CAPITULO II

EL DERECHO PENAL

2.1. Preámbulo

Teniendo en mente la aseveración de Miguel Carbonell de que un mal Derecho Penal puede arruinar cualquier democracia[1], comienzo este segundo capítulo, donde se realizará una perspectiva histórica de la concepción doctrinaria del Derecho Penal relacionando tales definiciones con su situación actual, es decir la realidad penal que se vive en México, y como tal reflexionar sobre un Derecho Penal evolutivo, planeado para hacer frente a los cambios de la sociedad, o de manera contraria, uno rezagado que coarte el progreso de los ciudadanos.

2.2. Conceptualización

Como hemos visto, dentro de los mecanismos de control social, se encuentra el sistema penal como el encargado de mantener el orden y seguridad social teniendo como herramienta y margen de acción al Derecho Penal, el cual es la diferencia fundamental en relación con las otras instancias de control social.

El Derecho Penal es la materialización de la formalidad propia del sistema penal, lo cual no sólo lo hace importante sino fundamental.

---

[1] CARBONELL, Miguel. "Democracia y Derecho Penal en México: Una nota" en *Derecho Penal y Estado Democrático*. INACIPE; México: 1999, pág. 22.

Es por esto, que hay que diferenciar las dos nociones que se tienen de Derecho Penal, ya que éste puede ser estudiado como un conjunto de normas o de conceptos, es decir como Derecho Penal o Ciencia del Derecho Penal.

En este caso concreto, referiremos al Derecho Penal como el conjunto de normas que estructura al sistema penal y que al mismo tiempo es el medio para lograr sus objetivos, incidiendo en la realidad social de diversas formas, ya sea regulando conductas o privando de determinados derechos.

El Derecho Penal como conjunto de normas, está íntimamente ligado con la pena, por lo que ha sido denominado entre otras formas como derecho sancionador, derecho represivo o derecho de penas, hasta que en el siglo XVIII toma el nombre de Derecho Penal y así es como se adopta en México. La pena como consecuencia sine que non se hace latente en la doctrina internacional en las definiciones que sobre Derecho Penal hacen Liszt (1881) como "*El conjunto de reglas establecidas por el Estado, que asocian al crimen como hecho, a la pena, como su legítima consecuencia*"[2].

En México hacia 1931, en la etapa Pre-dogmática, Celestino Porte Petit define al Derecho Penal como "*el conjunto de normas jurídicas que prohíben determinadas conductas o hechos u ordenan ciertas acciones, bajo la amenaza de una sanción en caso de violación a las mismas normas*" En otra forma, podría decirse que el Derecho Penal, "*es el conjunto de normas que determinan el*

[2] LISZT, Franz Von, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 1940, pág. 7, cit por SALAS CHÁVEZ; Gustavo. *El Sistema Penal Mexicano*. Editorial Porrúa; México: 2002, pág. 27.

delito, las penas y medidas de seguridad."[3], mientras que Carrancá y Trujillo escribe que el Derecho Penal es "*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*"[4], es claro que en este momento, se ve al Derecho Penal como mero represor de las conductas delictivas.

En los textos de los exponentes de la etapa Dogmática que comienza en 1950, se leen definiciones como la siguiente: "*Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas del Derecho Público interno, relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad aplicables, para lograr la permanencia del orden social*"[5] de Pavón Vasconcelos y la siguiente de Castellanos Tena para quien es "*la rama del Derecho Público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objeto inmediato la creación y la conservación del orden social*"[6]; la característica es la adhesión de un nuevo concepto, el orden social, como objeto del Derecho Penal.

Y es en la Etapa de la Moderna Dogmática Jurídico-Penal (1965) donde se refleja ya un nuevo objeto del Derecho Penal, la protección de bienes jurídicos que encontramos en las definiciones de Zaffaroni, quien lo describe como el conjunto de leyes "*que traducen normas que pretenden tutelar bienes jurídicos y que precisan el alcance de su tutela, cuya violación se llama delito, y aspira a*

---

[3] PORTE PETIT, Candaudap Celestino, *Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal*, Ed. Porrúa. México, 1991, págs. 15 y 16.
[4] CARRANCA Y TRUJILLO, Raul. *Derecho Penal Mexicano*. Editoríal Porrúa; México: 1976, pág. 17.
[5] PAVON VASCONCELOS, Francisco. *Derecho Penal Mexicano, Parte General*. Editorial Porrúa, México, 1990, pág. 17.
[6] CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Editorial Porrúa; México: 1999, pág. 19.

que tenga como consecuencia una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar la comisión de nuevos delitos por parte del autor".[7] O Moises Moreno, para quien el Derecho Penal como instrumento de control del Estado, "*le compete proteger los bienes jurídicos de fundamental importancia para la vida ordenada en comunidad*".[8]

Jescheck entre otros autores europeos, explica al Derecho Penal como aquel que "*determina qué contravenciones del orden social constituyen delito, y señala la pena que ha de aplicarse como consecuencia jurídica del mismo*"[9], pero encomendándole ya la misión de proteger bienes jurídicos.

En resumen de todas las posiciones anteriores se puede definir al Derecho Penal como el conjunto de normas pertenecientes al derecho público interno, que tiene por objeto, al delito, delincuente y la pena o medida de seguridad y como objetivo el mantener el orden social mediante el respeto a los bienes jurídicos tutelados por la ley.

El Derecho Penal se supone una violencia legal necesaria contra la violencia que supone la propia convivencia social, un medio de control social formalizado por la norma penal y materializado por el sistema penal.

En términos criminológicos, se dice que el Derecho Penal cumple una función de legitimación de la violencia económica.[10], en términos concretos esta afirmación no esta alejada de la realidad, ya que el derecho penal no deja de ser

---

[7] ZAFFARONI,Eugenio Raul. *Manuel de Derecho Penal*. Cárdenas Editor, México: 1986, pág. 42.
[8] MORENO HERNÁNDEZ, Moises, *Política Criminal y Reforma* Penal. 1ª. ed. Editorial Ius Poenale, CEPOLCRIM; México: 1999, pág. 458.
[9] JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal; Parte General.* Volumen segundo. Editorial BOSCH; Barcelona: 1981, pág. 15.
[10] DE LA BARREDA SOLORZANO, Luis, *Justicia Penal y Derechos Humanos*. Editorial Porrúa, México: 1997, pág. 27.

un medio de control social, sin embargo a pesar de su innegable naturaleza, el Derecho Penal cumple además una función de contención del mismo poder que la despliega.

El Derecho Penal, enfocado sobre una definición resulta sumamente idealizado, sin embargo llegar a la cúspide que representa tal conceptualización debe ser el objetivo de cualquier Estado, sin duda hay deficiencias, lagunas y obscuridades dentro de la ley penal, que hacen su interpretación y aplicación sumamente compleja, pero con un espíritu de mejora resulta evidente lograr su subsanacion, en cambio si se retrasa una reforma integral al ordenamiento o se realiza sólo parcialmente, no dejara de pensarse en el Derecho Penal, como lo expresa Zaffaroni:

> El derecho penal dejará de vender ilusiones, de convertirse en el sencillo expediente de los organismos políticos para que éstos aumenten su clientela demagógicamente creando la apariencia de soluciones, cuando sólo crean papeles que tienen el doble efecto de ocultar los problemas y despreocuparse por la búsqueda de soluciones reales, haciendo recaer el poder que a partir de ellos aumenta su arbitrariedad sobre los más desprotegidos y carentes del planeta: en nuestro caso, los más pobres de las sociedades pobres. Los penalistas deben aprender a enseñar a las sociedades que ningún problema demasiado grave puede dejarse en sus manos.[11]

[11] ZAFFARONI, Eugenio Raul. “Tendencias finiseculares del derecho penal” en Soberanes, José Luis (comp), *Tendencias Actuales del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México: 1994, pág. 17 cit. por CARBONELL, Miguel. “Democracia y derecho penal en México: una nota” en *Derecho Penal y Estado Democrático*. INACIPE, México: 1999, pág. 27.

2.2.1. Noción objetiva

Hace referencia a las normas jurídicas que determinan los delitos, penas y medidas de seguridad. Como resultado de la función legislativa estatal. El derecho penal objetivo se encuentra contenido en los códigos penales y leyes especiales.

2.2.1.1. Norma Jurídico Penal

La norma en sentido general aprecia Muñoz Conde que es toda aquella regulación de conductas humanas en relación con la convivencia[12], el Derecho penal como un conjunto de normas, al actuar como factor de control social, debe básicamente controlar conductas que deteriora el orden.

La conducta desordenada es a la vez aquella que desobedece el precepto penal que el legislador advierte en la ley penal con la imposición de una pena, surgiendo así la norma jurídico penal.

2.2.1.1.1. Concepto

La norma jurídico penal, es una norma jurídica en sentido lato, al ser una preposición lingüística en la que se describen las características generales de una conducta o una situación a la cual se asocian consecuencias jurídicas[13], pero en sentido estricto, lo que diferencia a la penal

[12] MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*. Editorial B de f; Buenos Aires: 2001, pág. 10.
[13] DÍAZ – ARANDA, Enrique. *Derecho Penal*. Editorial Porrúa – UNAM; México: 2003, pág 21.

de cualquier otro tipo de norma jurídica es la consecuencia jurídica que presupone: la sanción penal como la más trascendente de todas.

Y además, sobre la base del principio de legalidad *nullum crimen, nulla poena sine lege*, se observa que sin norma penal es imposible encontrar tanto la descripción de la conducta calificada como delictiva ni la sanción aplicable; por lo tanto, delito y pena no pueden existir fuera de ella, siendo estrictamente indispensable su existencia como su aplicación.

2.2.1.1.2. Naturaleza

La naturaleza del Derecho Penal es de carácter público, ya que sólo el Estado, como institución pública está facultado para crear y aplicar las normas penales[14], por lo que las normas que lo conforman, comparten su naturaleza.

2.2.1.1.3. Estructura

La norma penal sustantivas completa se compone de dos elementos, el precepto y la sanción. Al precepto se denomina tipo y a la sanción se le da el nombre de punibilidad.

La importancia de conocer la estructura de la norma jurídico penal, radica en percatarnos que ambos elementos forman parte de un todo, con el mismo nivel de trascendencia.

---

[14] Ibid., pág 25.

A) El tipo

Como dijimos el tipo, hace referencia al precepto, es decir “el modelo de comportamiento humano que el legislador ha recogido de la realidad social y que rechaza como indebido”[15]

Etimológicamente, tipo significa modelo, que aplicando a la materia jurídico penal se refiere al modelo legal que prescribe las conductas delictivas.[16] El tipo es la configuración abstracta y descriptiva que realiza el legislador, en torno a una conducta calificándola como delictiva en la ley.

Desde el punto de vista jurídico tipo y delito no pueden considerarse sinónimos ya que el delito es definido como la conducta típica, antijurídica y culpable; lo cual nos hace evidente que el tipo (descripción legal) es anterior al delito, para que este último integre debe primeramente existir formalmente en la ley.

En el ordenamiento penal mexicano, al tipo se le denomina “Cuerpo del Delito” ya que a pesar de la reforma tanto del Ordenamiento Constitucional Mexicano como del Código Penal Federal en 1994, donde se substituye por “Elementos del Tipo”, tal reforma no duró más que cinco años volviendo nuevamente a cuerpo del delito.

B) La Punibilidad

[15] REYES ECHANDIA, Alfonso*. Derecho Penal*. Editorial Temis; Bogotá: 2002, pág. 45.
[16] ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Curso de Derecho Penal*. Editorial Porrúa; México: 1999. Pág. 216.

La punibilidad es la abstracción legislativa en torno a la sanción que se prevé para cada tipo penal, esta es también llamada sanción, y señala la naturaleza (calidad y cantidad) del castigo que ha de imponerse al responsable de haber realizado la conducta punible.[17]

2.2.1.1.4. Características

La norma jurídico penal comparte con la generalidad de normas jurídicas las características de ser bilateral (establece deberes y obligaciones), heterónoma (su origen no está en la voluntad de la persona que se sujeta a ella), externa (regulan el comportamiento del hombre hacia el exterior) y coercible (ya que el Estado puede exigir su cumplimiento), pero tiene también características propias que la diferencian de las demás, y son la generalidad, imperatividad, originalidad y autonomía.

La norma jurídico penal es:

A) General: Porque va dirigida a la colectividad en su conjunto.

B) Abstracta: Que no pretende representar seres o cosas concretos.

C) Imperativa: Ya que constituye un mandato que emana del legislador para ser cumplido obligatoriamente.

D) Original: Característica sostenida por Echandía para quien la norma penal es original "*en cuanto fuente única de punibilidad referida exclusivamente a las conductas que ella describe*"[18], sin que el precepto derive de otro ordenamiento y al ordenamiento penal solo tenga como función sancionar.

[17] REYES ECHANDIA, Alfonso, ob. cit., pág. 46.
[18] Idem.

E) Autónoma: Al sostener que la norma penal es original se desprende inmediatamente que ésta es autónoma, es decir independiente de cualquier otra ley, sin dejar de estar subordinada al texto constitucional.

2.2.1.1.5. Función

La estrecha relación entre el Estado y la norma jurídico penal hace inevitable que los fines de ésta de algún modo no se encuentren en función de los intereses estatales, dada su naturaleza pública la norma penal puede y es utilizada tanto para mejorar la convivencia y el orden como para asegurar privilegios a ciertos grupos sociales.

Sin embargo la función principal de la norma jurídico penal debe ser ante todo el mantenimiento del orden social a través de la tutela de bienes jurídicos. Dicha tutela por parte del Estado se lleva a cabo interviniendo penalmente cundo se atacan las condiciones elementales de convivencia, es decir bienes jurídicos jerárquicamente preponderantes.

El bien jurídico es definido por Muñoz Conde como "*aquellos presupuestos que la persona necesita para la autorrealización en la vida social*"[19] Y estos a su vez pueden ser individuales (vida, integridad física, patrimonio, etc.) y colectivos (economía, ecología, etc.). Los bienes jurídicos tutelados penalmente en la actualidad no son exactamente los mismos que hace 10, 20 o 30 años; y este cambio se debe a que la sociedad en su devenir histórico ha convenido dar mayor o menor valor a ciertos intereses.

[19] MUÑOZ CONDE, Francisco, ob. cit., pág. 91.

Por lo que es necesario que la norma penal atenta a dichos cambios, se transforme para reflejar la verdadera situación de la sociedad en un tiempo determinado, si los cambios no se dan o se retrasan, el ordenamiento cada vez más se quedará a la zaga, resultando incongruente y por lo tanto ineficaz.

La tutela de estos bienes jurídicos, es por lo tanto, la función principal, y se realiza en un primer plano, a través de la conminación, y se culmina con su aplicación material en el caso concreto. Ya que a pesar de que la norma penal, formalmente nunca deja de ser una abstracción legal, esta hecha *ex profeso* para ser aplicada.

2.2.2. Noción Subjetiva

Alude a la facultad del Estado a imponer castigos, es decir: el *Ius Puniendi,* como tutor de bienes jurídicos de los particulares, pero siempre dentro del marco de legalidad. El ejercicio de esta facultad se expresa en la prohibición de las conductas consideradas como delitos y la imposición de las sanciones penales a quienes las realizan.[20]

El I*us Puniendi* como manifestación del poder político, es ejercido por los las autoridades competentes dentro de su marco de acción dentro del sistema penal, comienza con la determinación formal legislativa, la aplicación de la norma al caso concreto y culmina con la fase ejecutiva; pero esta potestad no

[20] DÍAZ – ARANDA, Enrique,ob. cit., pág.4.

puede ser ilimitada y por lo tanto despótico, si no por el contrario debe estar acotado por la propia ley.

2.3. Conclusiones

El Derecho Penal como medida político criminal, - concebido y utilizado por el Estado -, este enfocado a la tutela de bienes jurídicos realmente importantes para la vida en sociedad y no únicamente para solventar privilegios de una grupo determinado; sobre todo cuando el legislador, en la creación de la norma penal determinará en relación con estos bienes, el precepto penal y la sanción jurídico penal.

Los destinatarios de la norma jurídico penal, deben estar conscientes de que dichas normas si bien restringen su conducta, están realizadas con el afán de proteger los intereses individuales y colectivos de la sociedad.

Lo cual hace necesario una reflexión sobre el papel del derecho penal – objetivo y subjetivo- dentro del país, no obstante que los juristas han llegado a evolucionar un concepto de Derecho Penal, no quiere decir que éste sea vea reflejado íntegramente en la realidad, que se vive formal y materialmente: Un Derecho Penal acotado a la defensa de bienes jurídicos preeminentes.

La inflación de derecho penal, es manifiesto en México, cada vez se combaten más conductas con normas penales, muchas de las cuales no encuentran un sustento basado en la protección verdadera del orden y la paz. Ha esto se le da el nombre de represión y se refleja de forma global, en la ampliación de los márgenes de movilidad de todo el sistema penal, que a través

del desempeños de sus muy variadas funciones revelan este abusivo uso del Derecho Penal.

Ejemplos de esto, es la tipificación de nuevas conductas, aumento de las punibilidades, ampliaciones de términos procesales, construcción de más centros de readaptación, entre otras medidas, que parecieran advertir que todo se vale en el afán de acabar con las conductas delictivas, lo cual nos lleva a lo que parecía ya un relato puramente histórico, un Derecho puramente punitivo o represivo, que en manos del monarca tirano no tenía limites; lo cual atisba que estas “nuevas” tendencias, no reflejan más que la decadencias de nuestro sistema penal y consecuentemente de nuestro Derecho Penal.

Pero como toda involución debe estar precedida por un desarrollo, tal crisis debe superarse y dejar a un lado el uso inadecuado y meramente instrumental que hace el Estado del Derecho Penal; para ser sustituido por un Derecho Penal tutor de bienes jurídicos , que proteja sólo penalmente aquellos de mayor importancia para la sociedad.