

**CAPITULO SEGUNDO**  
**CONTROL SOCIAL Y DERECHO PENAL**

---

“Se hace demasiado honor a los gobiernos cuando se les atribuye exclusivo orden que reina en las sociedades civiles, desconociendo la inmensa parte que tiene ello la naturaleza del hombre.

(Adriano Duport )

En el siguiente apartado se define y analiza algunas reflexiones terminológicas y conceptuales acerca del Control Social, y del Derecho Penal como consecuencia de éste. De igual forma se establece la vinculación entre el derecho penal, la Dogmática penal y la Política criminal, a fin de determinar la base conceptual sobre la cual se planteara y desarrollara el tema de la presente investigación.

## **2.1 Control Social**

Es innegable que el hombre es un ser social y político por naturaleza, lo cual explica su agrupación y convivencia con otros seres humanos, ya sea por perseguir los mismos interés u objetivos o bien por buscar su simple supervivencia, de tal forma es inconcebible pensar que el hombre pueda vivir de manera aislada. Sin embargo, a lo largo de la historia humana su convivencia no se ha caracterizado por pacífica, ya que, como menciona Muñoz Conde: prevalece

el llamado “*principio de placer (sic)*,”<sup>3</sup> en el que todo individuo busca satisfacer su voluntad por encima de los intereses de los demás miembros, lo que provoca no sólo la división de dichos grupos en dominantes y dominados, sino una serie de conflictos que muchas veces han culminado en movimientos revolucionarios a lo largo de la historia, definiendo así la estructura de poder en turno.

Por lo tanto la estructura de poder no sólo representa al grupo dominante, sino a la única fuerza capaz de dirimir los conflictos que surgen entre los miembros de una sociedad, haciéndose presente la necesidad de una autoridad; una autoridad que vele por las necesidades de los individuos, que encabece a través de una serie de formas y métodos de control social que buscan no sólo la excelcitud de su sociedad, sino su permanencia en el poder.

Dicho control social ha sido doctrinariamente definido por diversos autores como Muñoz Conde, al determina que “el control social es una condición básica de la vida social, pues a través de él se asegura el cumplimiento de las expectativas de conducta y los intereses contenidos en las normas que rigen la convivencia, confirmándolas y estabilizándolas contrafácticamente, en caso de su fluctuación o incumplimiento, con la respectiva sanción impuesta en una determinada forma o procedimiento.”<sup>4</sup>

De igual forma se define al control social “bajo el concepto de control social se comprenden los recursos de que dispone una sociedad determinada para asegurarse de la conformidad de los comportamientos de sus miembros a un

---

<sup>3</sup> Muñoz Conde Francisco. Derecho Penal y Control Social. Ed. Temis, Colombia, 1999, p.10.

<sup>4</sup> Cf. Muñoz Conde Francisco. Op, cit., p.25.

conjunto de reglas y principios establecidos, así como las formas organizadas con que la sociedad responde a sus transgresiones.”<sup>5</sup>

En conclusión, podemos determinar que el control social es el conjunto de medios a través de los cuales una sociedad garantiza que la conducta de cada uno de sus miembros sea congruente con los parámetros de conducta previamente establecidos por ellos; de igual forma se refiere a la capacidad de respuesta de la sociedad ante el incumplimiento de dicho parámetros.

Como se puede apreciar en las definiciones ya expuestas son dos los parámetros que predominan en ellas, por un lado se refiere a la aceptación de las conductas o comportamientos negativos previamente determinados que pueden ser simples parámetros de comportamiento que violentan normas sociales, o bien conductas consideradas como delitos que, conforme al momento histórico en que se lleven a cabo, violan una norma jurídica. Por otro lado encontramos a la capacidad de respuesta de la sociedad o el Estado ante la realización de conductas que afectan el orden social o jurídico respectivamente, por lo tanto estamos en presencia de dos tipos de control social: el control social de acción y el control social de reacción.

## 2.1.1 Tipos de Control Social

### 2.1.1.1 Control Social de Acción

El control social de acción se caracteriza por tener como finalidad la prevención de ciertas conductas a través de la internación y conformidad del

---

<sup>5</sup> Bustos Ramírez Juan, y Hernán Hormazábal Malareé. Lecciones de Derecho Penal. 1vols. Ed. Trotta, Madrid, 1997 p.15.

individuo frente a un conjunto de valores sociales o pautas de comportamiento sobre las cuales descansa la sociedad.

Dicha inserción consiste en que el individuo tome como suyos ciertos parámetros de conductas y escala de valores lo que presupone la aceptación de determinado orden social, sujetando de manera tácita a cada uno de los individuos respecto del comportamiento que se espera de él frente a los demás.

Autores como Juan Bustos nos hablan de los mecanismos de socialización como parte fundamental de la internación y conformidad a cierto sistema de valores. Entre estos mecanismo encontramos "grupos privados que dominado los medios de comunicación van reproduciendo los valores del sistema, entre otras, en formas de noticias, literatura, cine y programas de televisión,"<sup>6</sup> predominando un sentido materialista y de globalización, que afecta notablemente la inserción de valores fundamentales en el hombre.

Es indispensable que dicha internación se haga por medio de los mecanismos adecuados, independientemente del nombre con que se les designe, ya que éstos tienen como función que el individuo distinga y deseche de su realidad social las conductas descritas como desviadas o negativas y al mismo tiempo adopte las conductas que se esperan de él. Sin embargo, no debemos olvidar que estamos en presencia de una sociedad compuesta de individuos con voluntad propia y libertad de elección, lo cual puede originar contradicciones al régimen social, toda vez que puede existir oposición a lo ya establecido.

Por ejemplo, estos mecanismo se van a encargar de que el individuo conozca que robar, matar o violar no son conductas aceptadas por su sociedad,

---

<sup>6</sup> Bustos Ramírez Juan, y Hernán Hormazábal Malarée. Op. cit., p. 21.

ya que son comportamientos clasificados como negativos o desviados, pues evidentemente fracturan su orden social, aún si los individuos pueden o no aceptar dichas conductas como lesivas.

La importancia de este tipo de control social, como atinadamente lo menciona Muñoz Conde, es que sin éste “las normas penales y por lo tanto el derecho penal y el sistema jurídico penal de nada servirían, sin la existencia previa de otros mecanismos de motivación sobre el comportamiento humano.”<sup>7</sup> Desafortunadamente estos mecanismos no siempre cumplen la finalidad establecida, debido a que en el momento en el que se llegan a realizar las conductas ya descritas se activa el Control Social de Reacción.

#### 2.1.1.2 Control social de Reacción.

El control social de reacción también llamado de respuesta es aquel que, como su nombre indica, responde a la realización de conductas desviadas o negativas preestablecidas dentro de un orden social o jurídico; esta reacción puede establecerse a través de diversos mecanismos siempre y cuando dicha conducta sea considerada por la sociedad como lesiva.

A diferencia del Control Social de acción éste no busca que el individuo acepte mentalmente un sistema de valores o conjunto de parámetros a seguir, sino combatir la consumación de conductas que no debieron realizarse.

Las formas de reacción con las que cuenta una sociedad pueden ser variadas, conforme a la conducta que se intenta reprimir o sosegar; algunos

---

<sup>7</sup> Muñoz Conde Francisco. Op. cit.,p 28.

autores las clasifican en tres grupos “la medicación para las conductas patológicas, criminalización para las conductas definidas como crimen y neutralización para aquellas consideradas como conductas molestas.”<sup>8</sup> El control al que hace referencia puede ser difuso o institucionalizado dependiendo de que éste tenga o no, como finalidad específica dicho control social.

#### 2.1.1.2.1 Control Difuso

Este tipo de conductas tienen como campo de acción la familia, los grupos religiosos, los medios de comunicación, el trabajo, la escuela y los grupos deportivos como consecuencia estas mismas instituciones sociales son las encargadas de reprimir aquellas conductas que afecten los valores y códigos de comportamientos no escritos establecidos en cada uno de dichos grupos, pues como ya hemos visto el individuo tiene la libertad de cumplir o no con el comportamiento que se demanda de él, a sabiendas de las consecuencias que puede originar dicha libertad de elección.

Como ejemplo observamos que la mayor parte de los grupos religiosos se basan en normas de convivencia y principios rectores de la ideología que predicán, por lo que si alguno de sus miembros llegara a atentar en contra de dichos principios sería sancionado con rechazo, burlas, aislamiento o expulsión de dicho grupo religioso, incluso en religiones como la católica llega a utilizarse la excomunión que aunque tiene una coacción social fuerte, ninguna de estas sanciones tiene una verdadera fuerza coactiva en el mundo jurídico que evite la realización de ciertas conductas.

---

<sup>8</sup> Hess, citado. por Bustos Ramírez J y Hernán. Hormazábal, Malarée, p.18.

El control social que ejercen este tipo de instituciones recibe el nombre de control social de reacción **informal o difuso**, toda vez, que existiendo como forma de control dentro de una sociedad, no pertenece a una estructura gubernamental<sup>9</sup>, es decir, no forma parte del derecho escrito, ya que sus sanciones se basan en normas sociales, tradiciones, costumbres, normas religiosas y violaciones a los códigos de conducta y ética.

El control social difuso no tiene como finalidad el control social, ya que es un control indirecto por la propia naturaleza de las instituciones que lo realizan, “por ello aunque este tipo de control puede tener algún efecto en los índices y formas de delincuencia, se trata de una acción inducida resultante de acciones con otra meta principal.”<sup>10</sup>

Sin embargo, actualmente la ineficacia de las medidas clásicas de prevención y represión instauradas por instituciones propias del sistema penal contra la delincuencia ha provocado la participación activa de esta sociedad en la búsqueda desesperada de justicia. (que evidentemente se materializa en el peor de los casos a través de la justicia de propia mano). De tal forma la sociedad no solo participa como filtro del sistema penal, sino a través de medidas de seguridad establecidas por ella misma y en algunos casos en cooperación con el cuerpo social.

---

<sup>9</sup> Cf. Malo Camacho Gustavo. Derecho penal Mexicano. Ed. Porrúa, México 1998, p. 22.

<sup>10</sup> Gassin Raymond, citado. por Rico José María y Laura Chinchilla , 2002 p. 17.

#### 2.1.1.2.2 Control Institucionalizado

A diferencia del control social difuso cuyo titular es la sociedad, en el control social formal o institucionalizado el titular es el Estado, que a través de instituciones legalmente constituidas como la secretaría de educación, salud, economía, entre otras ejercen un control social institucionalizado no punitivo.

De igual forma se encuentra el control social institucionalizado punitivo que parte de un ordenamiento jurídico en el que se establece cada una de las conductas “que más gravemente atacan a la convivencia humana.”<sup>11</sup> Luego entonces se está en presencia de un derecho escrito en donde la violación ya no es a una norma social, sino a una jurídica<sup>12</sup> y cuyas reacciones revisten un carácter de mayor exactitud y fuerza coactiva, en donde ésta se ejerce a través de una estructura gubernamental que tiene como función primordial el control social mediante la punición.

Sin duda la agresión cometida ha rebasado el orden social y como menciona Muñoz Conde: históricamente este orden social se ha mostrado por sí solo como insuficiente para garantizar la convivencia. En algún momento histórico se hizo necesario un grado de organización y regulación de conductas más preciso y vigoroso. Nace así secundariamente, la norma jurídica que a través de la sanción jurídica se propone, conforme a un determinado plan, dirigir, desarrollar o modificar el orden social.<sup>13</sup>

Dicho control social se ejerce a través de instituciones como la policía, el ministerio público, los tribunales, el derecho Penal y su procedimiento, así como

---

<sup>11</sup> Gassin Raymond, citado. por Rico José María y Laura Chinchilla , 2002 p. 14.

<sup>12</sup> Norma jurídica, cuyo conjunto formula un orden jurídico.

<sup>13</sup> Cf. Muñoz Conde Francisco. Op. cit., p. 13.

los centros de readaptación; los cuales forman parte del Sistema de Justicia Penal, (que es la parte más visible de este tipo de control) que ejerce un control más específico llamado control penal. Dicho control tiene un predominio fundamentalmente escrito, el cual se presenta desde la creación de la norma hasta la ejecución de la pena.<sup>14</sup>

La importancia del control social de Reacción institucionalizado punitivo descansa en que éste se activa o se hace necesario, cuando llega a realizarse una conducta que viola gravemente un bien jurídico fundamental para la convivencia social y que no puede ser solucionado mediante el Control Social de Reacción Difuso, ya que requiere una mayor obligatoriedad a fin de reprimir futuras conductas lesivas para la sociedad en donde el elemento fundamental es lo coactivo de la norma jurídica, por lo que es a través del Estado que se construye lo que conocemos como derecho penal.

El derecho penal como Control Social de reacción institucionalizado no tendría la fuerza coactiva que lo caracteriza, si no fuera por el Control Social de acción, “ya que todo el mundo sabe que conductas universales como el robar o matar está prohibido, pero este conocimiento se adquiere primeramente como norma social y sólo posteriormente como Norma Jurídica Penal.”<sup>15</sup> De igual forma dichas instancias motivadoras pertenecientes al Control Social de Acción tampoco podrían existir, si no fueran confirmadas por el derecho penal y en general por el Sistema Jurídico Penal.

---

<sup>14</sup> Cf. Bustos Ramírez Juan y Hernán Hormazábal Malarée. Op. Cit., p. 19.

<sup>15</sup> Muñoz Conde Francisco. Op cit, p. 27.

Por lo anterior podemos deducir que el derecho penal únicamente es la parte más visible o expresiva de un todo, en este caso del sistema penal en particular y del control social en general.

## 2.2 Derecho Penal.

### 2.2.1 Denominación

Históricamente siempre se ha hecho necesaria la existencia de un mecanismo que regule el poder punitivo del Estado. A este poder se le denomina **Derecho Penal** “constituyendo desde luego la expresión más enérgica del poder,”<sup>16</sup> ya que tiene como objetivo salvaguardar los intereses más fundamentales para la sociedad. El derecho penal en general es considerado como un medio del control social formal o institucionalizado punitivo, el cual deberá basarse en cuatro garantías fundamentales: la libertad; justicia, seguridad y bienestar,<sup>17</sup> a fin de que dicho derecho no se convierta en un derecho represivo o de terror.

El Derecho penal ha sido denominado de distintas formas, dependiendo del país en el que se utilizó o utiliza el término, o bien conforme a las distintas corrientes de pensamiento. Autores como Malo Camacho nos establecen que en tiempo de los Romanos para designar al derecho penal se usaban expresiones como *ius poenale* y *ius criminale*, mismas que se utilizaron en la Edad Media, sin embargo durante esta última etapa el derecho penal estuvo fuertemente influido por la religión católica. Tan es así que los conceptos de delito y pena guardaban

---

<sup>16</sup> Gonzáles Quintanilla José. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, México, 1997, p. 15.

<sup>17</sup> Cf. Díaz Aranda Enrique. Derecho Penal. Ed. Porrúa, y UNAM, México, 2003, p. 21.

una estrecha relación con pecado y penitencia, por ejemplo: en países como Alemania se utilizaron sucesivamente para designar al derecho penal alemán, las palabras *peinliches* Recht. o *Becht* (derecho vergonzoso) y *criminal* Recht, entendiéndose por la primera como un concepto de pena estrechamente vinculada con la idea de expiación, que igualmente nos muestra un contenido religiosos, ya que como la propia palabra lo expresa se refiere a un pago, a una compensación por la realización de determinadas conductas; por la segunda se entiende un contenido más amplio, ya que hace referencia a las normas relativas al crimen o al delito.<sup>18</sup>

Entre otras denominaciones encontramos que el derecho penal es también conocido como derecho represivo, derecho sancionatorio, derecho de penas y medidas de seguridad, y derecho protector de los criminales concepto dado en España por Dorado Montero. Entre las denominaciones que destacan o que responde a una corriente de pensamiento en específico, encontramos que las más utilizadas son derecho criminal y derecho penal, “ambas parecían responder a dos diferentes puntos de interés, eligiéndose criminal o penal,”<sup>19</sup> según se tome la pena o el delito como base.

La expresión “derecho criminal” se la debemos a la escuela positivista cuya orientación se basaba en la biología, antropología y sociología. Dichas disciplinas no eran enfocadas hacia la norma que prevé el delito, sino hacia el delincuente o criminal. Tal inclinación determinó que el nombre de derecho penal fuera

---

<sup>18</sup> Cf. Malo Camacho Gustavo. Op. Cit., Pp. 33, 34, 35.

<sup>19</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Ed. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Argentina, 1998, p. 26.

sustituido, por el de derecho criminal, “hablándose de responsabilidad social y de medidas de seguridad predelictivas y posdelictivas.”<sup>20</sup>

Actualmente y después de ser superadas aquellas ideas de las escuela positivista, el estudio del derecho penal fue encausado nuevamente hacia la norma, el delito y el sujeto responsable, como atinadamente señala Malo Camacho<sup>21</sup>. En consecuencia se utiliza, casi con unanimidad la denominación de “derecho penal” en aquellos países de formación occidental europea y en la mayoría de los de habla hispana. En Italia se utiliza la expresión *Diritto Penale* aunque los positivistas prefieren llamarlo *Diritto Criminale* para desenterrar la palabra pena, y únicamente en países de influencia anglosajona se utiliza preferentemente “*Criminal Law*”, aunque en cuanto a sus códigos se les llama “*Penal Code*.”<sup>22</sup>

En consecuencia podemos determinar que la denominación más utilizada es “*derecho penal*”, sin embargo no podemos dejar de lado la designación “*criminal*” ya que actualmente seguimos contando, como lo afirma Malo Camacho, con dicha tendencia en algunos códigos hispanoamericanos y específicamente en México en el código de 1931 vigente hasta la actualidad, cuyo contenido aun tienen instituciones positivistas, recogidas del código de 1929, cuya tendencia era totalmente positivista.<sup>23</sup>

Concluimos que lo que determina la denominación es la postura ideológica, sin embargo algunos autores afirman que la denominación de derecho penal “es

---

<sup>20</sup> Malo Camacho Gustavo. Op. Cit., p. 34.

<sup>21</sup> Cf. Ibid, p. 34.

<sup>22</sup> Cf. Zaffaroni Eugenio Raúl. Op. cit., p.26

<sup>23</sup> Cf. Malo Camacho Gustavo. Op. cit., p. 35.

la más adecuada ya que la principal manifestación de coerción penal es la pena,<sup>24</sup> la cual refuerza el respeto a la persona, porque nos advierte siempre acerca del dolor de la consecuencia jurídica y social del delito, pero sin olvidar que toda violación al derecho tiene una consecuencia penosa, lo que caracteriza al derecho penal.<sup>25</sup>

### 2.2.2 Concepto

El concepto de **derecho penal** guarda, como apunta Zaffaroni, una dualidad, ya que éste es utilizado para designar tanto al conjunto de preceptos normativos, como al sistema de comprensión de estos preceptos, es decir, en primer término se refiere a la legislación penal o derecho penal y en segundo a la ciencia del derecho penal, que como ya mencionamos es la encargada de estudiar al derecho penal de una forma sistemática.<sup>26</sup> Sin embargo el usar de forma indistinta una misma expresión para designar a dos conceptos que sin duda ligados son diferentes acarrea grandes confusiones, por lo que es de vital importancia tener presente que un concepto se refiere al objeto y otro a la ciencia encargada del estudio de dicho objeto.

Al respecto Zaffaroni propone la siguiente definición de derecho penal estableciendo en ella, la duplicidad ya abordada en párrafos precedentes, es decir por un lado se refiere al conjunto de normas y por otro a la Ciencia del Derecho Penal “se entiende por derecho penal al conjunto de leyes que traducen normas tuitivas de bienes jurídicos y que precisan su alcance, cuya violación se llama

---

<sup>24</sup> Beristain Antonio, citado. por Zaffaroni Raúl, 1998 p 26.

<sup>25</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl. Op. Cit., Pp 26, 27.

<sup>26</sup> Cf. Ibid Pp. 23, 24.

delito e importa una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar nuevas violaciones por parte del autor, también cabe entender por derecho penal, al sistema de comprensión de ese conjunto de leyes”<sup>27</sup>

### 2.2.3 Derecho Penal Subjetivo y Objetivo

Las definiciones de derecho penal desarrolladas por diversos juristas, se han hecho en base a dos sentidos el objetivo y el subjetivo, ya sea porque se considere a dicho derecho como el conjunto de normas jurídico penales o bien como parte del poder punitivo del Estado.

#### 2.2.3.1 Derecho Penal Objetivo

El derecho penal en sentido objetivo parte de la idea de que es “ley, regla o una norma penal que nos manda, que nos permite o que nos prohíbe.”<sup>28</sup> Autores como Von Liszt determinan que el derecho penal es el “conjunto *de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho a la pena como su legítima consecuencia.*”<sup>29</sup> Carrancá y Trujillo y Rivas lo define como “El conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación,”<sup>30</sup> y según Edmundo Mezger, el derecho penal objetivo es “*El conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del Estado,*

---

<sup>27</sup> *Ibíd.*

<sup>28</sup> Jiménez de Asua Luis. *Lecciones de derecho Penal*, Ed. Oxford, México, 1999 p. 4.

<sup>29</sup> Von Liszt F, citado. por Díaz Aranda Enrique, 2003, p. 5.

<sup>30</sup> Carrancá y Trujillo Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. *Derecho Penal Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 2001, p.17.

*conectando en el delito como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica.*<sup>31</sup>

Las definiciones ya expuestas guardan entre sí tres aspectos fundamentales. El primero es que consideran al derecho penal como un conjunto de normas o reglas jurídicas; dicho conjunto es formado por cada una de las normas o reglas jurídicas cuyo contenido es un "supuesto de hecho" que se refiere al segundo de los elementos, "el delito" y una consecuencia jurídica, que responde al tercero de ellos la pena<sup>32</sup>. Es importante precisar que se trata de una norma penal, ya que como rasgo característico de los demás tipos de normas son las únicas que tienen como consecuencia la imposición de una pena o medida de seguridad<sup>33</sup>, por la gravedad de la conducta realizada.

Doctrinariamente este tipo de definiciones se han centrado en el Derecho Penal partiendo de la norma, del delito y de la pena, pues es a través de estos elementos que se regular la convivencia humana, siendo esta su misión y fijando su base en el comportamiento humano no deseado considerado antisocial.

Actualmente con la inserción de las "medidas de seguridad o de rehabilitación"<sup>34</sup> y el estudio del delincuente, la pena ya no es la única consecuencia jurídica, por lo que autores como Juan Bustos y Jiménez de Asúa han agregado a sus definiciones las medidas de seguridad, o "medidas aseguradoras" como parte de la consecuencia jurídica. Díaz Aranda, es otro de los autores que maneja dichas medidas de seguridad para definir al derecho penal

---

<sup>31</sup> Mezger Edmundo, citado por Castellanos Fernando, 1999, p. 21.

<sup>32</sup> Cf. Larenz, citado por Muñoz Conde Francisco, 2001, p. 44.

<sup>33</sup> Cf. Díaz Aranda Enrique. Op. cit., p. 23.

<sup>34</sup> Muñoz Conde Francisco. Introducción al Derecho Penal. Ed. Argentina, Montevideo- Buenos Aires, Argentina, 2001 p. 43.

al determinar que *“Es el sistema de normas emitidas por el Estado a través de la ley para dar a conocer a los miembros de la sociedad las conductas consideradas como delictivas, por lesionar bienes fundamentales para la sociedad, con el fin de que eviten su comisión, indicando al juez los presupuestos y sanción, sea pena de prisión o medida de seguridad, a imponer a quienes las realicen”*.<sup>35</sup>

Como podemos observar en la definición de Díaz Aranda se habla no de un conjunto sino de un sistema de normas, lo que la diferencia de las demás definiciones, pues es el mismo autor quien hace alusión al significado de dichos conceptos, estableciendo que el término “conjunto” se refiere *a lo unido o contiguo a alguna cosa*, lo cual determina una autonomía entre las partes que lo componen a diferencia de sistema, que es la presencia de reglas o principios entrelazados, es decir no sólo tienen características similares sino unas complementan a las otras; un ejemplo claro es el homicidio que opera conforme a las causas de justificación, ya que para determinar éste es necesario acudir a otros artículos relacionados.<sup>36</sup> A pesar de la diferencia ya aludida, se sigue conservando elementos como delito, pena y su relación entre ambas.

En conclusión podemos definir al derecho penal en base a la teoría de Díaz Aranda como el sistema de normas jurídico penales emitidas por el Estado que describen las conductas disvaliosas, conocidas como delitos y la consecuencia jurídica que se traduce en una pena y/o medida de seguridad, a fin de salvaguardar bienes jurídicos fundamentales para la convivencia social.

---

<sup>35</sup> Díaz Aranda Enrique. Op. cit., p. 7.

<sup>36</sup> Ibid, p. 7.

### 2.2.3.2 Derecho Penal Subjetivo

Una vez analizado el derecho penal desde el punto de vista objetivo, centraremos nuestro estudio en el derecho penal subjetivo, también conocido como *ius puniendi* o derecho a castigar, tal carácter subjetivo hace referencia a la potestad punitiva del Estado, es decir “a la capacidad de hacer o dejar de hacer una cosa”<sup>37</sup>, facultad que presupone la existencia de un titular que la ejerza, en este caso el Estado. “Por lo tanto un derecho subjetivo admite la existencia de un titular, una facultad y un tercero obligado a respetar la voluntad de titular”.<sup>38</sup>

#### 2.2.3.2.1 Origen del poder Punitivo del Estado

¿ Por qué el Derecho a Castigar?

Antes de adentrarnos al origen histórico del *ius puniendi*, es preciso evidenciar la relación dependiente del derecho penal subjetivo y el objetivo como consecuencia lógica de su existencia, ya que para poder existir el derecho penal objetivo tuvo que haber en primera instancia un poder subjetivo en determinada autoridad, llámesele monarca o emperador, que en ejercicio de dicho poder determinara las normas y penas a aplicar, mediante un derecho escrito que tarde o temprano se convertiría en la base del poder punitivo del Estado.

Muchas son las ideologías de poder que tratan de justificar el derecho a castigar, dentro de éstas encontramos que los primeros en cuestionarse al respecto son los filósofos. Así tenemos a Platón que asimilaba a la pena como la expiación en nombre de una comunidad y como necesaria consecuencia del

---

<sup>37</sup> Jiménez de Azua y Díaz Aranda. Op. cit., Pp. 1, 3.

<sup>38</sup> Díaz Aranda Enrique. Op. cit., p. 3.

delito; de igual forma justificaba a la pena como un mal necesario para la existencia del Estado.

El mismo Platón determinaba que con la pena se evitaba la reincidencia de conductas que laceran la vida en sociedad y que era necesaria la rehabilitación del culpable a fin de que purificara su alma, pues se creía que “la pena era la medicina del alma”. Otros filósofos como Ulpiano, Marciano y Cicerón se referían a la pena como base de la ejemplaridad que ésta representaba.<sup>39</sup>

Al enfatizarse la creencia de que el poder provenía de la divinidad, personajes como San Agustín y Santo Tomás justificaban que el derecho a castigar era una delegación divina, tal representación se fundó en la persona del monarca formándose así un Estado absolutista que no conocía límites para consecución de sus objetivos, pues justificaba su existencia y poder de castigar en nombre de Dios.

En el humanismo y dejando atrás el origen divino del poder, aparecen autores como Hugo Grocio, dando la base contractual del derecho a punir, ya que configura a la pena como una consecuencia natural del delito. Dentro de este mismo pensamiento contractual autores como Juan Jacobo Rousseau afirmaban que “el Contrato Social es la fuente legitimadora del ius puniendi y que tanto el delito como el delincuente representan una fractura a dicho contrato que amerita un castigo. Por lo tanto, la justificación y legitimación de la pena, es que ésta representa una respuesta ante la fractura del contrato social.”<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Carrancá y Trujillo Raúl y Raúl. Carrancá y Rivas. Op. cit., p. 155.

<sup>40</sup> Malo Camacho Gustavo y Raúl y Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas. Op. Cit., Pp. 85, 86, 155, 156.

La teoría del Contrato Social supone un acuerdo de cada uno de los miembros de la sociedad,” partiendo de la base de que la sociedad misma deriva de un acto artificial y voluntario de los mismo miembros,”<sup>41</sup> por lo que tienen la facultad de establecer las bases de su gobierno y por consiguiente los límites a seguir por éste.

En base al contrato social de Rousseau se estableció un nuevo orden jurídico basado en el principio de legalidad, ya que se presenta la necesidad de integrar al derecho a un ordenamiento jurídico a fin de reconocer y basar su estructura de poder en los derechos del hombre como valores absolutos, por lo que con el derecho escrito se establecen los límites y bases del ius puniendi dentro de un Estado moderno. Ya autores como Kant perteneciente al pensamiento racionalista observan a la pena como un concepto retributivo, en función del concepto de la soberanía del Estado, que deriva de la voluntad de la sociedad.<sup>42</sup>

En contradicción con lo ya expuesto, Carlos Marx estableció que la idea de los individuos es que, libre y deliberadamente celebren contratos con el Estado y que esos contratos constituyen el derecho sin tener en cuenta las bases materiales del poder. Cuando las condiciones materiales se expresan como relaciones de desigualdad y explotación, como sucede en el capitalismo, la idea de que la ley guarda algo más que una relación muy directa con la voluntad es utópica.”<sup>43</sup> En base a esta aseveración se afirma que el derecho es la forma con que el grupo dominante en turno protege sus intereses, de ahí que el derecho

---

<sup>41</sup> *Ibíd*, p. 86.

<sup>42</sup> Kant. citado por Malo Camacho Gustavo, 1998, p. 87.

<sup>43</sup> Marx-Engels, citado por Muñoz Conde Francisco, 1999, Pp. 34, 35.

penal sea considerado por autores como Muñoz Conde como el derecho de los desiguales.

A partir de estas ideas se presentaron posiciones eclécticas como la de Carmignani que basándose en la famosa utilidad social de la pena de Rossi hace “de la utilidad social o necesidad de conservación del orden social la fuente y de la ley moral el límite; el objeto de la imputación civil al castigar al delincuente no es el tomar venganza del delito cometido, sino esforzarse para que en porvenir no se realicen otros delitos semejantes,”<sup>44</sup> idea que ya se había originado en un principio con Beccaria.

#### 2.2.3.2.2 Fundamento Constitucional del *Ius puniendi*

Actualmente, *el ius puniendi* encuentra su origen en cada una de las constituciones o leyes supremas de los países, independientemente de la forma de gobierno que se ejerza. En el caso de México el *ius puniendi* se deriva de la Constitución y como menciona Díaz Aranda, éste se sostiene en un trípode consistente en la emisión de la norma por parte del poder legislativo conforme al artículo 73, fracción XXI, al indicarse la facultad del congreso para señalar los delitos y las penas; en la aplicación que le corresponde al Poder judicial, el cual se sustenta en el artículo 21 constitucional, pues es exclusivo de la autoridad judicial la aplicación de las penas y por último se sostienen en la ejecución a cargo del Poder Ejecutivo conforme al artículo 89 fracción XIV constitucional.<sup>45</sup>

El derecho penal en su sentido subjetivo, ha sido objeto de diversas definiciones. Encontramos al derecho subjetivo como el poder del Estado para

---

<sup>44</sup> Carmignani, citado por Carrancá y Trujillo Raúl y Raúl. Carrancá y Rivas, 2001, p. 156.

<sup>45</sup> Cf. Díaz Aranda E. Op. cit., p. 4.

sancionar delitos; por ejemplo Díaz Arada lo define: “como la facultad del Estado para prohibir las conductas consideradas como delitos, e imponer las sanciones penales a quienes las realizan,”<sup>46</sup> de igual forma encontramos autores como Cuello Calón que toman como base el mismo supuesto, para definir al derecho penal refiriéndose a que el Estado tienen el derecho de imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad.<sup>47</sup>

De las definiciones ya expuestas el punto central entre ellas, es el poder que tiene el Estado, por un lado para determinar qué conductas se van a considerar como delitos y por otro para imponer la pena correspondiente a la realización de dichas conductas.

Dentro de la misma línea, Juan Bustos nos habla del *ius puniendi*, como “una decisión política criminal plasmada en una norma que declara punible un hecho y perseguible a su autor.”<sup>48</sup> Como podemos apreciar, el autor nos habla del *ius puniendi*, no sólo como la facultad de determinar los delitos e imponer las penas, sino se centra en algo más específico, la decisión político-criminal ejercida por el Estado para determinar la solución a un conflicto siempre que no se incline por el desarrollo de una política criminal de prevención o social, sino por la incriminación de la conducta a través de la promulgación de una norma penal. Esto caracteriza el ejercicio del *ius puniendi* y termina con la política criminal, iniciando un nuevo proceso de definición del delito y del delincuente, esto es, de lo criminal.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> *Ibíd*, p.4.

<sup>47</sup> Cuello Calón Eugenio, citado por. Castellanos Fernando, 1999, p. 22.

<sup>48</sup> Bustos Ramirez Juan y Hernán Hormazabal Malarée. Op. cit ., p. 64.

<sup>49</sup> *Ibíd*, p. 63.

Algunos otros autores no comparten la idea de que *ius puniendi*, sea un poder del Estado, más bien lo visualizan como un deber o como un atributo de su soberanía, al respecto Zaffaroni determina que no existe un derecho subjetivo como tal, ya que el Estado no tiene el derecho de castigar, sino el deber de hacerlo, deber que surge de la propia naturaleza de su función y existencia, toda vez que el Estado es necesario para la coexistencia, por lo que a fin de lograr ésta es indispensable que el Estado haga uso de la incriminación y la pena.<sup>50</sup>

El *ius puniendi* no sólo debe ser considerado como el poder, sino como deber del Estado para castigar; es decir acaso no es la misma sociedad quien otorga al Estado por medio de cualquiera ideología de poder ese derecho subjetivo de castigar, por lo que es el único que ejerce la violencia legitimada, por tal razón no sólo tienen el poder, sino el deber de ejercer su facultad de punir, es decir en virtud de ese poder está obligado a castigar aquellas conductas que afectan el equilibrio de la convivencia social.

A fin de entender con mayor claridad este punto precisaremos el significado de estos dos conceptos. Por “deber” semánticamente se entiende “aquello a que está obligado el hombre por los preceptos religiosos o por las leyes naturales o positivas”, legalmente se habla de un deber jurídico el cual se define como “el deber de cumplir el mandato concreto contenido en la normas, así como de prestar voluntario acatamiento adaptando a ella su conducta”. “Poder” es la autorización en virtud de la cual una persona ejerce en nombre de otra los actos jurídicos que ésta le encargue.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> Cf. Zaffaroni Eugenio Raúl. Op. cit., p. 34.

<sup>51</sup> Cf. Diccionario de Derecho. 31a, Ed. SV, “deber”, 2003, p.214 .

Una vez precisados estos conceptos podemos determinar que el *ius puniendi* es el poder del Estado porque la misma sociedad le autoriza que en su nombre ejerza ese derecho a castigar y se sustituya con ello “los instintos ancestrales del hombre: la retribución, la venganza y el sadismo,”<sup>52</sup> sin embargo dicho poder del Estado presupone el cumplimiento de un “deber” contenido en el derecho positivo a fin de justificar el porqué de su existencia y siempre y cuando su actuar no rebase las limitaciones ya preestablecidas. Si bien es cierto que se trata de conceptos distintos, no por ello dejan de ser complementarios. Por lo tanto definiremos al **ius puniendi como el poder otorgado al Estado, para** determinar mediante la promulgación de un norma penal qué conductas son o no delictivas y por lo tanto punibles; así como la capacidad de aplicar y ejecutar dichas normas.

A manera de apéndice, a lo explicitado en cuanto a lo que es el derecho penal objetivo y derecho penal subjetivo baste decir que todo sistema penal no sólo el mexicano, gira entorno a dos nociones delito-pena, luego entonces ahí esta el binomio objetivo, subjetivo.

#### 2.2.3.2.3 Principios

La potestad punitiva del Estado o *ius puniendi*, es un poder que por necesidad se encuentra limitado por la misma sociedad que le da vida, por lo que se busca que el ejercicio de este poder se haga conforme a una serie de principios, que no sólo limiten su actuar, sino el contenido de sus actos. Tales limitaciones suelen ser conocidas como principios garantistas.

---

<sup>52</sup> Jiménez de Asua Luis. Op. cit., p. 19.

Doctrinariamente se manejan una serie de principios limitantes, algunos autores hablan de límites materiales y formales como Malo Camacho los cuales conforman un sistema penal garantista<sup>53</sup>, que otorga seguridad jurídica a cada uno de los miembros de la sociedad.

- Límites Materiales

Los límites materiales representan la base de sustentación del *ius puniendi*, es decir, se refiere a que tanto la creación como la aplicación de la norma debe hacerse sujetándose a dichos principios limitantes que generalmente tienen una base constitucional, por lo que dicha sujeción va dirigida a quien ejerce este poder. De tal modo, conforme a los distintos doctrinarios del derecho tales como Gustavo Malo Camacho, Juan Bustos Ramírez y Enrique Díaz Aranda, los límites materiales del *ius puniendi* son:

a) Principio de la necesidad de la intervención.

Este principio determina que la intervención del *ius puniendi* sólo estaría justificada siempre que resulte necesaria para el equilibrio social. Existen otros principios que lo complementan para darle un significado más determinando. Se enumeran a continuación.

**-Principio de Extrema ratio y de subsidiariedad**, también conocido como el principio de intervención mínima o última ratio, el cual hace hincapié en que únicamente el derecho penal puede ser ejercido cuando los demás medios de control social no hayan sido suficientes. Este principio reviste una gran importancia, debido a que el Estado, al ejercer su potestad punitiva, puede lesionar gravemente bienes jurídicos fundamentales de la persona a la que se le

---

<sup>53</sup> Cf. Bustos Ramírez Juan y Hernán Hormazábal Malarée. Op Cit., p. 65.

aplica la pena, de ahí la importancia de recurrir en última instancia “al ámbito de regulación penal,”<sup>54</sup> pues como sabemos el derecho penal es la expresión más gravosa con la que cuenta el Estado. En la actualidad dicho principio es constantemente violado, ya que el derecho penal, es la solución por excelencia que el Estado implementa en contra de la criminalidad.

**-Principio fragmentario**, este principio se refiere a que no puede considerarse delito ninguna conducta que no esté determinada como tal en ley penal, es decir, no todas las conductas lesivas que tengan que ver con el bien jurídico tutelado, deben tener una respuesta penal, aunque eso no implica que otras ramas puedan responder ante tal lesión.

Por otro lado este principio encuentra su esencia en que el Estado sólo puede reaccionar en contra de aquellas conductas consideradas como delitos y no por simple analogía o mayoría de razón. Al respecto encontramos su fundamento constitucional en el artículo 14 de la constitución de los Estados Unidos Mexicanos, el cual prohíbe imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate.

**-Principio de proporcionalidad.** Este principio implica que la conducta considerada como delito y la pena deben ser congruentes entre sí. Con esto se quiere decir que la pena debe ser simétrica a lesión del bien jurídico del que se trata; por ejemplo, sería desproporcional que a aquel que robó, se le cortaran las extremidades como consecuencia del ilícito.

---

<sup>54</sup> Malo Camacho Gustavo. Op. cit., p.100.

- **Principio del *non bis in idem***, tal principio responde a que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, pues no puede utilizarse como base para una nueva agravación, dicho principio tienen su base en el artículo 23 constitucional.

b) Principio de la protección de bienes jurídicos o de lesividad

Este principio propone que la potestad punitiva del Estado únicamente debe alcanzar aquellas conductas lesivas que dañen exclusivamente bienes jurídicos, ya que si no hay lesión a dicho bien, por no existir la descripción de la conducta como delito, no se podrá ejercer el *ius puniendi*. Al respecto la expresión "*Nullum crimen sine injuria*"<sup>55</sup> expresa el contenido de este principio limitador, pues nos determina que no hay delito sin lesión.

c) Principio de la Dignidad de la Persona.

Este principio refleja que toda aplicación de una pena debe hacerse respetando la dignidad humana, es decir "no se debe aplicar una pena sino es con el cabal respeto a los derechos humanos."<sup>56</sup> Este principio a su vez se subdivide en el principio de la autonomía ética de la persona y en el principio de la incolumidad de la persona, ambos principios encuentran su base en la dignidad humana. El primero se refiere a que la persona no puede ser tratada como un objeto y que cada una de las personas es independiente de la otra y por lo tanto un ser individual; el segundo, en cambio, hace hincapié a que ninguna pena puede ir en contra de la persona como tal, estando prohibido las penas corporales que impliquen crueldad. Este último principio encuentra su fundamento en el artículo

---

<sup>55</sup> *Ibíd*, p 101.

<sup>56</sup> *Ibíd*, p.103.

22 constitucional el cual establece que quedan prohibidas las penas de mutilación, y la infamia, las marcas y los azotes, los palos y el tormento de cualquier especie.

- Límites Formales

Los límites materiales del *ius puniendi* dan esa parte de contenido garantista, tanto en la creación de la norma, como en su aplicación, proveyendo así una validez material, sin embargo, éste ha de tener además una validez formal que determina “lo que debería ocurrir para que sean válidas”, las cual se basa en los principios de legalidad, de la ejecución de la pena y del debido juicio legal. El primero hace referencia tanto al proceso de creación como al de aplicación de la norma y los dos últimos se basan principalmente en la aplicación.

a) Principio de Legalidad.

Consiste en limitar y establecer con precisión los alcances de la autoridad por escrito, en este caso de la facultad punitiva del Estado, ya que “el Estado no puede exceder lo que está taxativamente señalado en la ley.”<sup>57</sup> Resulta esencial que a través del poder legislativo y en base a la voluntad de la sociedad, se describa con exactitud las facultades y límites que tiene el Estado para llevar a cabo la función encomendada por el sentir social, lo que cumple no sólo con el principio de legalidad, sino con el de división de poderes cuya conjunción es vital.

De igual forma se refiere a que se debe limitar con exactitud las conductas antisociales consideradas como delitos por el Estado, brindando seguridad jurídica a cada uno de los miembros de la sociedad.

---

<sup>57</sup> Bustos Ramírez Juan y Hernán Hormazábal Malarée. Op Cit., p. 80.

El alcance de este principio se ha clasificado de la siguiente forma: Ley escrita, Ley estricta y Ley previa cuya clasificación se la debemos en un inicio a Feuerbach.<sup>58</sup>

**-Lex scripta "nullum crimen, nulla poena sine lege scripta"** es decir no hay crimen sin pena, ni pena sin ley escrita, esto significa que no hay delito que no tenga como consecuencia una pena, ni que exista una pena que no esté consignada en una ley penal. En otras palabras para aplicar una pena es necesario que exista una ley que consigne tanto la descripción exacta de la conducta delictiva, como la consecuencia jurídica a dicha descripción; este principio encuentra su base constitucional en el párrafo segundo del artículo 14, constitucional.

**-Lex stricta "nullum crimen, nulla poena, sine lege stricta"**, no hay delito, ni pena sin una ley estrictamente aplicable al delito de que se trate. Este principio corresponde, como lo menciona Juan Bustos, a la exigencia de lo estricto y de certeza, ya que como lo consigna él ya mencionado artículo 14 en su párrafo tercero, queda prohibido imponer por simple analogía pena alguna que no esté consignada en una ley exactamente aplicable al delito de que se trate; es decir, queda prohibido, que por analogía se creen nuevos delitos o se le agreguen elementos que no estén contemplados por la misma ley. La aplicación de la ley debe ser estricta conforme al texto, ya que en caso contrario habría una violación al principio de división de poderes, lo que se traduciría en inseguridad.

**-Lex previa "nullum crimen, nulla poena, sine lege previa"**, No hay delito, no hay pena sin ley previa, tal alcance del principio de legalidad se refiere a la

---

<sup>58</sup> Cf. Lehrbuch citado por. Bustos Ramírez Juan y Hernán Hormazábal Malarée, 1997, p. 81.

irretroactividad de la ley penal que se consigna en el artículo 14 constitucional, ya que a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Tal principio se refiere a que ninguna persona podrá ser juzgada por una ley posterior que contenga una pena más grave o que se le acuse por un hecho no considerado, como delito cuando se haya realizado por una ley posterior;<sup>59</sup> es decir “que para que pueda existir un delito o para que pueda ser impuesta una pena, es indispensable la existencia de la ley penal previa [...]”<sup>60</sup>

Sin embargo este principio de legalidad de la ley previa no es absoluto, ya que tienen como excepción que cuando la irretroactividad de la ley sea favorable, ésta se puede aplicar pues donde no distingue la ley no se debe distinguir.

b) Principio del debido juicio legal o principio de jurisdiccionalidad.

Otra forma de limitar el ejercicio del *ius puniendi* en el derecho procesal penal, es resguardando cada una de las garantías penales dentro del proceso penal, a fin de evitar el hecho de que el Estado en uso de su poder pueda resultar arbitrario.

Debido a lo anterior para la imposición de una pena es esencial que exista un juicio legal previo, esto se refiere a que se deben cumplir cada una de las formalidades esenciales del procedimiento ante los tribunales previamente establecidos para ser merecedor de una pena, definido así por el artículo 14 constitucional. Como se puede apreciar nuestra constitución a lo largo de su articulado, contempla el principio del debido juicio, enunciado con precisión cada

---

<sup>59</sup> Cf. Bustos Ramírez Juan y Hernán Hormazábal. Malarée Op Cit., p. 82.

<sup>60</sup> Malo Camacho Gustavo. Op. cit., p.109.

una de las formalidades mencionadas en los siguientes artículos: 16, 17 párrafo segundo, 19, 20, 21 párrafos I, II, III y IV, y 23.

#### c) Principio de la Ejecución de la Pena

El principio de la ejecución de la pena, también conocido como principio de ejecución legal, guarda una estrecha relación con el principio material de la dignidad de la persona, refiriéndose a que toda pena debe ser aplicada en observancia de la dignidad humana, que como ya veíamos, se fundamenta en el artículo 22 constitucional, agregándose a éste el artículo 18 que tiene un carácter más procesal pues define la esencia de la pena, que es la readaptación social.

#### 2.2.3.3 Derecho Penal Sustantivo

Hablar de derecho penal sustantivo es hablar de normas que determinan los delitos, penas y medidas de seguridad conociendo así la sustancia del propio derecho penal.<sup>61</sup>

#### 2.2.3.4 Derecho Penal Adjetivo

El tener un derecho sustantivo necesariamente presupone la existencia de un conjunto de normas que regulen su aplicación. Dicho conjunto de normas constituyen el derecho penal adjetivo o derecho procesal penal, cuya función “[...] es regular las investigaciones y actividades que ha de practicar la justicia criminal para descubrir y comprobar la comisión de los delitos y la aplicación de los delincuentes de las sanciones establecidas, su conjunto constituye el procedimiento penal o derecho procesal penal.”<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup>Cf. Orellana Wiarco Alberto Octavio. Curso de Derecho penal: parte general, Ed. Porrúa, México 1999 p.8.

<sup>62</sup>Márquez Piñeiro Rafael. Derecho Penal: Parte General. Ed. Trillas, México, 1990 p.16.

Así en base a éste cuerpo normativo, tanto la procuración como la administración de justicia encuentran su actuar limitado, a fin de evitar cualquier arbitrariedad en el proceso.

#### 2.2.4 Fin del Derecho Penal

El determinar el fin del derecho penal podría significar una tarea fácil, sin embargo, este concepto representa todo un debate entre los distintos doctrinarios, debido a que se plantean una serie de conceptos que por su oposición dan un sentido o fin diverso al derecho penal. De todo el bagaje de estudiosos de este tema, resaltan Raúl Zaffaroni, Hans Welzel y Gustavo Malo Camacho, sobre los cuales se ha basado esta sección.

En primera instancia puede establecerse que por unanimidad se ha determinado como fin del derecho penal a la seguridad jurídica, sin embargo algunos autores hacen referencia a que se trata de la defensa social, por lo que de la oposición de estos conceptos o bien de la conjunción de los mismos, determinaremos cual es el fin del Derecho Penal.

Podemos entender a la seguridad jurídica en dos sentidos: en su sentido objetivo y en uno subjetivo. El primero se refiere a la protección de bienes jurídicos, es decir el derecho tiene la función de asegurar la existencia y por lo tanto la coexistencia del ser humano mediante el establecimiento de un orden necesariamente coactivo que prevenga la violación a los bienes jurídicos fundamentales. Con respecto al sentido subjetivo, la seguridad jurídica es entendida como la capacidad del derecho penal para asegurar el respeto a los bienes jurídicos por parte de cada uno de los miembros de la sociedad, a lo que

algunos autores como Zaffaroni y Malo Camacho suelen llamarle sentimiento de seguridad jurídica<sup>63</sup>.

Algunos otros teóricos como Carrará, distinguen el sentido subjetivo y objetivo de la seguridad jurídica como daño inmediato y daño mediato, el primero refiriéndose al sentido objetivo, pues el daño a los bienes jurídicos se hace de forma directa; en cambio el daño mediato o sentido subjetivo es el reflejo de ese daño directo, pues alcanza a aquellos ciudadanos que en un principio no fueron lesionados y que ahora lo son, pues se fractura la certeza que se tienen de respeto hacia los bienes jurídicos, creando incertidumbre jurídica<sup>64</sup>.

Una vez analizados los elementos que componen a la seguridad jurídica, analizaremos a la defensa social como fin del derecho penal. En primera instancia debemos definir qué es la defensa social, a partir de lo que se entiende por sociedad. La sociedad puede definirse desde dos puntos de vista, en primer lugar como un ente independiente y autónomo de los individuos que lo conforman, con un sentido antropomórfico representando así a un ente superior, y en segundo lugar como el fenómeno mismo de la coexistencia, ya que es el conjunto de individualidades que lo conforman para sobrevivir.<sup>65</sup>

En conclusión, se entiende por social lo referente a la coexistencia humana, que es lo mismo que se entiende por seguridad jurídica, por lo que en realidad ambos conceptos se centran en una misma base, la coexistencia, ya que “la seguridad tampoco es algo muy distante de la protección, pues no es más que su

---

<sup>63</sup> Cf. Zaffaroni Eugenio Raúl y Gustavo Malo Camacho. Op cit., p.48, 120

<sup>64</sup> Cf. Carrancá y Trujillo Raúl y Raúl. Carrancá y Rivas. Op cit., p.124.

<sup>65</sup> Cf. Márquez Piñeiro Rafael. Derecho Penal: Parte General. Ed. Trillas, México, 1990 Pp. 118 y 119.

resultado”<sup>66</sup>. Por ejemplo, en la defensa social el primer efecto de la pena sería hacia el delincuente, lo que es una prevención especial a fin de que no reincida, en cambio, en la seguridad jurídica es una prevención general pues se busca evitar que se delinca, por lo tanto ésta es el resultado de la primera, ya que la pena es tomada como ejemplo no sólo para aquél que delinquiró, sino también para aquellos que no lo han hecho para prevenir así futuras conductas antisociales. Una vez determinada la seguridad jurídica como fin del derecho penal se debe determinar si ésta, a fin de conseguir la coexistencia humana, tutela bienes jurídicos o pautas de conductas también llamados valores éticos sociales. En general el derecho penal busca la protección de ciertos bienes “vitales para la comunidad” como la vida, la salud, la libertad, el patrimonio, y otras, mediante ciertas consecuencia jurídicas.

Entonces, el derecho penal va a tutelar los valores éticos–sociales, ya que son la base de la violación de un bien jurídico. Estos valores se refieren al respeto a la vida ajena, a la salud, a la libertad, es decir, se refieren a acciones valiosas inculcadas dentro de una “conciencia jurídica,”<sup>67</sup> por lo que el derecho penal pretende su vigencia dentro de la sociedad y el sustento de dichos valores, a fin de evitar transgresiones a los bienes jurídicos.

La misión real del derecho penal no es la protección de los bienes jurídicos de forma directa, ya que normalmente éste se activa una vez que ha sido afectado dicho bien, sino más bien intenta fomentar y mantener los valores éticos-sociales. Como ejemplo tenemos un valor ético que es la honradez, la cual protege a la

---

<sup>66</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl. Op. cit., p. 49.

<sup>67</sup> Welzel Hans. Derecho Penal Alemán. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1997, p. 2.

propiedad que es el bien jurídico, así que si se llegaran a perder valores como éste, se violentaría continuamente el patrimonio de las personas.<sup>68</sup>

El hecho de proteger únicamente bienes jurídicos “tiene un carácter de prevención negativa pues no se ataca el verdadero origen de la trasgresión.”<sup>69</sup> Es decir la misión o función del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de los jurídicos particulares.<sup>70</sup>

Hemos llegado a la conclusión de que el fin del derecho penal consiste en otorgar seguridad jurídica a la sociedad, mediante la protección de sus bienes jurídicos, evitando la inobservancia de los valores éticos-sociales a través de la amenaza penal. Esto abarca, por un lado, el aspecto objetivo de la seguridad ya que si se afectan dichos valores se hará necesaria una pena, y por otro lado, se proporciona la inserción del sentimiento de seguridad que responde al aspecto subjetivo, pues el hecho de establecer que la violación a un bien jurídico implica una punición y de que ésta es eficaz, otorga la certeza y confianza en el Derecho Penal.

### **2.3 Ciencia Jurídico penal.**

El concepto más común que se le propina a la ciencia es el que lo relaciona con las ciencias exactas pero ¿qué sucede con las disciplinas sociales?, sin duda, esta pregunta ha sido la base de casi dos siglos de polémicas encausadas en un mismo tema: la autenticidad de la actividad jurídica como una verdadera ciencia.

---

<sup>68</sup>Cf. *Ibíd*, Pp. 2,3.

<sup>69</sup>Zaffaroni Eugenio Raúl. *Op. Cit.*, p. 52

<sup>70</sup>Wenzel Hans. *Op. cit.*, p.5.

Por ciencia se entiende el conjunto de proposiciones que admiten el predicado de verdad, lo cual implica que su objeto de estudio, puede ser afirmado como verdadero o como falso, afirmaciones que derivan de su método de estudio<sup>71</sup>. ¿Ahora el derecho penal puede ser una Ciencia, es decir puede ser afirmado como verdadero o falso? Dependiendo de cómo entendamos el derecho, responderemos a esa pregunta. Si lo entendemos como el conjunto de imperativos establecidos en una ley como actividad legislativa, por ejemplo un imperativo sería “no robarás” o, “no matarás”, no hay tal ciencia, ya que únicamente se emiten juicios de valor refiriéndose a ellos como buenos o malos, por lo tanto no pueden ser considerados como verdaderos o falsos pues no son verificables, al menos para ésta ciencia. En cambio, si consideramos que el derecho “es el estudio del producto de la actividad legislativa, es decir del conjunto de normas para lograr su adecuada y segura aplicación,”<sup>72</sup> sí estamos hablando de una ciencia, ya que, a partir de su estudio se realizan proposiciones como “la ley ordena no matar” o que la conducta típica aparece o no neutralizada por las causas de justificación, éstas si puede afirmarse como verdaderas o falsas.

Como apunta Malo Camacho, la ciencia del derecho penal no se va ocupar de formular juicios de valor, es decir, de crear delitos como tales; sino de determinar la existencia de los tipos delictivos ya existentes, los alcances de éstos, no como reflejo del propio texto sino en base a la interpretación, no creando sino desentrañando el mismo texto.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> Cf. Malo Camacho Gustavo. Op. cit., p.123.

<sup>72</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl. Op. Cit., p. 279.

<sup>73</sup> Cf. Malo Camacho Gustavo, Op. cit., Pp. 123, 124.

### 2.3.1 Objeto de la Ciencia del Derecho Penal

Así es que el objeto de la Ciencia del derecho penal es el mismo derecho penal, es decir el conjunto de normas penales contenidas en un ordenamiento jurídico, “que delimitan determinados comportamientos como constitutivos de delitos, y determinan las responsabilidades en que incurre el autor de la comisión de los mismos,”<sup>74</sup> los cuales son considerados como dogmas, es decir como principios ciertos e innegables. Entonces, como toda ciencia, la ciencia del derecho penal necesita no sólo un objeto de estudio, “al que se constata y verifica sometiéndolo a valoración jurídica, pero sin poderlo crear ni modificar.”<sup>75</sup> lo único que se puede crear es el conocimiento adquirido por parte del estudio de dicho objeto, nunca éste.

### 2.3.2 Concepto

La ciencia del Derecho Penal puede ser contemplada de diversas formas según se defina a partir de su sentido estricto o *lato sensu*. Dentro de los que definen a la Ciencia del derecho penal de forma estricta encontramos a Díaz Aranda quien determina que al ser el derecho penal el objeto de la ciencia penal, se puede denominar a la ciencia del derecho penal como la dogmática Jurídico penal. Así de igual forma, Pavón Vasconcelos la define como el conjunto sistemático de conocimientos extraídos del ordenamiento jurídico positivo referentes al derecho, al delincuente y a las penas y medidas de seguridad y que

---

<sup>74</sup> Polaino Navarrete Miguel. Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal. Ed. Porrúa, México 2001, p.48.

<sup>75</sup> *Ibíd*, p. 54.

por lo tanto su objeto lo constituye el derecho penal y de ahí que se le designe también con el nombre de Dogmática Jurídico Penal.<sup>76</sup>

El sentido estricto en que se define a la Ciencia del derecho Penal hace alusión a la misma Dogmática Jurídica penal como un solo concepto, pues a pesar de que ésta realiza un estudio más específico sobre los mismos principios, es decir, delito, delincuente y pena, ambas denominaciones terminan aceptando al conjunto de normas penales como un dogma y sobre todo como su objeto de estudio, de ahí que diversos juristas no hagan una distinción entre ambas, pues evidentemente la línea que separa los dos conceptos es muy delgada.

En cambio, en sentido lato, la Ciencia del derecho no comparte el mismo significado que el proporcionado por la Dogmática Jurídico Penal, aunque se definen como dos disciplinas distintas pero no por ello separadas, pues evidentemente son conceptos inherentes pues uno depende del otro; por ejemplo Muñoz Conde determinan que la Dogmática jurídico Penal es el núcleo de la ciencia del derecho penal.<sup>77</sup>

Lo que admite que la ciencia del derecho Penal adopte generalmente el mismo significado que en su sentido estricto; es decir una sistematización de principios relacionados con delito, delincuente y pena; y que la Dogmática Jurídico Penal no sólo sea la propia actividad científica encaminada al conocimiento sistemático del derecho positivo, sino se refiera al estudio del origen, análisis, la

---

<sup>76</sup>Cf. Pavón Vasconcelos Francisco. Manual de derecho Penal. Ed. Porrúa, México, 1990 p. 31.

<sup>77</sup> Cf. Muñoz Conde Francisco. Op. cit., Introducción al derecho penal, p. 187.

síntesis, la interpretación y la crítica de la norma jurídico Penal,<sup>78</sup> como método científico de investigación.

De esta manera la Dogmática Jurídico Penal “trata de averiguar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, sus consecuencias, de delimitar los hechos punibles de los imponibles, de conocer en definitiva, qué es lo que la voluntad general expresada en la ley quiere castigar y cómo quiere hacerlo,”<sup>79</sup> y a partir de este estudio penal formular una serie de conocimientos propuestos, resultado de un estudio sistemático de los distintos juristas. En resumen, la diferencia con respecto al concepto expuesto por la Ciencia del Derecho Penal es que ésta se refiere al estudio del derecho positivo penal de forma más amplia como si fuera el género, en cambio, la dogmática jurídica se enfoca a actividades más precisas como la especie, es decir como método jurídico de dicha Ciencia, ya que, como expone Polaino Navarrete, “el método dogmático del derecho penal es el método de sistematización técnica y de investigación científica propio del penalista”<sup>80</sup> el cual consiste en la observación de las normas jurídicas, el análisis de los mismos y la construcción de un sistema de proposiciones con un contenido de verdad. Ése hace evidente la necesidad de un método que nos lleve paso a paso para la consecución de un fin previamente planteado.

---

<sup>78</sup> Cf. Polaino Navarrete Miguel. Op. cit., p. 52.

<sup>79</sup> Muñoz Conde Francisco. Op. cit., Introducción al derecho Penal, p. 212.

<sup>80</sup> Polaino Navarrete Miguel. op.cit., p. 61.

### 2.3.3 Importancia de la Dogmática jurídico Penal.

En definitiva, independientemente de cómo se defina la Ciencia del derecho Penal y/o la Dogmática jurídico penal, ya sea como un mismo concepto o de forma separada, la importancia de la sistematización, sobre todo de la interpretación de las normas penales es esencial, ya que ni “la mejor ley no deja de ser un *desideratum* desprovisto de eficacia práctica, si no hay una actividad que se ocupe de ella, que la conozca, la delimite y la aplique.”<sup>81</sup>

Debido a lo anterior se hace necesario que exista una actividad que proporcione una serie de conceptos, criterios jurídicos, parámetros y teorías que permitan conocer la norma penal a fin de resolver problemáticas planteadas en éstas y cuya aplicación sea coherente y no arbitrariamente aplicada por el Estado, “de ahí que la labor del dogmático consiste en exponer y difundir los conocimientos necesarios para el análisis, la interpretación y aplicación del derecho penal para delimitar cuando estamos ante la comisión de un delito,”<sup>82</sup> pues se pone en juego la tutela de bienes jurídicos fundamentales.

En conclusión diremos que la Dogmática Jurídica Penal al interpretar, desentrañar, analizar y conocer el conjunto de normas penales asegura que la aplicación del derecho penal, se haga de forma coherente a “la construcción dogmática, pues sin ésta sería prácticamente imprevisible su aplicación.”<sup>83</sup> Es decir muchos de los preceptos contenidos en ley no tienen un significado claro o no abarcan con exactitud el comportamiento que se presenta, pues al ser tan variadas las conductas del ser humano sería imposible describir cada una con

---

<sup>81</sup> Muñoz Conde Francisco. Op cit., Introducción al derecho Penal. p. 212.

<sup>82</sup> Díaz Aranda Enrique. Op. cit., p. 35.

<sup>83</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl. Op. cit., p. 289.

exactitud, por lo que corresponde a la Dogmática Penal sin perjuicio del principio de legalidad desentrañar el verdadero significado de la norma, relacionar las normas entre sí y verificar su aplicación determinando el alcance del texto legal, evitando así la impunidad o el abuso, pero sobre todo garantizando seguridad jurídica.

## **2.4 Política criminal y Derecho Penal**

El problema más grave que trae la denominación: política criminal es que tiende a ser un concepto muy amplio, lo que provoca confusión con la actividad del derecho penal, en donde se ha contrapuesto una expresión frente a la otra, sin embargo la función de ambos “determina más una fusión que una separación.”<sup>84</sup> Es evidente que el derecho es la materialización de la política criminal, ya que ésta última es el paso previo, crítico y decisivo del derecho penal, es decir de la creación de una norma o de su reforma que evidentemente se origina a partir de una decisión política criminal. Esto no significa que dicha decisión no pueda permanecer como una simple crítica sin llegar a la materialización, ya sea mediante una reforma o mediante la creación de una norma.<sup>85</sup>

Evidentemente la norma jurídica presupone una decisión política criminal, ya que requiere del análisis previo del medio social para determinar si el conflicto que se presenta en la realidad social amerita la creación o reforma de una norma jurídica, o la aplicación de otros medios disponibles como las políticas de

---

<sup>84</sup> Polaino Navarrete Miguel. Op. cit p.65.

<sup>85</sup> Cf. Zaffaroni Eugenio Raúl. Op. cit., p.153.

prevención. No podemos perder de vista que una vez plasmada la decisión política en la norma penal, esta se desliga completamente de dicha decisión a pesar de que le haya dado origen ya que se vierte como autónoma.