I; SCHUNEMAN BERND, *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal*. En, SCHUNEMANN BERND (compilador), *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*, Traducción de JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, Tecnos, Madrid, España, 1984, p. 43; DAZA GÓMEZ, *Teoría...*, p. 39.

hacer una síntesis cuya fidelidad debe desprenderse de los sistemas ya elaborados, y quizá para algunos superados.

Tomando en cuenta lo anterior, este trabajo se compone de siete partes, las primeras seis se refieren a la síntesis de las construcciones sistemáticas enunciadas, en ellas, el lector encontrará el análisis, la síntesis y la recopilación de esos sistemas con los siguientes datos:

- a) Vigencia del sistema correspondiente.
- b) Nombres con los que se les ha caracterizado.
- c) Conceptos fundamentales.
- d) Método utilizado.
- e) Autores y seguidores nacionales y extranjeros.
- f) El concepto y estructura de la acción.
- g) El concepto y estructura de la tipicidad.
- h) El concepto y estructura de la culpabilidad.
- i) Algunos problemas que han enfrentado en su evolución.

En la séptima y última parte, se realiza una breve síntesis de la evolución del sistema penal mexicano persiguiendo fundamentalmente dos objetivos: en primer lugar establecer la ideología que la doctrina mexicana le atribuye; en segundo lugar, mediante el análisis de las categorías sistemáticas (conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) tanto del Derecho penal Federal como del Distrito Federal, determinar tomando como baremo las estructuras sistemáticas de la ciencia penal si esos esquemas se ajustan en su totalidad a los principios, conceptos y sistemáticas de aquellas monumentales construcciones alemanas, o bien, se han insertado conceptos aislados e incompletos en los intentos por imitar aquel sistema, en cuyo caso la construcción de nuestro derecho ha estado en manos de promotores y legisladores extraviados, esto último, nos obligaría a trabajar en la construcción de un sistema penal cuyo sustento debe buscarse en la realidad criminal de nuestro país, y no en puras ilusiones y promesas que jamás llegan a materializarse.