

FILOSOFÍA DEL DERECHO PENAL EN EL SISTEMA DEMOCRÁTICO MEXICANO

Pamela Lili Fernández Reyes¹

Miguel Ángel Anaya Ríos²

Jose Luis Anaya Rios³

Universidad Autónoma de Nayarit México

(Recibido 06/01/16 • Aceptado 21/11/16)

¹ Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid; profesora investigadora de tiempo completo en la Unidad Académica de Derecho de la Universidad Autónoma de Nayarit; Colaboradora del Cuerpo Académico Estado y derechos fundamentales; reconocimiento como profesor dentro del Programa para el Desarrollo profesional docente de tipo superior (PRODEP) otorgado por la Secretaria de Educación Pública (SEP) y miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) otorgado por Conacyt.
Email:pamela_lili@hotmail.com

² Doctor en Derecho por Universidad de Guanajuato en el programa de Doctorado Interinstitucional en Derecho (DID) con reconocimiento otorgado por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt), profesor investigador de tiempo completo en la Unidad Académica de Derecho de la Universidad Autónoma de Nayarit; Integrante del Cuerpo Académico Procuración y Administración de Justicia; reconocimiento como profesor dentro del Programa para el Desarrollo profesional docente de tipo superior (PRODEP) otorgado por la Secretaria de Educación Pública (SEP) y miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) otorgado por Conacyt.
Email:miguelanaya2000@hotmail.com

³ Doctor en Derecho por Universidad de Guanajuato en el programa de Doctorado Interinstitucional en Derecho (DID) con reconocimiento otorgado por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt), profesor investigador de tiempo completo en la Unidad Académica de Derecho de la Universidad Autónoma de Nayarit; Integrante del Cuerpo Académico Procuración y Administración de Justicia; reconocimiento como profesor dentro del Programa para el Desarrollo profesional docente de tipo superior (PRODEP) otorgado por la Secretaria de Educación Pública (SEP) y miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) otorgado por Conacyt.
Email:luisanayarios@hotmail.com

Resumen: Es necesario determinar y establecer el propósito del Derecho Penal, pues éste radica en tener en claro su campo de actuación en la discusión dialéctica sobre qué bienes jurídicos o valores ético-sociales son los que tiene que proteger. El objetivo del derecho penal es tanto la protección de los bienes jurídicos ante posibles amenazas o peligro; como la protección axiológica ético-social, incluidos los bienes jurídicos y la prevención general confirmando el reconocimiento normativo.

Palabras Clave: Derecho Penal, Estado social, Estado democrático.

Abstract: It is necessary to determine and establish the purpose of Criminal Law as it is essential to clarify its field of action in the dialectic discussion of which are legal assets or ethical-social values that must be protected. The purpose of criminal law is both the protection of legal assets from potential threats or danger and ethical-social, axiological protection, including legal assets and general prevention confirming regulatory recognition.

Keywords: Criminal Law, Social State, Democratic State.

Índice

Introducción.

1. Una visión filosófico-epistémica del Derecho Penal.
2. El Derecho Penal en un Estado Social y Democrático.

Conclusión.

Bibliografía.

Introducción

Cuando hablamos del término de Derecho podemos encontrar una gran variedad de definiciones, realmente ríos de tinta que versan sobre una misma cuestión teleológica. El concepto de derecho implica partir de una ciencia que se fundamenta día a día con conocimientos a la vanguardia y en constantes fluctuaciones, estos conocimientos son adquiridos en los ámbitos académicos, consuetudinarios, vulgares, científicos, metodológicos y por ende epistémicos; es hablar de deberes, obligaciones, regulación social con todas sus implicaciones, para brindar certeza, igualdad, imparcialidad, justicia, seguridad y concluir en el bien común así como en la paz social. Sin embargo, no debemos olvidarnos de fundamentar el derecho desde la perspectiva ética, deontológica, axiológica, ontológica, para bien imponer las conductas utilitaristas y las sanciones correspondientes en un tiempo y espacio determinado.

La palabra derecho proviene del término latino *directum*, que significa “lo que está conforme a la regla”.⁴ El derecho se infunde en principios de justicia y constituye el orden normativo e institucional que regula la conducta humana en sociedad. La base del derecho son las relaciones sociales, las cuales determinan su contenido, cualidades y características. Es decir, el derecho es un conjunto de normas que permiten resolver los conflictos que se presentan en la sociedad, derivados de la conducta humana.

El derecho penal es la rama del derecho que establece y regula el castigo de los que tiene por objeto regular el poder punitivo del Estado por medio de un estudio científico de los delitos, las penas y medidas de seguridad, a través de la imposición de ciertas penas. Es necesario, distinguir entre derecho penal objetivo (*ius poenale*), que se refiere a las normas jurídicas penales en sí, y derecho penal subjetivo (*ius puniendi*), que contempla la aplicación de una sanción a aquellos que actualizan las suposiciones previstas por el derecho penal objetivo.⁵ El principal objetivo del derecho penal es promover el respeto a los bienes jurídicos. Por ello, prohíbe las conductas que están dirigidas a lesionar o poner en peligro un bien jurídico. Lo que no puede hacer el derecho penal es evitar que sucedan ciertos efectos y/o consecuencias. El Estado dispone de dos herramientas para reaccionar frente al delito: las medidas de seguridad

⁴ Diccionario Jurídico Espasa, Voz: “Derecho”. Espasa Calpe, Madrid, 2003, pág. 524

⁵ Luis de la Barreda Solórzano. *Ius puniendi et ius poenale*. Revista Criminalia, Vol. 50, México D.F., 1984, págs. 130-151

las cuales buscan la prevención y las penas -que en teoría suponen- el castigo correspondiente y la pena, por lo tanto, implica una restricción a los derechos del responsable de la comisión del delito).

En el caso del Derecho Penal Autoritario, la coexistencia de las garantías sociales y constitutivas es prácticamente inexistente. La finalidad derecho Penal, es un supuesto que varía de acuerdo a la ideología del poder del Sistema Estatal, por su parte Goldschmidt sostiene que el proceso penal viene a ser el “termómetro” que registra la presencia y la intensidad de los componentes autoritarios dentro de una sociedad⁶, la importancia de la determinación del derecho sirve de criterio práctico y notable a la hora de tomar decisiones, ofreciendo una opinión externa de comprobación de decisiones justas. El propósito claro del derecho penal es la protección ante posibles puestas en peligro y lesión de los bienes jurídicos, es decir, la protección de valores ético-sociales, en la medida en que estén incluidos los bienes jurídicos y la prevención general confirmando el reconocimiento normativo.

1. Una visión filosófico-epistémica del Derecho Penal.

En la época primitiva no existían leyes claras, sino una serie de prohibiciones derivadas de unas firmes ideologías religiosas que imponían duros castigos a aquél que se atreviera violarlas, dichos mandatos recibían el nombre de tabú; y la venganza que permitía que aquéllos que sufrían cualquier daño por parte de otro grupo, tomarán la justicia por su propia mano castigando a sus agresores con un mal mayor al recibido. No existían límites, eran las víctimas quienes los ponían.

Después se presentó la Ley del Talión en donde se creó un límite a las citadas venganzas, el cual se estableció por las Tablas de la Ley de Moisés; donde se expresó que la pena ha de ser igual en magnitud al daño sufrido. Con el surgimiento de la justicia política nace el Derecho Penal Romano y la justicia comenzó a cobrar sentido. A partir de este momento surge la diferenciación entre delitos públicos y privados; los primeros eran aquellos que afectaban el orden público y los segundos eran de tipo personal entre dos individuos o familias. En cada caso se optaba por un tipo de castigo diferente, todavía basado en la ley del talión, es decir, que

⁶ James Paul Goldschmidt. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 193.

el castigo era impuesto en base al daño causado por el individuo.

Con el Derecho Penal Romano, aunque muy pausadamente fue consolidándose la justicia como hoy la conocemos; primero se instauraron los pasos a seguir ante un proceso penal (como lo es la acusación, aporte de pruebas del delito y sentencia) y más tarde se estableció la diferencia entre delito doloso y culposo, desarrollando diferentes teorías y doctrinas que permitían la correcta ejecución de las condenas. Es de mencionarse que hoy en día, de acuerdo a los aportes que han hecho las diversas culturas que se han preocupado por establecer un código para condenar justamente a los imputados, se empieza a contar con un sólido derecho penal que teóricamente protege a los que son inocentes y colabora con el establecimiento de la justicia en todas sus órdenes; aunque, desafortunadamente, no siempre se cumple con este requisito.

El Derecho elaborado por los Juristas romanos probó su virtualidad en la dilatada vigencia que consiguió durante la Edad Media y Moderna por obra de la recepción del *Corpus iuris* (Cuerpo del Derecho). Vino a integrar así parte esencial del Derecho común, que apareció como “el Derecho” por excelencia, desplazó a las leyes de la época en las Universidades y ocupó, incluso, un lugar decisivo en la práctica. Los textos en qué consistía sirvieron de base a la elaboración de los juristas escolásticos, los cuales operaron no sobre la legislación positiva, sino con la exclusiva ayuda de los argumentos de “autoridades”. El papel creador que posteriormente correspondió a la Escuela del Derecho natural racionalista consistió en la búsqueda de las normas dictadas por la recta razón, lo que suponía la atribución al jurista de la suprema decisión sobre la validez o invalidez de toda disposición jurídica. Tal planteamiento metodológico sirvió de vehículo durante la Ilustración, a la oposición al Derecho vigente de *l' Ancien Régime* (Antiguo Régimen) de un Derecho penal orientado según los principios liberales.⁷

En este contexto metódico fue posible la obra de Beccaria⁸, justamente considerada como el parte aguas de la ciencia penal moderna. Pero en términos de la filosofía política liberal, implicaba un postulado

⁷ Santiago Mir Puig. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Primera edición, Editorial Ariel S. A., Barcelona, 1994, pág. 15

⁸ Cesare Beccaria. *Tratado de los delitos y de las penas*. Traducción al español por D. Juan Antonio de las Casas, Ed. D. Joachin Ibarra, Madrid, 1774.

cuya consecución podría impedir, que la ciencia jurídica continuara ejerciendo su tradicional función creadora de Derecho. El Principio de legalidad es fundamental del Estado liberal y en particular de su Derecho penal, pues venía a prohibir toda fuente del Derecho desligada del poder legislativo, único poder que expresa la voluntad general. La experiencia histórica posterior ha demostrado la necesidad de relajar el rigor literal del principio, que inevitablemente ha de quedar como marco supremo más que como exclusión de fuentes distintas a la ley formal, pero en un principio se llegó incluso a entenderlo incompatible con una verdadera “interpretación” de las leyes.

Lo que destaca el profesor jurista español Santiago Mir Puig era la lógica, de la implantación efectiva del Estado liberal que lleva a sustraer a la ciencia jurídica penal a toda capacidad creadora de Derecho. Sin embargo, no tuvo lugar en todos los países de Europa. En Alemania y en Italia faltó la pronta cristalización política que por consiguientemente, legislativa de las ideas liberales que en Francia tuvo lugar gracias a la Revolución de 1789. Con ello se introdujo una importante consecuencia en el terreno de la metodología jurídico-penal. Francia dio inicio a la apertura de la realización de las concepciones liberales en el Derecho positivo, y dio un gran paso al planteamiento metódico iusnaturalista a una estricta vinculación al Derecho vigente (Escuela de la Exégesis), en Alemania, como en Italia, al hallarse la legislación penal sujeta al espíritu del Antiguo Régimen y en contradicción, por tanto, con la filosofía política del Estado liberal, que se apoderó de la mayor parte de las mentalidades cultas, la ciencia tuvo que mantener su atención por el Derecho natural racional, pues era el único que reflejaba las aspiraciones de la época.⁹

Según el profesor Mir Puig, históricamente el Estado liberal y social se encuentra en la relación dialéctica de tesis y antítesis. El Estado intervencionista no implica necesariamente una concepción autoritaria, lo único esencial es la asunción de una función de incidencia activa en las relaciones sociales efectivas, y esta función puede ponerse al servicio no sólo de una minoría o de un discutible todo social, sino también del progreso efectivo de cada uno de los ciudadanos. Siendo así, no resultará contradictorio con ese Estado social el imponerle los límites

⁹ Santiago Mir Puig. El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho. Ob., Cit. Págs. 15-19

propios del Estado de Derecho, igualmente al servicio del ciudadano, los cuales podrán impedir que se desarrolle la tendencia del Estado social a un intervencionismo autoritario, que dejaría de servir a los intereses del particular.¹⁰

Con la declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789, que limitaba las prohibiciones legales solo a las “acciones perjudiciales a la sociedad” se expresó en la teoría jusprivatista de Feuerbach¹¹ de la lesión de un derecho subjetivo. Es de considerar que la materialización del delito como una lesión del derecho es la expresión de la teoría del contrato social del derecho penal. El estado debe garantizar las condiciones de vida en común.¹²

Vislumbrando la ciencia del derecho penal en la actualidad podemos situarla desde dos grandes tendencias: las criminológicas y las jurídico-dogmáticas. La orientación criminológica se ocupa del delito como fenómeno social y biopsicológico, analizando sus causas y proponiendo remedios para evitarlo. La orientación jurídica estudia el delito como un fenómeno jurídico regulado y previsto por normas del derecho que hay que interpretar y aplicar. La primera orientación parte de una investigación, de métodos sociológicos o antropológicos según el carácter social o individual de su enfoque o de ambos conjuntamente. La orientación jurídica emplea un método técnico-jurídico o dogmático que contribuye para interpretar y sistematizar las normas jurídicas que se refieren al delito y a sus consecuencias. A esta situación dualista, que podemos considerar satisfactoria, se presenta una polémica que consiste en despertar las ciencias sociales y naturales a mediados del siglo XIX, la época del positivismo.

Para esta dirección científica la única actividad que merecía el calificativo de ciencia era aquella que se basaba en la experiencia y en los hechos indudables que podían ser pillados con un método puramente casual o explicativo. A la actividad jurídica se le negaba el carácter de

¹⁰ Ídem

¹¹ Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, Heyer, Giessen, 1832

¹² Hernan Hormazabal Malaree. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*. (El objeto protegido por la norma penal). Prólogo de Francisco Muñoz Conde, Editorial Jurídica Conosur, Segunda edición, Santiago de Chile, 1992, pág. 13

ciencia, precisamente por faltarle estas cualidades. La consideración jurídica del delito debía, por tanto, ser sustituida por una sociológica o antropológica que eran las únicas que podían garantizar resultados seguros y auténticamente científicos. Con éste positivismo científico surgió, un positivismo jurídico que prescindió de las dimensiones sociales y políticas del delito, desterrándolas de su ámbito y estudiando el delito exclusivamente desde un punto de vista jurídico, con ayuda de un método puramente jurídico.

El neokantismo, en un intento de superación del concepto positivista de ciencia, trató de fundamentar el carácter científico de la actividad jurídica, distinguiendo entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu. Los neokantianos decían que son auténticas ciencias porque tienen un objeto determinado y un método para investigar lo que les es propio y, precisamente por esto, difieren entre sí. Las ciencias de la naturaleza estudian su objeto desde un punto de vista causal o explicativo y las ciencias del espíritu estudian el suyo, empleando un método comprensivo referido al valor. La ciencia del derecho se incluye entre estas últimas, porque en sus esfuerzos por conocer el derecho positivo, objeto de su investigación, tiene que acudir a una valoración. La influencia de esta corriente filosófica en la ciencia del derecho penal fue de gran impacto y muy beneficioso, al dividir el estudio del delito en dos vertientes distintas con el mismo rango científico: la causal-explicativa y la comprensiva- axiológica.¹³

Con la influencia de la metodología de la filosofía neokantiana en el derecho, la función teleológica del bien jurídico es el de equiparar el valor y el fin. La función garantista liberal del bien jurídico centra su atención en el desarrollo teleológico, es decir, en su capacidad de interpretación a partir de un fin de protección.¹⁴

El punto de partida en el supuesto neokantiano de que la ciencia penal es una ciencia de la cultura que singulariza su objeto en una denominada expresión de cultura, la llamada cultura social, ámbito donde Rickert¹⁵ sitúa a la ética. Proteger los bienes culturales sociales es tarea del derecho y cuando su protección se realiza desde el derecho penal, adquieren el carácter de bienes jurídicos. La determinación de los bienes que van a ser objeto de protección jurídica importa una tarea

¹³ Francisco Muñoz Conde. *Introducción al Derecho penal*. Segunda edición, Editorial IB de F, Julio Cesar Faira Editor, Buenos Aires, 2001, págs. 163-168

¹⁴ Hernan Hormazabal Malaree. *Bien jurídico y estado social...* Ob. Cit., pág. 63

¹⁵ Heinrich Rickert. *Sistema de Filosofía*. 1921

de selección y de jerarquización; este proceso ha de hacerse bajo el principio rector de una idea que no es otra que la moral, ya que está todo el universo de la cultura social. Luego, la medida del derecho penal, su mayor o menor extensión está en relación directa con el contenido que el Estado da a esa idea rectora, que de esta manera se transforma en una idea estatal. De ahí que el bien jurídico sea todo bien de la cultura que, provisto de protección jurídica, esté reconocido en este sentido por la idea estatal superior.¹⁶

El neohegelianismo y la fenomenología a partir de la verificación efectiva de que los neokantianos sólo habían superado parcialmente al positivismo naturalista, centraron su ataque en otros puntos de la teoría del derecho penal, concretamente en el concepto de acción, señalando, que aún no se había liberado del dogma causal. Estas corrientes críticas, que ya se habían manifestado casi sin ninguna consecuencia a partir de 1930, dirigieron también su crítica de las concepciones neokantianas del delito. Las expresiones en el derecho penal de estas nuevas corrientes jusfilosóficas ya no iban a concebir el delito fundamentalmente como agravio de un bien jurídico, sino que más bien como una acción. Esta acción ya no será una acción natural que necesariamente habrá de provocar un resultado perceptible por los sentidos, sino que será una acción querida conscientemente, una acción plena de sentido. Este replanteamiento de la acción habría de acarrear también un cambio de contenido de los elementos del delito y también habría de acarrear consecuencias en el bien jurídico que habría de quedar mediatizado por el nuevo concepto de acción.¹⁷

El término epistemología proviene del griego (*episteme*) que significa conocimiento, y (*logia*) estudio. La epistemología ha sido denominada también como *Teoría del conocimiento*, por los alemanes e italianos; *gnoseología* por los franceses o *filosofía de la ciencia*. El objeto de estudio de la epistemología según Aristóteles en su obra *Metafísica*, plantea que “todos los hombres por naturaleza desean conocer” y que el conocimiento “proporciona la sabiduría”.¹⁸ Hegel en el prólogo de su obra *Fenomenología del Espíritu*, precisa que “no cabe duda de que se

¹⁶ Hernan Hormazabal Malaree. *Bien jurídico y estado social...* Ob. Cit., pág.65

¹⁷ *Ibídem*, pág. 75-76

puede saber algo de una manera falsa.¹⁹

A partir del siglo XX el problema del conocimiento viene a tratar de aclarar en base al uso correcto del lenguaje. La filosofía del derecho estudia los fenómenos jurídicos desde las perspectivas: metafísicas, racionales, empíricas, lingüísticas con naturaleza ontológica.

Kelsen y Kant, trabajaron en el estudio de las formas del sistema jurídico. Kelsen fue más estricto que Kant en cuanto a la construcción del sistema, pues trató de elaborar una matemática de la ciencia del espíritu a partir de una estructura con base a la lógica de las normas. Para Kelsen la lógica es la esencia del derecho. La Teoría del derecho debe ser vista como una ciencia que describe la estructura lógica de los sistemas jurídicos. La Teoría Pura del derecho induce al autor a emitir una crítica a Kant por no establecer diferencia entre “ser” y “deber ser”.²⁰

2. El Derecho Penal en un Estado Social y Democrático.

Para Dworkin, la diferencia entre reglas y principios es de tipo lógico, pues dicha diferencia lógica se compone de tres elementos: el primero hace referencia a la función especial que cumplen las reglas si se les considera en relación con los principios; el segundo se refiere a la dimensión valorativa de los principios; y finalmente el tercer elemento se relaciona con las diferentes normas y métodos para solucionar las concurrencias normativas según las reglas y principios.

Dworkin entiende por derecho, una praxis interpretativa desde el punto de vista del juez, que se niega a diferenciar lo que es y lo que debería de ser el derecho, oponiéndose a las teorías que pretenden aportar una concepción valorativa neutral del fenómeno jurídico. Su tesis central es el análisis de los métodos de la argumentación judicial. La argumentación es la praxis jurídica, ya que todos los argumentos que se

¹⁸ Aristóteles. *Metafísica*. Editorial Sudamericana, Argentina, 2000, págs. 100 y 102

¹⁹ Georg Hegel. *Fenomenología del espíritu*. Fondo de Cultura Económica, México, 1982, pág. 27

²⁰ Víctor Manuel Rojas Amandi. *Cuatro Paradigmas de la Epistemología jurídica*. En “Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Anuario”, Universidad Iberoamericana, México, 2006, pág. 399 y sgts. Consultado el 15/09/2015 [En línea]: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/36/pr/pr23.pdf

hacen valer en un proceso tienen por objetivo último fundamentar una pretensión. El resultado de dicho análisis, es que los métodos no sólo sirven para descubrir el derecho, sino también para justificar la aplicación de éste. En la praxis social el derecho debe ser interpretado haciendo uso del método creativo-constructivo. El aspecto creativo sirve para definir el objeto de la interpretación. El aspecto constructivo es en relación con la atribución de sentido a la praxis social, mostrándola de su mejor forma.

La teoría del derecho refleja el sistema jurídico actual de una sociedad moderna. El derecho como integridad es la teoría del derecho construida con base en la interpretación. El principio de integridad, debe aplicarse tanto en la legislación como en la jurisprudencia, pues representa en la teoría de Dworkin un principio de moral política, al que junto con los ideales de justicia, de equidad y de debido proceso legal, le corresponde una función propia. Para que el juez realice un buen papel en su interpretación con el principio de integridad, debe entenderse el derecho como la expresión de una conducta con base a un conjunto de principios coherentes, concisos, humanitarios y fraternos dotados de valores éticos.²¹

Es importante no perder de vista la realidad del derecho y los problemas que desprende en estos momentos así como los venideros. Por ello, una reflexión de la práctica jurídica atendiendo diferentes y nuevas perspectivas; principios epistemológicos nos ayudarán a proporcionar un utilitarismo jurídico en la practicidad del derecho. El derecho necesita contar con juristas reflexivos, apegados a la dogmática jurídica, que sostengan la validez objetiva y presumiblemente con valores éticos y universales.

El filósofo y jurista español Elías Díaz manifiesta en una de sus obras “Estado de derecho y sociedad democrática”, que el Estado social y democrático de Derecho, supone no sólo la tentativa de someter la actuación del Estado social a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real.²² Se pretende con la modalidad de Estado social y democrático crear condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo y así el Estado estar al servicio de todos los ciudadanos, para garantizar el control

²¹ R. Dworkin. *Taking rights seriously*. Peral Duckworth & Co. Ltd., Quinta Edición, Londres, 1987, págs. 24, 28, 40, 45, 82 y 147; Víctor Manuel Rojas Amandi. *Cuatro paradigmas de la epistemología jurídica*. Ob. Cit., págs. 407-11

²² Elías Díaz. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Ed. Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1966, págs. 16, 144 y ss.

por el mismo ciudadano de las condiciones de un Estado democrático de Derecho. El carácter democrático del Estado aparece vinculado a la necesidad de libertad oponiéndose a que el Estado social dirija sólo su intervención en beneficio de ciertos grupos.

Por su parte Vidaurri Aréchiga, sostiene que las nuevas tendencias propias de un Estado Democrático, tiene como características principales: imperio de la ley, división y renovación frecuente de poderes, reconocimiento y garantía de los derechos humanos, actividad jurisdiccional independiente, investigación científico-técnica de los hechos delictivos.²³

Un Estado democrático ha de evitar que se convierta en un fin en sí mismo o al servicio de intereses no convenientes para la mayoría de los ciudadanos, o que desconozca los límites que debe respetar frente a toda minoría y todo individuo. El ejercicio del *ius puniendi* como lo concibe Muñoz Conde al afirmar que la legitimidad del Derecho Penal o del poder punitivo del Estado proviene de la Constitución, pero junto a esta legitimación extrínseca hay también una legitimación intrínseca, representada en una serie de principios específicos que inspiran y limitan su actuación;²⁴ es decir, en un Estado democrático no puede arrumbar las garantías propias del Estado de Derecho, es decir, las que giran en torno al principio de legalidad. El Derecho penal de un Estado social y democrático no puede renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla por y para los ciudadanos. Ello podría concretarse en palabras textuales del profesor Mir Puig del modo siguiente:

“ El Derecho penal de un Estado social y democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado social),” entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos para sus bienes jurídicos —«bienes» no en un sentido naturalista ni ético-individual, sino como posibilidades de participación en los

²³ Manuel Vidaurri Aréchiga. Introducción al Derecho Penal. Ed. Oxford, México, 2012, pág. 62.

²⁴ Francisco Muñoz Conde. Derecho Penal Parte General. Valencia (Esp.), Editorial Tirant lo Blanch, 1993, págs. 68 y 69

sistemas sociales fundamentales—, y en la medida en que los mismos ciudadanos consideren graves tales hechos (Estado democrático). El Derecho penal debe, pues, orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad.”²⁵

“Un Derecho penal democrático debe desarrollarse con estricta sujeción a los límites propios del principio de legalidad, tanto en su vertiente formal —sólo puede establecer delitos y penas, disposiciones dotadas de rango de ley (que ahora debe ser orgánica) anteriores al hecho enjuiciado— como en su realización material —«exigencia de determinación» de las proposiciones jurídico-penales”—.²⁶

El planteamiento democrático no sólo debe servir a la mayoría, sino también respetar y atender a las minorías y a todos los ciudadanos, en la medida en que ello sea compatible con la paz social. Desde esta visión el Derecho penal no sólo debe defender de los delincuentes a la mayoría, sino que ha de respetar la dignidad del delincuente e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal.²⁷

Para Mir Puig, el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho ha de intentar evitar mediante su prohibición todos los hechos peligrosos y de malas cualidades morales que provocan daños a la sociedad: los hechos penalmente antijurídicos. Pero el Derecho penal no puede castigar a quienes realizan alguno de estos hechos sin culpabilidad. La falta de culpabilidad no se debe a que el hecho deje de aparecer como indeseable. La cuestión de si concurre o no culpabilidad sólo se plantea, precisamente, una vez que se ha comprobado que concurre la antijuridicidad. Sólo se pregunta sobre la culpabilidad con relación a los hechos prohibidos por la ley penal, a aquellos hechos que la ley penal puede desear evitar.

Un Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho,

²⁵ Santiago Mir Puig. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Ob., Cit. “Introducción”, Págs.128, 151; E. Octavio de Toledo. Sobre el concepto del Derecho penal. Madrid, 1981, pág. 280

²⁶ Francisco Muñoz Conde. *Introducción al Derecho penal*. Primera edición, Bosch- Casa Editorial, Barcelona, 1975, págs. 94 y ss.

²⁷ Santiago Mir Puig. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Ob., Cit., págs. 30-48

que asuma la misión de proteger a la sociedad de forma democrática, ha de entender la culpabilidad desde otro ángulo: a partir de la función motivadora de la norma. Pretendiendo, de esta forma, confirmar de nuevo que los conceptos básicos del Derecho penal —la culpabilidad lo es, como lo eran la pena, la norma y la antijuridicidad— deben decidirse en función de la imagen del Estado y del Derecho de que se parta. La culpabilidad es, precisamente, uno de los ámbitos en que es más necesario destacar la relativización político-valorativa y el desacierto de un planteamiento que pretenda sujetar la esencia de la culpabilidad desde su perspectiva ontológico-objetiva.²⁸

Lo que caracteriza el Estado de Derecho no es propiamente el ordenamiento jurídico que emplea, sino el Estado sometido al Derecho, es decir el Estado cuyo poder y actividad en relación con el respeto al hombre, al ser humano así como a sus derechos fundamentales limitado y regulado por la ley, entendida ésta como la expresión de la voluntad soberana y democrática. Así tenemos que el Estado de Derecho es el Estado sometido al imperio de la ley, siendo esta la diferencia entre el Estado de Derecho con poder regulado y acotado por la ley y cualquier forma de Estado absoluto y totalitario con poder ilimitado

Admitida la escala democrática de la capacidad del hombre normal en las causas de inexigibilidad, vulneraría el principio de igualdad real ante la ley el tratar a los inimputables desconociendo que carecen de dicha capacidad normal. Es cierto, que existe una parte importante de la delincuencia normal que obedece a factores de desigualdad social y no por eso deja de castigarse. Sin embargo, se trata de una desigualdad que no llega a afectar profundamente las leyes psíquicas de la motivación de forma que puede considerarse por completo “anormal” y puede perder sentido la apelación racional que supone la prohibición penal. Lo cual no ha de impedir, que deban tomarse en consideración circunstancias de desigualdad social como éstas para atenuar la pena en la medida en que supongan una presión motivacional en favor del delito superior a la media normal. De aquí que el principio de culpabilidad puede ofrecer un camino para una mayor realización de la exigencia de igualdad material y efectiva que impone el Estado democrático.²⁹

²⁸ Ibídem págs. 80-81

²⁹ Ibídem pág. 86

En el contexto de Estado Social y Democrático de derecho la política criminal ha de experimentar un resurgimiento y con ella la necesidad de buscar un nuevo fundamento racionalizador de la represión penal y de su monopolización por el Estado. La indagación de esta primacía racional se habría de tomar en cuenta desde un contexto político, con el apoyo de la teoría política que en el pasado habían dado el arsenal teórico al derecho penal, y el reconocimiento de ser ciencia social por excelencia, la sociología y en particular las corrientes que se engloban bajo el funcionalismo y el interaccionismo. El Estado en sociedades de mercado, ha condicionado su política penal a la racionalidad de la protección de objetos concretos que quedarían generalizados bajo la categoría de “bienes jurídicos”. De aquí, el concepto de bien jurídico cumpliría conjuntamente con las teorías de la pena, una función ideológica de justificación racional del derecho penal. No es de extrañar que el contenido del concepto de bien jurídico sea una expresión concreta en el ámbito inductivo del derecho penal, de un modelo ideológico de carácter más general legitimador del poder en el Estado liberal.³⁰

En un Estado democrático la determinación del objeto a ser protegido por la norma penal no puede estar reducida a una exclusiva decisión del legislador. Derivado del principio de legalidad, el precepto penal será el resultado de un proceso legislativo, pero la determinación del bien jurídico corresponde a la base social que informará su decisión a las instancias políticas que formalmente tengan la deontología de materializar dicha decisión. Una política penal de exclusiva protección de bienes jurídicos presupone no sólo democracia, sino ejercicio de la democracia, es decir, participación y concurrencia en los procesos a través de los cuales se realizan la libertad política, específicamente la libertad de pensamiento, de acción y sobre todo, de disensión.³¹

El bien jurídico es el resultado del ejercicio democrático y corresponde a la dinámica de la práctica democrática. La base misma de una relación social que se habrá de definir como democrática por su capacidad de integrar culturas y subculturas ampliando la base de discusión. Por eso no puede tener un carácter fijo pues siempre estará

³⁰ Hernan Hormazabal Malaree. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*. Ob. Cit., pág. 93

³¹ Mario Bunge. *Mente y sociedad*. Alianza Editorial, Madrid, 1989, pág. 153

en el centro de la instancia básica de la decisión política y expuesta a su revisión crítica. Negar este carácter al bien jurídico, significa la esencia de la democracia, la política penal del Estado. La democracia desde una perspectiva emprendedora es un proceso de constante apertura. En las sociedades democráticas surge el bien jurídico donde se definen los objetos a proteger por el ordenamiento jurídico y de estos objetos, conforme al carácter residual y fragmentario del derecho penal.

El ilustre filósofo y jurista Luigi Ferrajoli sostiene que la democracia no consiste de ningún modo en el despotismo de la mayoría, sino que es un sistema frágil y complejo de separaciones y equilibrios entre poderes, de límites y vínculos a su ejercicio, de garantías establecidas para la tutela de los Derechos fundamentales, de técnicas de control y reparación frente a sus violaciones; y que tales equilibrios se rompen poniendo en peligro la democracia cada vez que los poderes sean económicos o políticos se acumulan o, peor aún, se confundan en formas absolutas.³²

Cabe destacar que la intención no es debilitar al Estado sino más bien acotar debidamente sus funciones sin perder de vista la necesidad de contar con instituciones vigorosas que le den factibilidad al Estado de Derecho, porque de otra manera se corre el riesgo de un Estado que no conoce límites a sus capacidades, por consiguiente puede caer en los excesos de poder con franca violación de los Derechos Humanos, es por lo anterior que el Debido Proceso debe ser una institución consolidada en nuestro tiempo.

Con lo anterior podemos deducir que sólo tendrán el carácter de bienes jurídicos aquellos objetos que teniendo su origen en una sociedad democrática tengan protección penal. Esta conclusión se deriva del propio carácter del derecho penal en relación con otras ramas del derecho. El derecho penal no está en condiciones en una sociedad democrática de dar una protección amplia. Puede compartir con otras ramas del derecho la protección de los mismos objetos, pero no por su carácter de *última ratio* el ámbito de protección está restringido a los ataques más graves. El bien jurídico dado el carácter de *última ratio* del derecho

³² Luigi Ferrajoli. "El Estado Constitucional de Derecho Hoy: el modelo y su divergencia de la realidad", en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez. (coords.), en *Revista Poder, Derecho y Corrupción*. Instituto Federal Electoral, ITAM y Siglo XXI Editores, México, 2003, págs. 143-160.

penal en una sociedad democrática, aparece en primer lugar como una síntesis normativa superadora de la contradicción que a nivel normativo se genera en el sistema de relaciones jurídicas entre el derecho penal, como expresión más pura de la coerción jurídica y la negación de dicha coerción que se realiza con la afirmación jurídica a nivel constitucional de los derechos y libertades del individuo.³³

Conclusión

El deber del Estado es respetar y hacer respetar los Derechos contenidos en la Carta Magna. Esto ha permitido construir un sistema de justicia penal acorde a un Estado de Derecho, en cual se respete el Debido Proceso a favor tanto del imputado como de la víctima.

Entre los Derechos y sus límites existiría una frontera infranqueable, de manera que operarían como reglas a las que en su caso sería el criterio de especialidad donde la conducta queda tutelada por un Derecho y entonces no puede ser restringida o, por el contrario, se mueve en los márgenes externos al Derecho fundamental y entonces cualquier norma legal podría imponer restricciones.

Es evidente que uno de los intereses más importantes del Estado es la seguridad de sus habitantes, la cual es una garantía que se plasma con el Debido Proceso al momento en que se administra justicia, reconociendo al imputado aquellos Derechos y garantías que por el hecho de ser persona le brinda esa protección, seguridad y rehabilitación; teniendo especial relevancia en aquellos países con una forma de gobierno Democrática para que esta institución pueda operar a plenitud.

En este punto, se debe considerar que el proceso penal es un elemento de la vida política de un país, ya que ésta institución refleja cómo se regulan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, siendo una característica que determina el nivel de desarrollo democrático de un país por medio de sus componentes autoritarios.

³³ Hernan Hormazabal Malaree. Bien jurídico y estado social y democrático de derecho. Ob. Cit., pág. 42-44

4. Bibliografía

ARISTÓTELES (2000) *Metafísica*. (Buenos Aires: Editorial Sudamericana)

BECCARIA, Cesare.(1774) *Tratado de los delitos y de las penas*.

(Madrid: Traducción al español por D. Juan Antonio de las Casas, Ed. D. Joachin Ibarra)

BUNGE, Mario. (1989) *Mente y sociedad*. (Madrid: Alianza Editorial)

DÍAZ, Elías. (1966) *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*.

(Madrid:Cuadernos para el Diálogo)

DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA. (2003) Voz: “*Derecho*”. (Madrid: Espasa Calpe)

DWORKIN, R. (1987) *Taking rights seriously*.(Londres: Peral Duckworth & Co. Ltd., 5ª Edición)

FERRAJOLI, Luigi, (2003) *El Estado Constitucional de Derecho Hoy: el modelo y su divergencia de la realidad*, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (Coords.), en *Revista Poder, Derecho y Corrupción*. (México: Instituto Federal Electoral- ITAM – Siglo XXI Editores)

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von.(1832)

Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts
(Heyer, Giessen)

GOLDSCHMIDT, James Paul. (2000) *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch)

HEGEL,Georg (1982).*Fenomenología del espíritu*. (México: Traducción al castellano por Wenceslao Roces, Fondo de Cultura Económica)

HORMAZABAL MALAREE, Hernan. (1992) *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*. (El objeto protegido por la norma penal). (Santiago de Chile: Prólogo de Francisco Muñoz Conde, Editorial Jurídica Conosur, Segunda edición)

MIR PUIG, Santiago. (1994) *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho.*

(Barcelona: Editorial Ariel S. A., 1ª edición)

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho penal.* (2001)
Colección “Maestros del Derecho Penal”, Director Gonzalo D.
Fernández, Coord. Gustavo E. Aboso, Buenos Aires: segunda
edición, Editorial IB de F, Julio Cesar Faira, (también se consultó la
Primera edición, Bosch- Casa Editorial, Barcelona, 1975)

MUÑOZ CONDE, Francisco, (1993) *Derecho Penal Parte General.*

(Valencia: Editorial Tirant lo Blanch)

RICKERT, Heinrich (1921).*System der Philosophie en Allgemeine
Grundlegung der Philosophie* (Tübingen: Mohr Siebeck, vol. 1)

ROJAS AMANDI, Víctor Manuel (2006) *Cuatro Paradigmas de la
Epistemología jurídica.*

(México: Anuario No. 36 del Departamento de Derecho de la
Universidad Iberoamericana [Enlínea]codnsultadoel15/09/2015:

www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/36/pr/pr23.pdf

TOLEDO, E. Octavio de (1981). *Sobre el concepto del Derecho penal.*

(Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense
de Madrid)

VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel. (2012) *Introducción al Derecho Penal.*
(México:Oxford)