

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA APLICACIÓN DEL PENSAMIENTO JURÍDICO PENAL EN EL CÓDIGO PENAL
GUATEMALTECO**

JUAN CARLOS SANDOVAL URIZAR

GUATEMALA, AGOSTO DE 2013

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA APLICACIÓN DEL PENSAMIENTO JURÍDICO PENAL EN EL CÓDIGO PENAL
GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JUAN CARLOS SANDOVAL URIZAR

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, agosto de 2013

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V: Br. Rocael López González
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Licda. María del Carmen Mansilla Girón
Vocal: Licda. Rosa Orellana Arévalo
Secretario: Lic. Cesar Augusto Conde Rada

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Guillermo Rolando Díaz Rivera
Vocal: Licda. Mirza Eugenia Irungaray López
Secretario: Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Licenciado Nicolas Cuxil Güitz
Abogado y Notario
Colegiado 3770

Guatemala, 11 de octubre de 2011

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Respetable Director:

Conforme al nombramiento emitido por la Unidad de Asesoría de Tesis, de fecha diecinueve de agosto del año dos mil once, procedí a asesorar el trabajo de tesis del estudiante Juan Carlos Sandoval Urizar, intitulado: **"CONSECUENCIAS E INCONSECUENCIAS SISTEMÁTICAS DE LAS CORRIENTES CONTEMPORÁNEAS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO PENAL EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO"**, después de la asesoría encomendada, me es grato manifestarle que:

- a. El trabajo de tesis contiene un análisis jurídico encaminado al estudio sistemático de las corrientes del derecho penal.
- b. La redacción que se utilizó para el desarrollo de la tesis fue la adecuada. El procedimiento para la elaboración de la misma incluyó las técnicas de fichas bibliográficas y la documental con las cuales se obtuvo la información doctrinaria relacionada con el tema investigado utilizando el material correcto.
- c. La bibliografía empleada es la correcta, siendo la introducción, conclusiones y recomendaciones relacionadas entre sí y con los capítulos de la tesis. Durante la asesoría de la misma, le sugerí al sustentante diversas correcciones al contenido, bajo el respeto de su criterio y posición ideológica; encontrándose conforme con llevar a cabo las modificaciones indicadas. Los objetivos determinaron que actualmente la aplicación del derecho penal no se ocupa de los elementos o requisitos específicos de un delito en particular, sino de los elementos o condiciones básicas y comunes a todos los delitos.
- d. De manera personal me encargué de orientar al estudiante, durante las etapas correspondientes al proceso investigativo, utilizando la metodología adecuada, la cual comprueba la hipótesis formulada que



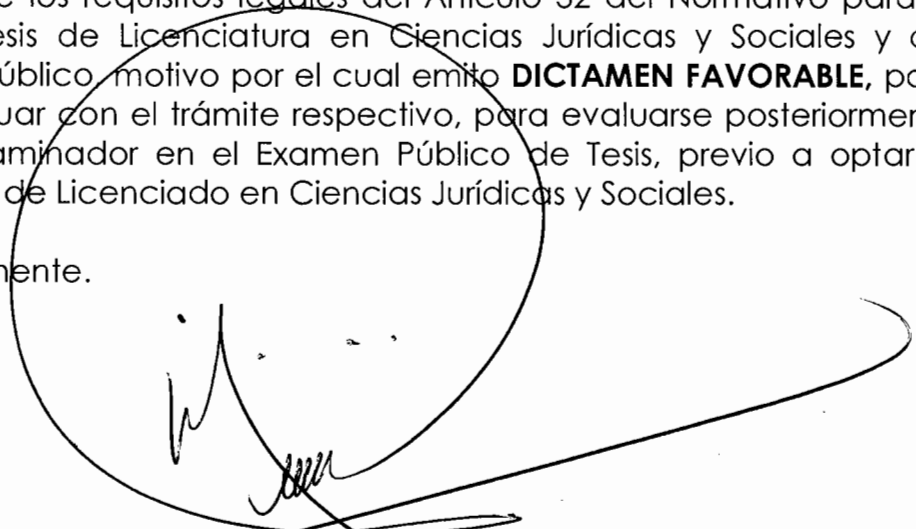
Licenciado Nicolas Cuxil Güitz
Abogado y Notario
Colegiado 3770

determinó la mala aplicabilidad del Código Penal guatemalteco en los casos concretos que se llevan en el país.

- e. Se utilizaron los siguientes métodos de investigación: analítico, con el cual se estableció la importancia del derecho penal; el sintético, dio a conocer las corrientes contemporáneas del pensamiento jurídico penal; el inductivo, señaló lo que establece el proceso penal en los casos más comunes del país y el deductivo, determinó la forma de realizar cada capítulo.
- f. La investigación denota un aporte científico en materia jurídica ya que establece la necesidad de aplicar sistemáticamente las corrientes contemporáneas del pensamiento jurídico penal en el Código Penal guatemalteco.
- g. En las conclusiones el autor, de manera particular, se refiere a la necesidad de aplicar las principales corrientes contemporáneas del pensamiento jurídico penal; en lo relativo a las recomendaciones, comparto la posición del autor en que se debe estudiar a profundidad sobre sus consecuencias e inconsecuencias sistemáticas de la legislación penal guatemalteca.

La tesis reúne los requisitos legales del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, motivo por el cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Muy atentamente.



Lic. Nicolas Cuxil Güitz
Asesor de Tesis

10^a. Calle 7-43 zona1, oficina 26. Edificio Torin.
Tel. 55037831



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, dieciocho de octubre de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **HÉCTOR ANIBAL DE LEÓN POLANCO**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **JUAN CARLOS SANDOVAL URIZAR**, Intitulado: **“CONSECUENCIAS E INCONSECUENCIAS SISTEMÁTICAS DE LAS CORRIENTES CONTEMPORÁNEAS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO PENAL EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO”**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes”.


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



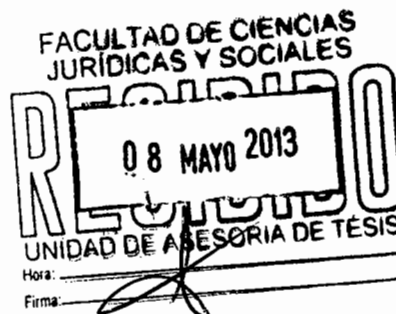
cc.Unidad de Tesis
CMCM/brsp.



LICENCIADO
HÉCTOR ANIBAL DE LEÓN POLANCO
ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, 08 de mayo de 2013

Dr. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Respetable Doctor:

Conforme al nombramiento emitido por la Unidad de Asesoría de Tesis, procedí a revisar el trabajo de tesis del estudiante **JUAN CARLOS SANDOVAL URIZAR**, intitulado: **“CONSECUENCIAS E INCONSECUENCIAS SISTEMÁTICAS DE LAS CORRIENTES CONTEMPORÁNEAS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO PENAL EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO”**, por lo que le indique al estudiante que modificara el tema de su trabajo de tesis, siendo el propuesto: **“LA APLICACIÓN DEL PENSAMIENTO JURÍDICO PENAL EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO”** después de la revisión encomendada, me es grato manifestarle que:

- a. La contribución científica del trabajo es de importancia, pues el contenido es de interés para la ciudadanía guatemalteca; siendo el trabajo un aporte significativo y realizado con esmero por parte del ponente, ya que es un tema de mucha controversia a nivel mundial.
- b. El trabajo de tesis contiene un análisis jurídico encaminado al pensamiento jurídico penal.
- c. La redacción que se utilizó para el desarrollo de la tesis fue la adecuada. El procedimiento para la elaboración de la misma incluyó las técnicas de fichas bibliográficas y la documental con las cuales se obtuvo la información doctrinaria relacionada con el tema investigado utilizando el material correcto.
- d. La bibliografía empleada es la correcta, siendo la introducción, conclusiones y recomendaciones relacionadas entre sí y con los capítulos de la tesis. Durante la revisión de la misma, le sugerí al sustentante diversas correcciones al contenido, bajo el respeto de su criterio y posición ideológica; encontrándose conforme con llevar a cabo las modificaciones indicadas. Los objetivos determinaron adecuada forma de la aplicación del pensamiento jurídico penal en el Código Penal de Guatemala.

LICENCIADO
HÉCTOR ANIBAL DE LEÓN POLANCO
ABOGADO Y NOTARIO



- e. De manera personal me encargué de orientar al estudiante, durante las etapas correspondientes al proceso investigativo, utilizando la metodología adecuada, la cual comprueba la hipótesis formulada.

La tesis reúne los requisitos legales del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, motivo por el cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Muy atentamente.

Lic. Héctor Anibal de León Polanco
Revisor de Tesis

Avenida Reforma 8-60 zona 9 oficina 601 interior, edificio Galerías Reforma
Teléfono 40251265



USAC TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 11 de julio de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JUAN CARLOS SANDOVAL URIZAR, titulado LA APLICACIÓN DEL PENSAMIENTO JURÍDICO PENAL EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CMCM/iyr.

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Gracias padre por las innumerables bendiciones en mi vida diaria, la sabiduría para alcanzar mis metas y por regalarme otra oportunidad de vida.
- A MIS PADRES:** María Teresa Urizar Cabrera de Sandoval y Manuel Arturo Sandoval Portillo, infinitas gracias, porque todo lo que soy se los debo a ustedes y por su ejemplo he logrado alcanzar una meta más.
- A MI PAREJA:** Liliana Jeanneth Mejía Alonzo, por su apoyo, comprensión y amor en todo lo que he realizado y por darme el mejor regalo de mi vida.
- A MI HIJA:** Lourdes Sofía del Pilar, mi motorcito, mayor tesoro y quien le da sentido a mi vida.
- A MIS HERMANOS:** María Isabel, Manuel José y Peter Arturo Sandoval Urizar, por el cariño y su apoyo incondicional.
- A MIS CUÑADOS:** Julián Arévalo, Claudia López, Marlyn Sarceño y Myrna Mejía, por el cariño y por formar parte de mi vida.
- A MIS SOBRINOS:** Cristian, Gabriela, Julián, Marta Isabel, Marta María, Mariela, Luís Manuel y José Andrés, por darle alegría a mi vida.
- A MI CASA DE ESTUDIOS:** Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haberme dado los conocimientos necesarios para mi preparación profesional.
- A USTED:** Con mucho cariño



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Derecho penal.....	1
1.1. Características del derecho.....	4
1.2. El derecho como forma de organización y como sistema normativo.....	6
1.3. Función.....	9
1.4. Definición.....	17
1.5. Características.....	19
1.6. Finalidad.....	21
1.7. Relación del derecho penal con otras ciencias.....	22
CAPÍTULO II	
2. Derecho penal del enemigo.....	25
2.1. Origen.....	26
2.2. Concepto.....	31
2.3. Función del derecho penal del enemigo.....	32
CAPÍTULO III	
3. El fenómeno jurídico.....	35
3.1. La perspectiva histórica.....	35



	Pág.
3.2. Interpretación del derecho.....	41
3.3. Diferencias y coincidencias del derecho con otros órdenes normativos desde una dimensión histórica.....	51
3.4. Derecho y moral.....	51
3.5. Derecho y política.....	75
CAPÍTULO IV	
4. Corrientes del pensamiento jurídico penal.....	79
4.1. Escuela clásica.....	80
4.2. Escuela positiva.....	81
4.3. Escuela ecléctica.....	82
4.4. Escuela dogmática.....	82
4.5. Escuela finalista.....	83
4.6. Escuela dogmática jurídica contemporánea o nueva política criminal...	84
4.7. Escuela abolicionista del derecho penal.....	84
4.8. La crisis del pensamiento resocializador.....	85
CONCLUSIONES.....	87
RECOMENDACIONES.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	91



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación trata la importancia que tiene la institución del referendo revocatorio como un instrumento con el que cuentan los ciudadanos para destituir de un cargo público a un funcionario, quien ha sido ineficiente en el ejercicio de sus funciones, por lo que la población acude a elecciones populares para decidir su destitución, así también, podrían decidir otras cuestiones de interés para el bienestar de la nación.

En el objetivo general de este estudio se analizó las probabilidades, ventajas y desventajas que se tienen al llevar a cabo una reforma constitucional para la implementación del referendo revocatorio. Como objetivo particular se pretende que la población a través del referendo revocatorio pueda mostrar sus inconformidades para el mejoramiento del país, destituir a funcionarios públicos que no estén cumpliendo a cabalidad con sus funciones y en general formar parte en la toma de decisiones y así cumplir con el objetivo principal del Estado que es la realización del bien común.

En concreto, este estudio está contenido en cuatro capítulos: el primero, trata de la democracia como un sistema político de gobierno que permite la participación de todos los ciudadanos, respetando los principios generales de igualdad y libertad; el segundo se enfoca en la institucionalidad, que involucra a todos los organismos del Estado para formar una estructura bien definida y organizada; el tercero trata del referendo revocatorio, sus orígenes, definición e instituciones importantes; y el cuarto capítulo se hace un análisis del referendo revocatorio en Guatemala, su implementación en el



ordenamiento jurídico a través de una reforma a la Constitución Política de la República de Guatemala.

Para realizar este trabajo se empleó el método analítico, el método inductivo y el método deductivo; las técnicas documentales, de observación e investigación de campo, además se realizaron entrevistas a profesionales del derecho y maestros y doctores especializados en derecho constitucional.

Sirva para los estudiantes del derecho esta investigación, ya que en esta se determina la importancia que tiene la participación ciudadana en la toma de decisiones del país, ya que con la implementación del referendo revocatorio, el pueblo de Guatemala podría hacer valer sus opiniones respecto a cualquier controversia que acontezca y si fuese el caso, destituir a un funcionario público que no esté cumpliendo con sus atribuciones.



CAPÍTULO I

1. Derecho penal

El derecho penal en Guatemala es un elemento de suma importancia ya que abarca tres aspectos que son el delito, delincuente y la pena; y debido a esta concepción se necesita de una persona que cometa un delito que tendrá una pena; dentro de esta gama de ideas, existe una serie de etapas donde intervienen instituciones del organismo judicial como fiscales y jueces dentro del proceso penal.

El derecho penal es un instrumento de control social. Este derecho es una rama del ordenamiento jurídico puesto que tiene todas las características de tal. A esos hechos se les asocian consecuencias jurídicas a través de una ley que es el Código Penal. Por lo tanto se puede decir que el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que definen determinadas conductas con delito y disponen la imposición de penas o medidas de seguridad a quienes lo cometen.

El derecho penal surge a través de dos escuelas históricamente tratadas como es el caso de la escuela clásica y la escuela positiva. Siendo la primera, la que sigue la ley penal de los presentes días y manifiesta que el hombre es libre de discriminar entre el bien y el mal, el hombre tiene por consiguiente una voluntad propia libre de actuación. Esta escuela considera el delito como toda conducta que se opone a la ley en donde el



delincuente tiene un actuar que es contrario a su libertad ya que este hace un mal uso de esta.

La pena se aconseja como medio de restauración del bien jurídico perturbado a su vez el castigo, por su actuar no es arbitrario sino que se considera proporcionado al delito. Esta escuela antes señalada es la que hoy sirve de fundamento y base para la actual ley penal.

La escuela positiva, según esta escuela el hombre no tiene voluntad sino que este actuar depende de una responsabilidad social. El delito no quebranta el orden jurídico sino que el delito se considera como un simple hecho.

El delincuente efectúa el hecho de carácter dañino no importando circunstancias en donde la pena no es castigo sino que una compensación del mal.

En Guatemala el derecho penal se señala que tiene su inicio en la época indígena a pesar que no puede hablarse de un derecho penal indígena por la falta de organización toda vez que se adolecía de un estado legalmente constituido.

Durante la época colonial tuvieron vigencia leyes españolas especiales como fue el caso del fuero juzgo una vez producida la emancipación y el nacimiento de gobiernos independientes se declararon diversas leyes de carácter penal como por ejemplo leyes de procedimiento, leyes que sancionaban el robo, el hurto y los azotes.

El derecho penal se utiliza para resolver conflictos sociales, y para ello existen muchos medios como por ejemplo la mediación, a través de instancias diferentes a la administración de justicia, que es utilizado en unas de las fases del proceso penal, cuando el delito cometido lo amerite. Esto supone que existen medios de control social formalizados o no.

La palabra derecho proviene del término latino *directum*, que significa lo que está conforme a la regla. El derecho se inspira en postulados de justicia y constituyó 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 y carácter, dicho de otra forma el derecho es un conjunto de normas que permiten resolver conflictos en el seno de una sociedad.

“El derecho penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que comprende las normas de acuerdo con las cuales el estado prohíbe o impone determinadas acciones estableciendo penas para el caso de la contravención de dichas normas”.¹

En esta definición establece que el derecho penal determina la prohibición de ciertos actos donde se le denominan tipos penales que se encuentran enmarcados en el Código Penal, donde cada uno tiene una pena, sanción o medida que castiga a la persona a quien se le denominará.

¹ Carranca, Francesco. **Derecho penal**, Pág. 70.

“Dentro del derecho penal se puede establecer que la pena es la sanción que las leyes penales le imponen a una persona por el hecho de intervenir en un delito. Por consiguiente la pena o sanción consiste en la pérdida o disminución de derechos personales que la ley le impone a una persona llamada delincuente como consecuencia de determinados hechos”.²

La definición anteriormente descrita, determina las consecuencias que producen las penas o sanciones que les causan a las personas que infringen la ley.

1.1. Características del derecho

Una vez establecidas las pautas históricas que han definido el derecho, es necesario subrayar cuáles son los caracteres que especifican al derecho como orden normativo. Fundamentalmente, porque son esos mismos los criterios que facilitan también la distinción del ámbito jurídico respecto de los demás contextos normativos.

Es cierto que a veces resulta difícil establecer la línea divisoria entre el derecho, la política y la moral. Pero si en el orden teórico hay unos elementos mínimos de diferenciación, puede resultar mucho más fácil la praxis.

El derecho, regula la conducta humana, y eso implica la consideración del sujeto en cuanto que miembro del grupo. Lo que significa que el derecho requiera de la relación.

² Beccara, César. **De los delitos y de las penas**, Pág. 148.



Al mismo tiempo, garantiza bienes que son propiamente humanos, y en ese sentido respeta a la persona, pero en un fuero diferente al de la norma moral.

Por otra parte, las normas jurídicas son aprobadas como consecuencia de decisiones de naturaleza política, lo que quiere decir que hay que diferenciar el tipo de vinculación y, por tanto, de obligatoriedad de un orden y otro.

En sólo una aproximación genérica, se presenta como obvia la necesidad de establecer unas pautas que definan al derecho, por referencia a la realidad en la que se vive, y sin olvidar el marco de los demás órdenes normativos.

Por ello, en este tema, intentaremos señalar cuáles son los elementos que especifican de un modo taxativo el ámbito de lo jurídico. Para ello, se tiene en cuenta las referencias de carácter histórico, y los saberes jurídicos. Y al mismo tiempo, esas bases de definición de lo jurídico permitirán señalar las diferencias respecto a lo político, lo económico o lo cultural.

Lo que está claro es que resulta difícil definir la realidad jurídica de un modo autónomo y distinto de los demás ámbitos normativos. Lo que sí existe es la realidad humana, que en su pluralidad, requiere unas normas para contar con las respectivas garantías, y también necesita unos límites.

La cuestión está en delimitar qué papel tiene el derecho en ese contexto, y sobre todo qué perfila a la norma de conducta como norma jurídica.

1.2. El derecho como forma de organización y como sistema normativo

De acuerdo con todos los argumentos, parece obvio que el derecho se presenta como un conjunto de normas, que respetando la realidad de la condición humana, establece las pautas de conducta dentro del grupo social.

Por ello, puede afirmarse que el derecho es una técnica de organización de la sociedad. Pero también es cierto que no es solamente esto.

Según la conducta que se trate de regular, el tipo de norma a elaborar y aplicar es diferente. Es decir, que esta técnica que organiza la sociedad exige también una sistemática para ordenar su propio funcionamiento.

Precisamente esa sistemática u ordenación es lo que dota a determinadas conductas de una fuerza normativa que les diferencia de los usos sociales.

Los usos sociales serían el conjunto de reglas de comportamiento generalmente admitidas dentro de un grupo social, y que implican muchas connotaciones en el ámbito de la conducta del grupo. Incluso dentro de los usos sociales suele diferenciarse entre los usos no normativos y los normativos.



Estos últimos se presentan con un carácter vinculante y obligatorio, de modo que existe en el grupo un aparato de presión para fomentar el cumplimiento de esos hábitos. Y de hecho, el incumplimiento lleva consigo el rechazo por parte del grupo.

Dentro de este tipo de usos se incluirían no sólo las reglas del trato social, sino también algunas normas de lo que se ha denominado moral social.

Efectivamente, la nota de la obligatoriedad y de la fuerza imperativa son comunes al derecho, pero no por ello pueden identificarse plenamente. Quizá el elemento esencial para diferenciar derecho y usos sociales es el mecanismo de sanciones, que en el ámbito jurídico están perfectamente institucionalizadas, a diferencia del caso de los usos.

El incumplimiento de un uso social puede llevar consigo el rechazo por parte del grupo, pero no dispone de unos tribunales específicos para clasificar esa conducta que se opone al uso social. Sin embargo, el derecho cuenta con un despliegue de medios para exigir no sólo para fomentar el cumplimiento de la norma jurídica.

Ya se ve entonces que el carácter normativo del derecho se presenta con unas peculiaridades propias, que permiten calificarlo propiamente como sistema normativo.

En este sentido, el derecho podría decirse que es un conjunto de normas que regulan la conducta de la sociedad, y que disponen de un sistema de garantías para asegurar el

respeto a la condición humana, concretada en las personas que constituyen ese grupo social.

Sin embargo, también es cierto que esta consideración del derecho requiere tener en cuenta una distinción: una cosa es el proceso de elaboración genérica del derecho, o la consideración de la función que se le pueda atribuir. Y un problema bastante más concreto es el de establecer las pautas de lo jurídico cuando se sitúa ante una norma concreta.

En estos casos de individuación hay que plantearse nuevamente la triple dimensión que lleva consigo:

- El derecho es un fenómeno histórico-cultural y consecuentemente propio de un lugar y un momento histórico determinado. En cuanto hecho social, el derecho recoge las necesidades concretas del grupo, a las que hay que dar una forma técnica, o si se quiere jurídica, para que efectivamente respondan a las exigencias del grupo.
- El derecho requiere, por tanto, una forma jurídica concreta que es lo que otorga a la mera orientación o criterio de conducta, el resello de la obligatoriedad jurídica, y, por tanto, la posibilidad de exigir su cumplimiento. Esto significa que el derecho requiere para la individuación, de un proceso de elaboración jurídica, que remite a la validez de las normas.

- El derecho se concreta en una forma jurídica determinada, pero esto no significa que todo el derecho se agota en la experiencia de la positivación o formulación del derecho. En más de una ocasión se ha señalado que es necesaria la referencia al contenido y, por tanto, al análisis de la adecuación entre la regulación de la conducta y el respeto a la condición humana.

Es importante recordar ahora que la técnica jurídica o en su caso el adecuado sistema normativo requiere de esta triple dimensión para ser eficaz. Obviamente, si no se respeta el proceso formal, o si se prescinde de la referencia a la justicia, o si la norma carece de conexión con la realidad de hecho que hay en ese grupo social, pierde su sentido propio, y, por tanto, más que regular, fomenta el incumplimiento.

Estas dimensiones de desarrollo del derecho implican una mayor concreción de los elementos que los especifican y, por tanto, sirven para diferenciar el orden jurídico respecto a los demás órdenes normativos.

1.3. Función

El derecho penal tiene que hacer dos funciones. Ambas están unidas, pues la protección presupone la motivación y sólo dentro de los límites en los que la motivación puede evitar determinados resultados, puede también lograrse la protección de los bienes jurídicos de Guatemala.

Los intereses del derecho penal son proteger los bienes jurídicos. Para eso es importante que se establezca que se puede tutelar y eso se encuentra tipificado en el Código Penal, donde se determina cuales son valiosos.

“Por ejemplo, la vida humana independiente es un bien jurídico tutelado y las agresiones a la vida humana tienen que estar sancionadas con una pena. Ahora bien, hay que analizar todos los intereses susceptibles de tutela pero hay que definir lo que es un bien jurídico ya que no se puede identificarlo con los parámetros éticos-religiosos”.³

De acuerdo a la base de socializar y rehabilitar al delincuente y menor infractor, se desprende la norma de aplicar el derecho penal como último recurso para resolver conflictos sociales.

“El criterio defendido de recurrir al contenido del texto constitucional para delimitar qué intereses sociales pueden ser tutelados como bienes jurídicos, constituye una vía válida pero susceptible pues de ser desarrollada. Varias son las razones que llevan a ello pero no basta con una mera consideración formal de la relación bien jurídico-texto constitucional, sino que ha de efectuarse en base a una consideración material de los principios en ella contenidos. De esta manera, el conjunto de principios constitucionales

³ Ibid.

conforma el marco de referencia al cual el legislador debe ceñirse para la selección y protección de bienes jurídicos”.⁴

De acuerdo a la función del derecho penal, es de resaltar que es el cuidado y resguardo de los bienes jurídicos. En primer lugar lo que existe en un Estado de derecho lo más importante es el sujeto.

El bien jurídico tutelado desempeña un papel decisivo en el desarrollo de la labor de interpretación. También los cambios que pueden experimentar el contenido de un determinado bien jurídico tiene consecuencias sobre las conductas comprendidas en una determinada figura delictiva sin que se produzca un cambio en la descripción del legislador.

Uno de los fines del derecho penal es la protección del individuo, pero el interés que se protege es un titular que no siempre será el individuo ya que también puede ser el conjunto de la sociedad.

“Las normas penales desarrollan una función motivadora que está indisolublemente unida a la función de tutela de bienes jurídicos, al constituir el medio para alcanzarla y hacer efectiva la tutela del sistema social. Mediante dichas normas se pretende incidir

⁴ **Ibid.**



sobre los miembros de una comunidad para que se abstengan de realizar comportamientos que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos tutelados”.⁵

El derecho penal en muchas ocasiones esta catalogado como una amenaza a los sujetos para que eviten la comisión de los delitos, o sea, que con esta concepción se establece que el sujeto no cometa el delito. Normalmente los delitos existirán siempre, pero la función del derecho penal es evitar la comisión del mayor número de delitos a través de una amenaza y la amenaza es la ejecución de la pena o condena que pueda recaer sobre el sujeto.

El Código Penal, cumple una función de motivación en contra de las lesiones o bienes jurídicos. Por ejemplo, el Artículo 123, indica que: “Comete homicidio quien diere muerte a alguna persona.

Al homicida se le impondrá una prisión de 15 a 40 años.

Homicidio cometido en estado de emoción violenta”.

Norma que cuida el bien la vida humana independiente dando una advertencia de amenaza indicando que el que realizará un acto de esa índole recibirá una condena de prisión por años.

⁵ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**, Pág. 258.

Uno de los fines del derecho penal es el control social y el elemento que incide sobre la evolución del sistema social.

La Constitución Política de la República de Guatemala enmarca la imposición de los poderes públicos de búsqueda de un orden social distinto al que en este momento impera en la sociedad puede ser satisfecho a través de la función de motivación en cuanto ésta supone la incorporación de valores que aún no han sido interiorizados a las directrices de comportamiento de la comunidad.

Pero después de todo lo expuesto es importante precisar que los fines del derecho penal son:

a. Evitar delitos

Tiene que buscar pautas legislativas, políticas, económicas, etcétera. Si el Estado no interviene se llegaría a la guerra de todos contra todos. El problema es cuál es el límite para evitar delitos.

Hay mecanismos muy eficaces como por ejemplo la tortura, pero esto ya es incompatible con un Estado de derecho, es más, en el Estado de derecho se puede estar convencido de que esa persona es autor de un delito, pero si no existe prueba tiene que ir a la cárcel. Hay tensión entre eficacia, Estado y el ciudadano que tiene que exigir garantía social.

b. Dar garantías a los ciudadanos

En Guatemala es importante determinar que existe un marco legal que cada ciudadano y extranjero que viva en el país debe de respetar, debido a ese orden legislativo que cada uno de los ciudadanos tienen, es importante determinar que el Estado debe cumplir a la población un orden y control de seguridad, situación que desde hace mucho tiempo no se ha dado debido a la mala organización y división de poderes, que existen y que pueden mejorar.

Es fundamental respetar el marco garantista, ya que cuanto más eficacia menos garantía y viceversa. Encontrar el término medio de eficacia y garantía es una función fundamental del derecho penal. Existe un enorme marco de garantías detrás del derecho penal. Por eso, ante la más mínima duda hay que dejar en libertad al acusado, como sería de aplicación del derecho de defensa.

La función del derecho penal, debe de ser preventiva del delito no sancionadora, que actualmente existe y ha permanecido por muchos años el castigo del delincuente. Situación que no lleva a la rehabilitación del sindicado.

El derecho penal realiza su misión de protección de la sociedad, castigando las infracciones ya cometidas, por lo que es de naturaleza represiva. En segundo lugar, cumple esa misma misión por medio de la prevención de infracciones de posible comisión futura, por lo que posee naturaleza preventiva.

Ambas funciones del derecho penal no son contradictorias, sino que deben concebirse como una unidad.

El derecho penal tiene una función represiva, en tanto interviene para reprimir o sancionar el delito ya cometido. Pero esta función represiva siempre va acompañada de una función preventiva, pues con el castigo del delito se pretende impedir también que en el futuro se cometa por otros o por el mismo delincuente.

“La función del derecho penal consiste en la protección de los bienes jurídicos. Se trata de la prevención de la lesión de bienes jurídicos. Por lo tanto:

- a. En primer lugar debe tenerse en cuenta solo aquellas acciones que representan por lo menos un peligro objetivo de lesión de bienes jurídicos.
- b. En segundo lugar la protección de bienes puede comenzar donde se manifiesta una acción disvaliosa, aunque el bien jurídico no haya corrido un peligro correcto. En este caso dependería de la dirección de la voluntad del autor”.⁶

El apareamiento del derecho penal es a raíz de una serie de actos antisociales que se ve día a día que realiza una parte de la sociedad, la cual es llamada delincuencia, que a su vez puede ser delincuencia individual o delincuencia organizada, que son los dos tipos que se manejan en el país.

⁶ Gómez de Llano, Fernando. **Derecho penal**, Pág. 93.

Debido a que en Guatemala, el exceso de delincuencia genera un malestar e inseguridad en la sociedad, aunque son reprochadas estas acciones por la misma y también el Estado, cada vez se muestra más fuerte y parece de nunca acabar.

La importancia del derecho penal no es la pena que se les impone a los delincuentes si no el tipo de rehabilitación que pueden tener dentro del centro donde cumplan la condena; para que cuando salga de prisión pueda incorporarse a la sociedad sin ánimos de cometer más delitos.

Este tema es de suma importancia dentro del derecho penal del menor infractor debido a que a pesar que son menores de edad los que cometen delitos, es importante remarcar que no tienen ningún tipo de rehabilitación y mucho menos determinar el origen del motivo que los impulsa a delinquir, razón por la cual los menores infractores salen de la prisión a realizar nuevos actos delictivos.

Existen dos teorías de la función del derecho penal, donde se puede establecer:

1. Los infractores sean capacitados con oficios dentro de la prisión, donde se les inculque algún tipo de cultura ética, religiosa, educación y sobre todo hacerles ver lo valioso que pueden llegar hacer en la sociedad. Tomando la corriente de un derecho penal rehabilitador.

2. Que a los menores infractores se les trate con actos inhumanos, sean castigados, golpeados y que pasen ciertas necesidades dentro del preventivo, para que no tengan ganas de volver a regresar. Tomando la corriente de un derecho penal sancionador. Es así que surge el derecho penal del enemigo, donde se intentan restringir las garantías de defensa de aquellos sujetos que cometen hechos ilícitos que atentar gravemente la seguridad de la sociedad.

Dentro de esta línea se puede establecer que existen varias teorías, donde se explica que para que exista menos delincuencia deben aplicarse penas drásticas.

1.4. Definición

“El derecho penal es una rama del derecho en general, utilizada para controlar y planear la vida en común y para la preservación de la tranquilidad jurídica que el hombre necesita para realizarse”.⁷

Definición que establece que todo país, debe tener reglas que cumplan con el bien común de las personas.

“Derecho penal es un conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto

⁷ Welzel, Hans. **Derecho penal**, Pág. 16.

activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora”.⁸

El derecho penal determina el poder de sancionar y castigar a las personas que hayan cometido delitos en contra del patrimonio de otros, contra la humanidad o en si actos que vayan encaminados a delitos.

“La ciencia que estudia el conjunto de normas jurídicas que definen determinadas conductas como infracciones o sea delitos o faltas y dispone la aplicación de sanciones o penas y medidas de seguridad a quienes lo cometen”.⁹

Definición que establece que el derecho penal únicamente se encarga de imponer sanciones, penas o bien medidas de seguridad, depende del caso, de acuerdo al hecho o acto que hayan realizado.

El derecho penal aparece como el medio de control más drástico, al cual se debe recurrir en última instancia cuando todos los demás medios de solucionar el problema han fracasado (ultima ratio).

Esta definición dejó de aplicarse hace muchos años debido al crecimiento desmedido de la inseguridad en Guatemala, no se puede dejar de denunciar los hechos o actos

⁸ **Ibid**, Pág. 17

⁹ **Ibid**.

delictivos que cometan los delincuentes, debido a esa tipo de actitudes se a acrecentado la delincuencia.

El derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o medida de seguridad.

1.5. Características

Todo derecho esta identificado por características, las del derecho penal se encuentran:

- a. Es público. Por lo consiguiente sus normas nacen en forma exclusiva a través del estado ya que este es el único ente que puede dictar normas que establezcan delitos e impongan penas, será a través de esta vía que el estado manifieste su soberanía en forma práctica.

Como rama del derecho público esta protege a todas las personas sin distinción a diferencia de las de índole privada que apañen sólo a las partes que intervienen, por ejemplo en el contrato de arrendamiento.

Debido a que el derecho penal persigue delitos que son de carácter público, la función del Ministerio Público es puramente perseguir de oficio o a requerimiento de parte la comisión de un delito.

- b. Imperativo. Lo que significa que la ley penal siempre manda o prohíbe por lo que implica el deber ser del derecho.

Existen un sin número de leyes que prohíbe determinados actos, que vayan encaminados al deterioro del bien jurídico del Estado como el de los particulares.

- c. Regula la conducta humana. Lo que significa que el derecho penal nunca va a sancionar el pensamiento.

Debido a que existe una serie de normativas que prohíben delitos, a partir de ahí el motivo principal es evitar que los ciudadanos realicen o cometan delitos.

- d. Es finalista. Esto quiere decir que busca una sanción por la actitud realizada.

La finalidad del derecho penal es evitar el delito y la continuidad del mismo.

- e. Es aflictivo. Porque tiene una finalidad de sancionar la trasgresión del derecho.

La actividad delictiva para cualquier ciudadano es deplorable, debido a que siempre es perseguido con una pena, sanción o medida de seguridad que atenta con la libertad.

- f. Es personal: debido a que persigue al culpable y cómplice del que haya cometido el hecho delictivo.



El derecho penal protege bienes jurídicos como la vida, la propiedad y la libertad. La ley penal esta formulada para el caso hipotético de que se produzca un hecho cuya finalidad constituye un aspecto sancionatorio. La ley reviste una forma de orden que conlleva a materializar el ordenamiento jurídico toda vez que protege un bien determinado que comprende todo aquello que puede satisfacer una necesidad humana ya sea de carácter material, individual o social, este bien se transforma en jurídico cuando el interés de su titular es reconocido como social o moralmente valioso por el legislador de tal forma le brinda su protección a través de la prohibición de conductas que lo lesionan.

La ley penal tiene un carácter retributivo, es decir, comprende la vinculación de la pena con el delito y un carácter preventivo que vincula los posibles hechos delictivos futuros.

La pena debe ser considerada justa, para algunos autores la pena es poco social y para otros señalan que la pena es importante porque tiene un carácter retributivo educativo y que logra impedir que el delincuente vuelva a cometer otro delito.

1.6. Finalidad

La finalidad del derecho penal es la protección de bienes jurídicos a través de la sanción de las acciones humanas consideradas por el legislador como delitos y de esa manera, procurar una ordenada convivencia social.

De esta afirmación surge que con el derecho penal se pretende proteger aquellos interés que la sociedad considera relevantes de acuerdo a su idiosincrasia; vida, libertad, propiedad, orden y seguridad pública, el normal y transparente desenvolvimiento de la administración pública, etc., a través de la represión, o sea, del castigo al infractor.

La finalidad del derecho penal no es únicamente la sanción, sino también la protección bajo amenaza de sanción de los bienes jurídicos, que tienen como fundamento normal morales. No obstante, la ley penal no puede ser una protección absoluta de la moral.

La defensa del orden social se debe llevar acabo a través de la prevención y posterior represión del delito. En este punto existen dos corrientes, al menos para entender aquello que llamamos delito. La primera, todo aquello que atente contra el orden social, la segunda, todo aquello que vaya contra la ética.

1.7. Relación del derecho penal con otras ciencias

Debido a todos los elementos que abarca el derecho penal, se debe de establecer que esta importante rama se relaciona con otras ciencias, debido a la posible comisión de delitos.

Se había establecido que el derecho penal consistía en determinar si era la rama del derecho de carácter sancionador de los preceptos de las demás ramas del derecho, o

si, por el contrario, creaba sus propios preceptos y sólo de éstos dependía en su aplicación.

“El derecho penal es la fortaleza y los cañones de los demás derechos. Esto significa que el derecho penal lo que hace es tomar de las otras ramas del derecho jurídico supuestos y los sanciona con una pena”.¹⁰

Esto quiere decir que en algunos de los delitos que están tipificados en el Código Penal se van a encontrar tutelados por otro derecho.

En relación a la función que el derecho penal desarrolla a través de sus sanciones ha de afirmarse su carácter subsidiario o secundario. Este rasgo aparece como directa consecuencia de la función que cumple la pena en el marco de la totalidad de la política social del Estado.

Por lo tanto esto debería implicar que el derecho penal esté subordinado a la insuficiencia de los otros medios menos gravosos para el individuo de que dispone el Estado, medios que son más complejos y eficaces cuanto mayor es la intervención del Estado en la sociedad. Por ello, la subsidiariedad es una exigencia político- criminal que debe ser afrontada por el legislador. En este sentido, es difícil pensar en un bien jurídico que sólo sea defendible por el derecho penal.

¹⁰ Mir Puig, Santiago. **Tratado de derecho penal**, Pág. 79.



Esta posición estima el carácter autónomo e independiente de los medios de sanción del derecho penal, la pena y la medida de seguridad son peculiares por la gravedad de sus consecuencias frente a las sanciones que utilizan otras ramas del ordenamiento jurídico. La problemática se plantea sobre el carácter autónomo o secundario del presupuesto de la sanción, o sea, el delito.

El delito es por una parte autónomo y por otra subsidiario. Es subsidiario en cuanto ha de presuponer la insuficiencia de otros medios para evitar las conductas por él prohibidas, el problema es si de este hecho hay que deducir el contenido concreto de lo prohibido le venga dado al derecho penal por otras ramas del ordenamiento jurídico, por aquello que es injusto en otros ámbitos del mismo. La cuestión ha de ser llevada al plano de la técnica empleada por el legislador.



CAPÍTULO II

2. Derecho penal del enemigo

Es un capítulo que abarca lo que en algunas corrientes mencionan que debe de aplicarse al derecho penal guatemalteco, debido al alto grado de violencia y el desmedido aumento de delincuencia que se vive en el país.

De acuerdo a los objetivos de la Constitución Política de la Republica de Guatemala, se debe de establecer que el derecho penal del enemigo es un derecho reprimido que se basa en la tortura y la negación de poder perdonar.

Un señalamiento del derecho penal del enemigo es la forma de reprimir los derechos de los detenidos o de los posibles delincuentes, no dejar ninguna alternativa para que el posible sospechoso pueda probar su inocencia.

Por muchos años ha existido la concepción de que si el derecho penal fuera mas severo el crimen se erradicaría debido a que los delincuentes tuvieran medio de cometer el hecho advertidos de lo que le puede suceder.

El derecho penal del enemigo establece ideas de que el delincuente que cometa actos delictivos o bien perversos a la sociedad, ya no tienen forma de resarcirlos, debido a

que si mata no revivirá a su muerto o lesiona gravemente a una persona nunca se repondrá, situaciones como esas establece el derecho penal del enemigo.

Existen frases que son muy utilizadas en el tipo penal de parricidio, debido a que es un tipo penal que se describe el homicidio de los parientes consanguíneos, o sea padres o hijos, situación que se determina la muerte de los familiares más cercanos. En este tipo de delitos se escuchan frases de que si se pudo realizar a los familiares que no mas pueden hacer a los ciudadanos.

En el derecho penal del enemigo aplicado a los menores infractores, es a un mas severo, debido a que se establece que ese tipo de conductas delictivas las puede ir perfeccionando con el tiempo.

2.1. Origen

“Como es de conocimiento el derecho penal del enemigo es introducido por Jakobs en la década de los ochenta, pero no es como algunos equivocadamente señalan a Jakobs como el precursor de esta tendencia, sino como afirma Román que fueron otros, y mucho antes, los precursores filosóficos de esta argumentación que postula que la relación con un enemigo no se determina por el derecho sino mediante la coacción. Así de ejemplo se tiene a Rosseau y Fichte. Para el primero cualquier delincuente o malhechor que ataque el derecho social deja de ser miembro del Estado; en estos casos, la pena contra ese malhechor supone que se halla en guerra contra el Estado.

De manera similar Fichte sostiene que quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos”.¹¹

Teniendo los orígenes del derecho penal del enemigo, se puede establecer que de alguna u otra manera se dio por la forma de cómo los delincuentes cometían los hechos delictivos más horribles, como violaciones a niños, torturas, someter a víctimas a suplicios crueles.

Tanto que tipos penales como el parricidio que se encuentra descrito en el Código Penal, en el Artículo 131, el que indica que: “Quien conociendo el vínculo, matare cualquier ascendiente o descendiente, a su cónyuge o a la persona con quien hace vida marital, será castigado como parricida con prisión de 25 a 50 años. Se le impondrá pena de muerte, en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho, matare a la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor y particular peligrosidad en el agente.

A quienes no se les aplique la pena de muerte por este delito, no podrá concedérseles rebaja de pena por ninguna causa”.

¹¹ Ibid.

El Artículo anteriormente descrito, establece matar al ascendiente o descendiente, establece padres o hijos, es notorio que se enmarca con un ser querido, alguien por quien vivir y compartir, y así tienen la motivación para matar a ese ser querido.

Al colocar el ejemplo del parricidio, es un repudio para la sociedad guatemalteca, es un tipo penal sumamente criticado por la forma de matar a un ser cercano, razón por la cual muchos indican que una persona que ha matado a un ser al cual se debe de querer y cuidar que no hará con la gente particular.

El derecho penal del enemigo no cree en la que el delincuente se pueda resocializar, esta obligadamente condenado a que tenga el mismo nivel de crueldad con el sindicado cometió el hecho.

Las críticas del derecho penal enemigo no son malas al entablar el por que no es recomendable que un asesino, violador, un ladrón, etc., salga en libertad por la posibilidad de que el sujeto vuelva a cometer los mismo hechos criminales, es una hipótesis muy acertada no hay una razón para creer que los privados de libertad, condenados por ese tipo de actos no salgan a cometer crímenes peores, pero también es indispensable que el pensar que al privarlos de libertad no quieran volver a regresar al mismo hecho de volverlos a condenar,

“Frente a estas radical postura, de la cual Jakobs discrepa por su generalidad, ya que éste considera que en principio, un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del

derecho también al criminal, y ellos por una doble razón: por un lado, el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su estatus como persona, como ciudadano. Por otro lado, el delincuente tiene el deber de proceder a la reparación de daño que ha ocasionado con su acción delictuosa, el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho".¹²

El derecho penal del enemigo establece en todos sus campos al delincuente como un adversario que no tiene remedio que es incapaz de cambiar su conducta delictiva, en sí que es un ser que solo esta creado para delinquir y nunca va cambiar y erradicar su conducta al delito.

Debido a que al trabajo de investigación habla sobre los menores infractores, el derecho penal del enemigo se enmarca sobre la idea errónea que el joven que comete delito es mas difícil que cambie ese tipo de conductas; debido a que se esta formando delincuente.

Para poder comprender mejor este capítulo es necesario que se desarrolle el concepto de enemigo.

"Enemigo no es pues cualquier competidor o adversario. Tampoco es el adversario privado al que se detesta por cuestión de sentimientos o antipatía. Enemigo es solo un

¹² Ibid.

conjunto de hombres que siquiera eventualmente, esto es, de acuerdo con una posibilidad real, se opone combativamente a otro conjunto análogo. Solo es enemigo el enemigo público, pues todo cuanto hace referencia a un conjunto total de personas, o en términos más precisos a un pueblo entero, adquiere de ipso carácter público”.¹³

Definición que se puede traducir a que toda persona que atente contra la vida, integridad de la persona o patrimonio personal como del Estado es enemigo es un acto reprochable por la sociedad.

El mal desarrollo del derecho penal del enemigo dentro la sociedad, debilita el sistema de justicia debido a que los ciudadanos no creen en la justicia, ni mucho menos en la aplicación de penas o sanciones.

En el derecho penal del enemigo es imposible creer en la rehabilitación del delincuente, donde se etiqueta como una persona sin beneficio a la sociedad.

El enemigo es una figura que ha persistido por todos los tiempos de la historia y que se encuentra vigente en la historia, y se puede establecer que es enemigo aquel que no comporta los mismos intereses, o bien mire el mal.

¹³ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**, Pág. 69.

2.2. Concepto

“El derecho penal del enemigo es una tendencia distinta y/o contrapuesta al derecho penal ordinario, garantista, liberal, de la persona o del ciudadano; ya que no considera al ciudadano delincuente como tal, si no como enemigo no ciudadano, es decir, sin derecho a la categoría como persona. En consecuencia esta tendencia derecho penal del enemigo, no pretende dar a la persona que delinque la oportunidad de enmienda, de resarcir el daño que ocasionó con su acción”.¹⁴

De las múltiples ramas del derecho penal, esta es una de las más discriminativas ya que de una vez etiquetan al delincuente como alguien inservible como un ser perjudicial para la sociedad, que nunca va a poder cambiar y que siempre va ser un parasito para la sociedad.

Esta tendencia asume que las personas que delinquen no respetan las normas penales y por lo tanto, se les debe excluir del derecho penal ordinario, teniendo como consecuencia el no tener el derecho a los principios garantistas penales.

Este tipo de elementos que conlleva a la poca intervención que los derechos humanos pueda tener en el delincuente, la situación a que el delincuente sea etiquetado como un elemento que no va a cambiar y que no tiene remedio para la sociedad, es uno de los perjuicios que tienen los menores infractores.

¹⁴ Ibid.

“El enemigo es aquel individuo que pretende destruir el ordenamiento jurídico. Es decir, que en este caso no esta frente al enemigo creado por el poder gubernamental para deslegitimar, por ejemplo una demanda social; sino más bien frente aquel sujeto que en tanto criminal en extremo peligroso es rotulado como enemigo”.¹⁵

2.3. Función del derecho penal del enemigo

La función del derecho penal de enemigo es la eliminación de un peligro, de un sujeto peligroso en extremo y reincidente que, por su condición de tal, no amerita ser tratado como persona. Bajo este presupuesto, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos, aquel puede abstenerse de respetar y garantizar ciertos derechos y libertades que resultan esenciales a todo ser humano.

La finalidad del derecho penal del enemigo es evitar que siga creciendo el delito y esto es en base a que no se le debe de dar otra oportunidad al delincuente, ser severamente sancionador.

Actualmente el derecho penal del enemigo se enmarca en los pueblos indígenas, donde la población realiza sus actos de justicia quemando y torturando a los delincuentes o posibles delincuentes y esto es a que no creen en el sistema de justicia.

¹⁵ Ibid.

El crecimiento de la delincuencia en el país no se debe a que no se apliquen las penas o a que no se investigue o que las personas encargadas de velar por la seguridad no la realicen, sino que actualmente existen muchos factores que van encaminados al desarrollo del crimen.

Para muchas personas, mas los que han sufrido de algún acto delictivo o bien la perdida de un ser querido a raíz de la delincuencia hablan del derecho penal del enemigo, hablan de que la persona capaz de realizar hechos de tal magnitud no deben de ser perdonados y deben de ser sancionados con todo el peso de la ley.

Esta teoría supone tres características en la práctica:

- a. Se adelanta a la punibilidad, castigándose el hecho futuro a diferencia de lo habitual, en donde el punto de referencia es el hecho ya cometido.
- b. Las penas previstas son desproporcionalmente altas y en algunos casos hasta privarlos de la vida, y en los menores infractores ser juzgados como mayores de edad.
- c. Se relativizan, o incluso suprimen, determinadas garantías procesales.

En varios países se utiliza un sin numero de actos donde se aplica el derecho penal del enemigo, por ejemplo:

- a. “Se dice que un ejemplo del derecho penal del enemigo es la orden del Presidente de Estados Unidos del 13 de noviembre de 2001 que permite la instauración de tribunales militares secretos que se ocupan de juzgar a no-ciudadanos acusados de terrorismo, pudiendo desplazarse al lugar del no-nacional para juzgarlo”.¹⁶

- b. “En el Perú, un ejemplo de la aplicación del derecho penal del enemigo, fue la draconiana legislación antiterrorista dada durante el régimen del entonces presidente Alberto Fujimori, la que fue objeto de numerosos cuestionamientos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por negar derechos fundamentales a los procesados”.¹⁷

En la doctrina se ha suscitado diversas críticas respecto a esta tendencia, principalmente por la supresión o la negación de ciertos derechos y garantías fundamentales, comunes en regímenes de facto e inadmisibles en Estados de derecho.

¹⁶ Von Liszt, Fran. **El delito**, Pág. 89.

¹⁷ **Ibid.**

CAPÍTULO III

3. El fenómeno jurídico

El fenómeno jurídico surgió, debido a que en todas las etapas de la vida los conocedores del derecho se han concretizados en algunos detalles o aspectos del derecho, es así como nace el fenómeno jurídico.

Esclarecer que el fenómeno jurídico ha surgido con el fin de lograr la justicia.

3.1. La perspectiva histórica

Dependiendo del momento histórico se ha dado más importancia a un saber jurídico o a otro. Los sabedores jurídicos surgen en función de unos condicionantes sociológicos e históricos que certifican la necesidad de fijarse con más detalle en algún aspecto concreto del derecho.

Hay que afirmar que la ciencia jurídica y la filosofía jurídica han sido los polos en los que más se ha centrado la historia del pensamiento jurídico.

Hay que señalar que la apreciación del fenómeno jurídico ha estado notablemente influida por una visión clásica y después cristiana de la persona y de la sociedad.

“La primera versión del derecho toma como punto de referencia una idea de que la norma jurídica es la vía para hacer realidad la definición de la justicia ofertada en el adagio de Ulpiano: dar a cada uno aquello que le corresponde”.¹⁸

Esta aproximación se considera válida, porque se entiende qué corresponde a cada uno; o al menos se admite una definición de la persona y de su dignidad. Lógicamente hay que tener en cuenta que esta referencia a la persona se hacía compatible con prácticas y modos de conducta que hoy entenderíamos como contrarias a la persona. Baste pensar en la institución de la esclavitud, aunque también es cierto que se admitió esta institución para suprimir una pena de muerte entendida como única pena aplicable a los casos de delito.

“Prescindiendo de los casos concretos, lo cierto es que el derecho era considerado como una técnica supeditada a un objetivo muy concreto, que era la realización histórica de la justicia.

Por este motivo, ciencia y filosofía jurídica estaban unidos en tanto perspectivas de estudio, porque no se concebía el modo de separarlos. Y de hecho, la praxis de la justicia que hoy se entendería como la aplicación e interpretación del derecho, en cuanto temas centrales de la ciencia jurídica era competencia de los sabios, es decir, de

¹⁸ **Ibid.**

aquellos que tenían la capacidad de actuar rectamente y, por tanto, de acuerdo con criterios de justicia”.¹⁹

Esto significa que durante una primera etapa del derecho, al menos hasta la aparición de todo el pensamiento clásico-cristiano, ciencia y filosofía jurídica están unidos, tanto en el estudio teórico como en la práctica habitual del derecho.

“El pensamiento clásico-cristiano, en un intento de establecer unas bases sistemáticas para explicar la justificación del derecho positivo, oferta claves importantes de interpretación del fenómeno jurídico, aunque también se presentan graves problemas; al menos, con posterioridad, esa sistemática es utilizada desde otra visión de las cosas, y, por tanto, se interpreta ese mismo pensamiento con otros registros”.²⁰

Lo natural se identifica con aquéllos ámbitos de la conducta que no están supeditados al pacto entre los hombres, precisamente porque viene dado por la naturaleza; mientras que se entiende por positivo aquello que depende esencialmente del pacto entre los hombres, y, por tanto, es susceptible de cambio en función de los criterios de conveniencia que en cada momento puedan estar vigentes.

Esta diferenciación aun manteniendo la unidad de ciencia y filosofía jurídica se mantiene, aportando dicho pensamiento clásico-cristiano una matización, no tanto

¹⁹ Valdes Yavar, Jorge. **Seguridad y prevención**, Pág. 17.

²⁰ **Ibid**, Pág. 18.

referida al orden natural y positivo del que hablaba Aristóteles, sino más bien referido ya al derecho natural y al positivo.

La clave, sin embargo, es más concreta en los cristianos, porque lo natural, y consecuentemente la referencia a lo que se asumía como naturaleza, sólo es concebible como manifestación de la criatura, es decir, de la persona entendida como dependiente del Creador. Esto hace que se opte por una visión cristianizada del pensamiento anterior. Y lo que inicialmente se entendió como un modo de aclarar las cosas, supuso después una complicación.

Las distinciones entre derecho y ley; derecho natural y derecho positivo, se empezaron a interpretar no sólo como una cuestión de sistemática, sino como distinciones reales.

Y este entramado en el mundo del pensamiento, coincidió con el caos que empezaba a existir en el orden normativo, en el que el derecho común empezaba a quebrar y se introducían usos y costumbres locales. Es decir, empezaba a tomar cuerpo el derecho positivo, de modo autónomo respecto a su justificación.

Por esta vía, después de la influencia cristiana, los ilustrados aportaron también un empujón a la distinción. La identificación entre ciencia y filosofía empieza a quebrar, y lógicamente la distinción de estos términos se aplica también al mundo del derecho. La ciencia jurídica se empieza a identificar con un estudio avalorativo y aséptico de las

normas positivas, mientras que a la filosofía le correspondería el análisis de la fundamentación.

Los estudios de fundamentación, sin embargo, habían sido realizados por teólogos cristianos, que entendían que no había más hombre que el redimido por Dios. Esta afirmación fue en muchos casos totalizada. Y los ilustrados reaccionaron ante esta actitud, pretendiendo una diferenciación entre moral y derecho en términos absolutos.

Se pretendió de este modo hacer un estudio del Derecho positivo desde la ciencia jurídica. Pero ese estudio tenía que estar completamente desligado del Derecho natural. Y, además, el estudio del Derecho natural tenía que salvar la diferencia entre afirmaciones de orden moral, y afirmaciones propiamente jurídicas.

El derecho natural se interpretó como una especie de ordenamiento jurídico de la naturaleza humana, que aunque en la teoría podía servir para ofrecer una interpretación del derecho, en la práctica se caía por su propia base.

El argumento coincide con la puesta en duda de muchos términos filosóficos como podía ser el de naturaleza humana, la libertad, la referencia al otro, el concepto de autoridad, la noción de criatura, etc.

De este modo, el pensamiento cristiano se utiliza para hacer de soporte al llamado iusnaturalismo racionalista, que hace de puente para la entrada de una separación

radical entre derecho positivo y justificación del mismo, asumiendo en el derecho las afirmaciones positivistas.

Esto confirma la distinción entre ciencia jurídica y filosofía jurídica, pero entendiéndolos no tanto como dos saberes que se completan sino que más bien se contraponen.

Posteriormente, el estudio de las ciencias sociales potenciaría el desarrollo de la sociología jurídica, como tercer saber, en el que se tiene en cuenta el entorno social del derecho, y no tanto el problema de la legislación y de la fundamentación.

De acuerdo con esta evolución, la historia ha venido aportando una visión del derecho muy concreta, pero casi siempre parcial. Hasta nuestro siglo, y también por la influencia del movimiento de Derecho libre, el Derecho se ha definido de una manera incompleta, o asumiendo de modo totalizante afirmaciones que no tienen ese carácter global.

Seguramente los estragos y las vulneraciones que el propio derecho ha hecho de la persona, durante todo el siglo XX han tenido su parte positiva, que es precisamente el haber arrojado luz para interpretar más correctamente la realidad en la que se vive.

Efectivamente el derecho es una técnica, pero no solamente eso. Y esta afirmación no obedece a criterios que podrían clasificarse como ideológicos, sino más bien hay que entenderla como manifestación de una realidad de hecho: el derecho lo que regula es la conducta humana; y detrás de la conducta humanan, se está regulando el modo de

desarrollar bienes que especifican a la condición humana; el modo de articularlo en ocasiones ha sido contrario a dicha condición. Lo que quiere decir que detrás de las normas jurídicas, el derecho maneja elementos que no son estrictamente jurídicos, aunque su formulación necesariamente tenga que serlo.

Esta panorámica histórica confirma que el correr de los siglos ha perfeccionado el estudio del derecho, y la distinción de los saberes jurídicos. Y sobre todo confirma que la evolución histórica es el mejor modo de interpretar la realidad en la que se vive en cada momento.

3.2. Interpretación del derecho

Para interpretar el derecho se debe de basar en el iusnaturalismo y el positivismo.

a. El iusnaturalismo

Este ha sido el modo más tradicional, teniendo en cuenta los argumentos clásicos, y la sistematización cristiana a la que se ha aludido.

En esta interpretación, el derecho se define como un conjunto de normas positivas que se hallan fundamentadas en el derecho natural.

El derecho natural se entiende como la parte de la ley natural que hace referencia a las relaciones de justicia. Y la ley natural es considerada como la participación del hombre en la llamada ley divina.

Históricamente, el proceso es asumido porque se mantiene vigente la teoría de la participación: la consideración del hombre como criatura y, por tanto, como un ser que está en dependencia de su Creador. En ese contexto, el sujeto tiene unas leyes propias de su naturaleza que tienen que ser respetadas por el derecho positivo. Dicha teoría de la participación fue elaborada y desarrollada en el contexto teológico, lo que hizo que el derecho fuera estudiado también en sede teológica.

Por ello, el origen y los argumentos jurídicos estaban teñidos de argumentos de tipo moral y religioso, no diferenciando los ámbitos y proponiendo en muchos temas que requerían una respuesta estrictamente jurídica, una visión teológica.

Seguramente por la radicalidad de algunos de estos argumentos, fueron numerosos los autores que optaron por otras versiones del derecho. Sobre todo, cuando todo este proceso coincide con la ruptura con la tradición filosófica clásica, y cuando en la práctica resulta tan difícil admitir una especie de ordenamiento jurídico etéreo en calidad de instancia superior al ordenamiento positivo.

La referencia a la ley divina como criterio último de identificación del derecho potenció que estos argumentos fueran defendidos en un contexto religioso, y por ese motivo, el

derecho natural como conjunto de exigencias propias de la condición humana se identificó con una visión conservadora y religiosa de la persona. De manera que se llegó a entender que esa definición era propia de la religión, no de la antropología, que buscó una solución en el culto a la razón, y a la persona como racionalidad instrumental.

b. El positivismo

Podría decirse que los argumentos positivistas han sido a veces tan radicales como el planteamiento extremo anterior, pero en sentido contrario. Es de aparición más tardía que el iusnaturalismo, pero tiene la misma fuerza, y de hecho todavía hoy se mantienen el debate, aunque en menor medida, entre estas dos posiciones.

Probablemente la repercusión en el mundo jurídico tiene su origen en el ámbito filosófico. Pero con independencia de esa subordinación, el positivismo jurídico se define como una corriente del pensamiento jurídico que entiende el derecho como el conjunto de normas positivas vigentes, sin admitir ningún tipo de fundamentación, que si existe, no puede ser calificada como jurídica.

De este modo, los argumentos justificativos del derecho quedan sustituidos por el estudio sistemático del derecho positivo. No es sólo una escuela, sino que más bien es el calificativo que se puede atribuir a todo estudio jurídico que excluya la valoración del derecho desde criterios que lo trascienden.



El iusnaturalismo y positivismo requerirían en su aplicación práctica de muchos matices. A los primeros habría que darles la razón al señalar que toda norma positiva requiere de unos presupuestos que hoy entrarían dentro de lo que se conoce como posición ética. Y a los segundos habría que corroborarles que en sentido propio sólo es derecho la norma positiva que está vigente, pero ésta no agota la realidad del derecho. En los dos casos, las afirmaciones hay que matizarlas.

Desde luego, una y otra posición ha sido defendidas durante siglos, como planteamientos puros del derecho. Pero ha sido necesaria la referencia histórica, y sobre todo el estudio de la conducta humana, para señalar que ni una posición ni otra responden a la realidad de lo que implica el derecho, y de la misión que se le atribuye en el grupo social.

Sin embargo, como ya se ha dicho, la oferta radical ha facilitado enormemente el estudio y sobre todo la interpretación de la realidad de hecho. En definitiva, han facilitado el despliegue de los saberes jurídicos entendiéndolos como perspectivas de estudio del fenómeno jurídico, que se completan, y que conjuntamente pueden definir en qué consiste el derecho. Al mismo tiempo que han facilitado la confirmación de que el derecho no es aséptico, y por ello, detrás de toda concepción sobre lo jurídico, hay una concepción sobre lo humano, en la que aquélla se apoya.

Durante bastante tiempo, han sido numerosos los autores que han cifrado lo específico del derecho en el elemento de la coacción, que se ha calificado como un uso permitido

de la fuerza, y en otros casos como la posibilidad de imponer una sanción en caso de incumplimiento de la norma.

Sin embargo, insistir en este elemento ha derivado en una visión peyorativa del derecho, que aparece como una especie de castigo o de limitación de la propia conducta, y que olvida prácticamente de modo total, el papel del derecho como garantía de la propia conducta.

“La conducta humana tiene diferentes dimensiones, y como se ha dicho, hay ámbitos normativos distintos para regularla. De todos ellos, sin embargo, habría que admitir que el derecho regula conductas con repercusiones en el entorno social. Ya no se trata solamente de señalar que el derecho actúa en el fuero externo de la conducta, (también la política, la economía o la cultura pertenecen a ese fuero), sino de apuntar que la regulación jurídica supone siempre una referencia al otro. Hasta las decisiones más personales necesitan el sello jurídico, que significa un reconocimiento en el contexto del grupo”.²¹

Por ello, más que la coacción como elemento específico del derecho, habría que entender que es la alteridad lo que diferencia al elemento jurídico. No obstante, hay que afirmar que el derecho, además de la referencia al otro, está caracterizado por otros elementos, que podría sistematizarse del siguiente modo:

²¹ **Ibid.**

a. **La exteriorización**

Este término se utiliza sobre todo para plantear la relación entre acción e intención y para subrayar la idea de que el derecho inicia su ámbito de aplicación precisamente en el momento en el que el sujeto actúa externamente.

“Con ello se manifiesta una doble cuestión. Por una parte, se incide en que el derecho despliega su actividad en el fuero externo del sujeto. Y por otra, se asume como consecuencia que el derecho nunca tiene competencia para inmiscuirse en el fuero interno del sujeto. Más aún, la norma jurídica (al menos en los países democráticos de corte occidental) no sólo respeta esta distinción, sino que prevé el respeto al fuero interno del sujeto, con una protección específica a través del derecho a la objeción de conciencia, y a través de la protección de la intimidad, como bien humano autónomo respecto a los demás bienes propios de la racionalidad”.²²

Esa manifestación externa respecto a la que el derecho ejerce sus funciones, implica no sólo un efecto de protección y garantía para el sujeto en cuestión, sino también respecto a los demás miembros del grupo.

De todos modos, es necesario tener en cuenta que la distinción entre fuero interno y fuero externo, o si se prefiere entre interioridad y exterioridad, no puede aplicarse indiscriminadamente a todo tipo de normas, sino que dentro del derecho, habrá que

²² **Ibid.**

especificar que función juega la intención respecto a la acción del sujeto, contemplada en una norma jurídica.

En este intento, podrían señalarse tres tipos diferentes de normas:

1. **Normas de carácter prohibitivo:** En estos casos, la intención del sujeto es completamente irrelevante para el derecho, porque lo que se exige es el respeto material a la prohibición establecida.
2. **Normas de carácter permisivo:** Se entiende por tales las que dan a la voluntad un amplio margen de acción, no estableciendo taxativamente el tipo de conducta que hay que seguir.
3. **Normas de carácter preceptivo:** Son de similar naturaleza que las prohibitivas, pero mientras que las preceptivas establecen lo que debe cumplirse las prohibitivas señalan lo que no debe realizarse.

b. La alteridad

Precisamente porque el derecho tiene en cuenta la repercusión de la acción en el grupo. El problema fundamental que se plantea es el de los límites entre lo que se puede y lo que se debe. Es en este contexto donde habría que situar el papel de la libertad humana.

Habitualmente, el término poder hacer carece de límites. Porque incluso cuando el sujeto no debe hacer algo, puede de hecho hacerlo, y en ocasiones lo hace. Esto implica que el límite no viene dado por una instancia de poder que de algún modo marca el ámbito de acción. Propiamente hablando habría que decir que el límite viene dado por la propia condición humana.

Esto significa que la referencia al otro no es sin más un límite impuesto a la propia conducta. El límite es el respeto que merece la condición humana y concretamente la persona del otro. En aplicación de ese respeto el sujeto es capaz de no hacer aquello que materialmente podría hacer.

Así se entiende que numerosos autores identifiquen la alteridad como una cuestión de legitimidad. De modo que lo legítimo es aquello que pertenece al otro en cuanto sujeto definido por su condición humana.

En este contexto, la norma legítima es la que se adecua a la realidad de la condición humana, y, por tanto, respeta a la persona.

Y además de ello, la alteridad implica siempre una relación de reciprocidad, y, por tanto, una relación entre una facultad y un deber habitualmente correlativo.

Precisamente esas dos premisas justifican que el derecho en sentido propio, encuentre la alteridad en la praxis de la no discriminación, o si se prefiere de la igualdad. Teniendo

en cuenta que la igualdad hay que determinarla como igualdad formal (igualdad de oportunidades ante la ley, y como igualdad material (por referencia a la justicia, atribuyendo a cada uno lo que le corresponde, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso).

c. La tipicidad

Este sería el tercero de los criterios o elementos de definición del derecho, que plantea la cuestión de la determinación y de la coacción.

Así como las normas morales habitualmente remiten al criterio de la conciencia, y, por tanto, presentan un carácter individualizado, el derecho abstrae las conductas y fija lo que se llama un tipo, como criterio de conducta común a varios individuos. En este sentido, se afirma que el derecho ordena la conducta de la sociedad. Otra cosa es que la aplicación del derecho al caso concreto pase por el elemento de la justicia, y, por tanto, por la adecuación a lo personal. Pero no hay una norma jurídica para cada caso, sino una aplicación concreta de la norma jurídica para cada supuesto.

“La nota de la tipicidad (que se identifica con la legalidad: no se puede exigir legalmente una conducta que no esté expresamente tipificada) lleva consigo el elemento de la impositividad o mejor de la coacción, que como hemos señalado algunos autores entienden como definidor de lo jurídico”.²³

²³ **Ibid.**

Con independencia de que se admitan o no más elementos de delimitación, lo cierto es que el derecho se presenta dotado de una fuerza imperativa. Y esa fuerza se traduce en que si la norma jurídica no se cumple, si no se obedece el derecho, se despliega todo un mecanismo de sanciones, que son en definitiva un mecanismo de garantías para los miembros del grupo.

Otros autores critican este elemento de la imperatividad o de la coacción porque se entiende contrario al origen consensual del derecho. Pero en estos casos resulta claro que nos encontramos en dos planos distintos.

El consenso hace referencia a la elaboración del derecho a partir de la voluntad de la mayoría. Y sin embargo, la coacción está haciendo referencia a la aplicación y cumplimiento del derecho. Por tanto, consenso e imperatividad se desarrollan en dos momentos distintos del derecho, y precisamente por ello no se contraponen.

En definitiva, la coacción asegura el cumplimiento de una conducta que está inscrita en la norma jurídica. Y los recursos o vías para que se cumpla son las sanciones, dentro de las cuales figura la pena. Precisamente por este esquema, la coacción no se puede identificar con las penas, porque el concepto de aquella es mucho más amplio.

La coacción, como elemento de definición del derecho persigue el cumplimiento del mismo, concretando su ámbito en función del tipo de normas jurídicas. Como ya se ha dicho, en unos casos persigue una obediencia material, prescindiendo de la

intencionalidad del sujeto; y en otros, más que la intencionalidad, los elementos internos condicionan el despliegue de efectos de la norma concreta.

3.3. Diferencias y coincidencias del derecho con otros órdenes normativos desde una dimensión histórica

Dentro del derecho existen diferencias y coincidencias cuando se comparan con otras normativas desde varios puntos de vista, razón por la cual es importante establecer las diferencias y coincidencias que se dan dentro del derecho y la moral a través de la historia.

3.4. Derecho y moral

En el ámbito de la política y de la economía, la separación radical resulta prácticamente imposible, pero al menos es posible una distinción de competencias. Obviamente, un sistema capitalista mantiene una concepción de la política y la economía, muy diferente de la que defendería un sistema socialista. Y precisamente esas distinciones se concretan en la práctica jurídica.

En este contexto, la distinción entre lo jurídico, lo político y lo económico, que están en íntima conexión, se concreta en lo que sería una distribución de funciones, en la que la prioridad a la hora de garantizar los objetivos, reside en el ámbito propiamente jurídico.

Esta relación se complica, aún más, si se remite la cuestión al campo del Derecho y la Moral, que podría considerarse como unos de los temas claves de la Filosofía del Derecho. De la delimitación de los criterios de distinción, han nacido corrientes de pensamiento contrapuestas, cuyo diálogo y discusión aún permanece abierto.

Atendiendo al enfoque que se dé a estas relaciones caben dos riesgos peligrosos: la moralización del derecho, o la juridicidad de la moral.

No se trata sin más de dos problemas históricos, sino más bien de una importante discusión doctrinal. Ha habido autores que han defendido la idea de que toda norma jurídica que no respetara el denominado derecho natural, no puede ser considerada como tal norma; y otros han entendido que sólo la norma jurídica puede imponer determinado modo de conducta a la persona, entendiendo que quien impone es en último término el poder político, como expresión de la voluntad de la mayoría de los ciudadanos, y consecuentemente no hay más moral que la social, plasmada en las normas jurídicas, y en los valores del ordenamiento que dichas normas pretenden garantizar.

En ambos casos, lo que se está llevando a cabo es una clara confusión de órdenes normativos, sin deslindar qué criterios pueden especificar a cada uno, o en su caso, cuáles podrían ser los parámetros de diferenciación. Y quizá el problema central es que al enfocar las relaciones derecho con la moral, se parte de algo no totalmente demostrado, que es el uso unívoco del término moral.

El problema terminológico no es el más importante, y efectivamente así es. Pero a veces, el debate doctrinal se está desarrollando sin saber exactamente a qué se refiere al hablar de la moral.

“Especialmente en España, en los últimos años, se han debatido cuestiones de vital importancia: la nueva legislación matrimonial, la regulación del aborto, la despenalización de la esterilización de subnormales... En todos estos casos se ha planteado la discusión desde el punto de vista de política pluralista, o quizá de moral tradicional por contraposición a una moral contemporánea... Pero en realidad, el interrogante que se mantiene es qué se entiende por moral”.²⁴

Con la definición que antecede, el derecho ha generado polémica debido a que en algunos países los legisladores han utilizado el derecho para aprobar temas que en muchos casos van fuera de la moral, como el de aprobar el matrimonio entre dos personas del mismo sexo, el aborto, etc., por lo que la sociedad ha criticado que el derecho ha violado a la moral.

Por ello, antes de establecer cuáles son los tipos de moral, y la relación de cada una con el derecho, hay que tener en cuenta dos premisas, siendo estas:

- No es posible una separación radical entre el derecho y la moral.

Fundamentalmente porque en ambos casos se está regulando la conducta de la

²⁴ **Ibid.**

persona, y ésta es única. Lo que quiere decir que hay muchos puntos de conexión entre los dos órdenes. Por eso, podría afirmarse que se trata de órdenes distinguibles, pero no radicalmente separables, cuyos ámbitos de acción hay que delimitar.

- Tampoco se trata de presentar un modelo único de moral, en el sentido de que desde la perspectiva conceptual hay diferentes modos de definir la moral, y consecuentemente no hay una única respuesta; y desde el punto de vista vivencial, se advierte claramente la pluralidad: basta pensar el papel de la cultura y de la historia en la delimitación de las normas morales. Con esto no se quiere decir que todas las referencias morales son relativas pero sí que no existe un código único de conducta, y en este sentido que no se puede hablar de la moral con una interpretación unívoca.

Resulta difícil en la práctica establecer una distinción clara entre el derecho y la moral, puesto que en ambos casos se trata de regular la conducta humana, aunque desde perspectivas variadas.

Los criterios diferenciales y comunes requieren de una versión histórica, que nos facilite elementos de juicio para calibrar cómo se ha perfilado la cuestión desde la aparición del fenómeno jurídico.

Desde una perspectiva fundamentalmente pedagógica y, por tanto, general y susceptible de ser matizada, podrían establecerse cuatro períodos históricos para definir las relaciones ente el derecho y la moral.

Durante los mismos, la visión de estas relaciones varía sustancialmente, lo que implica que dichas relaciones están teñidas por el tipo de sociedad, y consecuentemente la cultura, las instituciones, y la tradición que hay vigentes en cada momento.

Estas etapas abarcan, desde lo que podría calificarse de un modo muy general como período de antigüedad, o quizá como un período originario en el que se busca el establecimiento de unas normas comunes para todos los pueblos, que han iniciado la andadura de una convivencia común.

Un segundo período, ya más delimitado abarcaría todo el momento del pensamiento clásico cristiano, seguido del tercer momento histórico que incluye el pensamiento de la Ilustración. Para terminar con lo que se podría denominar como planteamiento actual acerca de estas relaciones.

Es importante señalar que cada período histórico tiene su explicación y justificación en el contexto en el que se desarrolla. Y esto es fundamental para entender que el modo de asumir la esfera jurídica y la moral depende de las circunstancias en las que se está viviendo.

En la época clásica, resulta ciertamente difícil englobar con el calificativo de pensamiento de la antigüedad toda la concepción plural, que incluye referencias necesarias a autores con visiones bastante distintas. Pero haciendo esta salvedad se podría tener en cuenta en este período una confusión casi absoluta de órdenes normativos.

La definición de las normas pasa por los criterios religiosos, morales y jurídicos. Y al fin y al cabo, esta confusión obedece a la idea de unificar la conducta del sujeto, de modo que los criterios religiosos condicionan los morales, y consecuentemente estas referencias son las que definen las normas jurídicas, entendidas como normas de convivencia dentro del grupo social.

No hay en este momento una separación absoluta entre lo lícito y lo honesto, porque ambos conceptos expresan lo mismo. Hay que tener en cuenta que en este momento el derecho no está desarrollado y la ciencia del derecho se entendía entonces como la ciencia de la jurisprudencia, o si se quiere como la práctica del derecho, es decir, como la solución que los más sabios podían dar a los conflictos que se planteaban dentro del grupo.

Por tanto, resulta perfectamente justificable que la norma moral, religiosa y la jurídica vengan a significar lo mismo.

De hecho, esta identificación fue caldo de cultivo para posteriores errores que llevaron a considerar que la sociedad civil era también la sociedad eclesiástica. En el marco de la iglesia católica, este panorama potenció el desarrollo de lo que se conoció después como cesaropapismo, que con matices se ha dado en diferentes momentos históricos. Y que probablemente tiene su origen en esta idea de que la conducta humana es única, y, por tanto, no es diferenciable el ámbito de desarrollo de la misma.

Esa confusión no se entiende de modo peyorativo, sino como clara manifestación de un concepto de norma jurídica como criterio de convivencia en el grupo social, consecuentemente dicha convivencia responde a unos criterios de orden moral que delimitan la definición de la condición humana. A ello hay que añadir que el sujeto es entendido en dependencia de los dioses, y salvando las preferencias de cada pueblo, la afirmación de la trascendencia obliga a que entre esas normas morales se incluyan el respeto a las normas religiosas.

La confusión, por tanto, es obvia; casi tanto como su justificación dado el contexto histórico.

En el pensamiento cristiano, al igual que en la época anterior, habría que señalar las aportaciones de cada autor, y muy especialmente de los dos más significativos de este período, que son Agustín de Hipona y Tomás de Aquino.

Con el precedente de la confusión anterior, se plantean algunos problemas. Sobre todo para distinguir el pecado (que se define claramente como una conducta que infringe la norma en el orden moral) y el delito (que se define como una conducta que infringe la norma jurídica).

La distinción parece necesaria, sobre todo por el tipo de sanción que hay que aplicar en cada caso, y también por el fuero en el que se aplican estas normas.

Este período histórico se presenta con unas particularidades muy concretas, en el sentido de que matiza y desarrolla muchos de los argumentos del pensamiento anterior, y sobre todo los estudios de esta época son en muchos casos un intento de acercamiento a la definición del derecho y de la moral.

En esta línea, Agustín de Hipona no diferencia propiamente derecho y moral como dos órdenes normativos, sino más bien como dos esferas de aplicación de la ley. Y, por tanto, diferencia entre ley eterna y ley humana.

La primera tiene por objeto ordenar lo que sería la moralidad general, o si se quiere la llamada naturaleza humana. Dicho concepto no puede entenderse sin la consideración de todo sujeto como criatura, y, por tanto, como un ser en dependencia de su creador.

De acuerdo con ello, es Dios quien crea, y, por tanto, quien delimita lo específico de la condición humana. No hay más criatura que la creada por Dios. Y en esa línea, toda

persona humana tiene una naturaleza propia, que le especifica respecto a todo lo demás que existe. Resulta entonces lógico asumir que la ley eterna (entendida como ley divina) es la que ordena esa denominada moralidad general.

La ley humana, sin embargo, tiene otra esfera de aplicación, que es el orden y la paz social. Lo que quiere decir que la misión de la ley humana es la organización de esa convivencia social dentro de unos criterios que respeten la moralidad general a la que antes se hacía referencia.

El problema fundamental que aquí se plantea es que se parte de una distinción para aplicar la ley, pero no se define qué va a entenderse por ley, y consecuentemente en qué sentido se habla de ley o de derecho, y cómo se utiliza ese término en el contexto de la moralidad general, o en el contexto de la técnica de organización de la sociedad.

Seguramente por estos equívocos, es Tomás de Aquino quien intenta establecer los criterios de definición entre derecho y ley.

El término ley es mucho más amplio que el derecho, y abarca tanto el ámbito jurídico como el moral. La referencia a la ley se identifica con la ordenación, y en el contexto en el que se esta la ley ordena la conducta. Sólo que el marco de ordenación es diferente porque el objetivo de la moral y del derecho son distintos.

El Aquinate propone que el derecho persiga la obediencia material, es decir, el cumplimiento de hecho de prescripciones jurídicas que sirven para ordenar la sociedad, con independencia de la intención del sujeto. Por tanto, la finalidad del derecho es la ordenación de la conducta del sujeto en cuanto ciudadano, para lo cual se hace necesario que cumpla unas leyes de naturaleza propiamente jurídica.

Sin embargo, la finalidad que persigue la moral es la ordenación de la conducta del sujeto en orden a la virtud, y, por tanto, por referencia al sujeto en sí mismo, no en tanto que es miembro de un grupo.

En este período, por tanto, son dos las orientaciones a tener en cuenta:

- Por ley hay que entender el criterio de ordenación de la conducta humana.
- Hay dos tipos de ley: la moral, que busca la ordenación de la conducta del sujeto en orden a la virtud; y la jurídica que busca la ordenación de la conducta del sujeto en cuanto miembro de la sociedad. En el primer caso se busca que el sujeto sea bueno; y en el segundo que sea un buen ciudadano.

A ello hay que añadir que se parte de una consideración del hombre en cuanto criatura, y consecuentemente en una situación de dependencia. Ello explica la diferencia entre la ley divina o eterna y la ley natural.

La primera sería la ley de Dios, que configura a la persona, y también el mundo en que vive; y la ley natural se entendería como la participación de la criatura en la ley eterna. Es decir, hace referencia a lo que serían las relaciones de justicia para definir a la persona.

Con independencia de aceptar o no estas diferenciaciones entre los distintos tipos de ley, este período aporta un criterio esclarecedor y es el siguiente: la moral se detiene en la intención del sujeto; mientras que dicha intención es irrelevante para el derecho.

La norma jurídica regula lo que son acciones externas, o más correctamente, el ámbito de la exteriorización de la conducta, o si se quiere los efectos externos de la conducta humana. Si se prefiere la vía de la negación, se podría afirmar que la norma jurídica no tiene competencia para inmiscuirse en la intención del sujeto, aunque también esta afirmación necesitaría de algunas matizaciones.

Esta etapa que se ha clasificado como específica del pensamiento clásico cristiano viene a señalar una línea divisoria entre ámbito jurídico y ámbito moral. Aunque todavía no pueda hablarse de una ciencia jurídica ramificada, sí que ha pasado ya la etapa de la jurisprudencia (al menos, de la jurisprudencia como criterio prioritario y último de definición del derecho), y consecuentemente se empieza a hacer hincapié en el derecho positivo. Los problemas vendrán cuando más que atender a lo que sea en sí el derecho positivo, se insiste en la distinción de éste respecto al derecho natural, para terminar entendiendo dicho derecho natural como una especie de ordenamiento jurídico de lo



que se llamó naturaleza humana, adulterando lógicamente el sentido propio de cada uno de estos términos.

Se ha pasado, por tanto, de la confusión de órdenes propia de la etapa anterior, al establecimiento de unos mínimos criterios de diferenciación, que sirven al menos para establecer las pautas que distinguen ámbito propio de la norma jurídica y ámbito propio de la norma moral.

Con todas las objeciones que van a ponerse a todo este entramado de los clásicos cristianos, no se puede negar la aportación que en su momento hicieron. Y también en este período no se pueden omitir las coordenadas históricas que posibilitan el desarrollo de este argumento.

Téngase en cuenta que en esta etapa no hay más concepción del hombre que la cristiana y, por tanto, no resulta difícil aceptar las afirmaciones en torno a la ley eterna y a la ley natural.

Al menos en este momento hay criterios de diferenciación entre orden moral y jurídico, salvando siempre la imposibilidad de plantearlos como encontrados, puesto que ambos regulan la conducta humana, pero en fueros distintos.

En la ilustración, desde el punto de vista de las ideas, el momento de la ilustración merece un estudio detallado y autónomo, y más teniendo en cuenta quienes fueron los autores que definen esta etapa histórica.

En este orden, la obra de Thomasius pertenece al grupo de los autores denominados racionalistas, y que junto con Wolff y Puffendorf marcaron el puente de plata para pasar del iusnaturalismo clásico al racionalista, siendo protagonistas de una interpretación que en muchos puntos cambia radicalmente la definición del derecho.

Thomasius sistematizó los criterios de diferenciación entre derecho y moral. Hay que tener en cuenta que en este momento la ciencia jurídica se ha empezado a desarrollar, e incluso se han llevado a cabo los primeros intentos de codificación, aunque todavía no en los términos de la escuela de la exégesis, que está todavía en germen.

Los estudios acerca del derecho natural (que se entendía como origen y fundamento del derecho positivo), fueron redactados en su mayor parte por teólogos y moralistas, que obviamente no conocían de modo pleno el entramado de la ciencia jurídica que se estaba desarrollando. Y por otra, esta posible confusión aún teniendo en cuenta las aportaciones de la etapa anterior requería de unos criterios de diferenciación, básicamente buscados para que la norma jurídica no fuera sin más una moralización del derecho.

Thomasius señala algunas diferencias. La primera de ellas sentencia que la moral atiende sólo a acciones internas, mientras el derecho lo hace a acciones externas. Este distinto campo de actuación tiene su justificación en que el derecho pretende la paz externa del sujeto, mientras la moral lo que busca es la consecución de la paz interna.

La insistencia en los diferentes fueros de cada orden normativo, confirma que la moral tienen como ámbito propio la esfera de lo personal, mientras que el derecho tiene siempre una perspectiva bilateral. Al menos, el derecho empieza a desplegarse precisamente cuando la acción se está manifestando externamente y, por tanto, de modo explícito o implícito está provocando unos efectos.

Lo que significa que el derecho se entiende siempre en el contexto de lo que se ha llamado alteridad. Y esto se manifiesta aún en los casos en los que la norma jurídica está protegiendo un bien estrictamente personal, pero es precisamente esa protección entendida como garantía lo que confirma el carácter de alteridad. Las normas morales, sin embargo, no requieren garantías externas, precisamente porque se desenvuelven en el campo de lo estrictamente personal.

Esto no quiere decir que las normas morales sean completamente aleatorias: al hablar de la moral autónoma que para juzgar la actuación moral, en un momento concreto, es necesario tener en cuenta unas premisas. Pero en lo que Thomasius quiere insistir es en el carácter de las normas morales y jurídicas. Y como el argumento de la naturaleza de las normas no resulta fácil de distinguir, recurre al criterio de la obligatoriedad.

La obligación de la moral afecta al fuero interno mientras que el derecho está fundado en la coacción externa. Precisamente es la nota de la obligatoriedad lo que este autor apunta, añadiendo a los argumentos anteriores este elemento.

Sin restar mérito a estas afirmaciones, sería importante mencionar que definir el derecho únicamente por referencia a la coacción es dar una visión un tanto empobrecida de lo que significa el orden jurídico. Porque la remisión a la coacción implica anclar el argumento en el uso de la fuerza, y plantearse entonces la naturaleza de las penas, que no es sino uno de los debates más importantes en el contexto del derecho penal.

Si el derecho se define desde el punto de vista de la coacción exclusivamente, las penas se identifican con el castigo, y en este contexto, el orden jurídico lejos de ser una garantía, es fundamentalmente un orden peyorativo y negativo, en donde no tendrían cabida elementos como la justicia, o la buena fe, o la equidad.

Se entiende así que el derecho se limite entonces a un ámbito que es más bien formal, y, por tanto, en el que terminan por no importar los contenidos de la conducta que se regula, sino fundamentalmente los criterios de legitimación formal de las normas. Sólo así se pueden explicar conductas como la de Hitler, o sin ir más lejos, como la de Fidel a finales del siglo de las revoluciones.

En cualquier caso, y teniendo en cuenta el hilo de la argumentación, Thomasius ofrece positivamente una sistematización de los elementos que podrían diferenciar cada uno de estos ámbitos. Y aprovechando estas distinciones, está el terreno abonado para que cuaje no sólo una distinción, sino más bien una contraposición entre moral y derecho.

La argumentación de Kant renatará esta situación, al manifestar de modo claro la moral y el derecho como dos campos que son de naturaleza radicalmente diferente.

La moral es autónoma (depende de sí misma) y el derecho es heterónomo (depende de otros). Aquélla proviene siempre de instancias internas y, por tanto, propias del sujeto, mientras que el derecho deriva siempre de instancias externas, que implican una peculiar imperatividad para el sujeto.

No hay que olvidar que este modo de razonar se acepta en un momento en el que el problema del derecho es el problema de la legislación. La consolidación del Estado (al menos los intentos de consolidación) requieren de la utilización del derecho como elemento de definición de un nuevo modo de organizar la sociedad.

El desarrollo del derecho administrativo, y de la función pública abren con fuerza el diálogo acerca de la distinción respecto al derecho privado. Y el derecho positivo empieza a ramificarse.

Junto a ello, la codificación ofrece una visión muy concreta del elemento jurídico, en el que todo derecho remite al derecho positivo, y sólo el derecho sancionado como tal puede merecer el calificativo propio. Se insiste en la positivación, diferenciando cada vez con más fuerza el derecho natural.

En este contexto es muy fácil entender que el derecho es un orden radicalmente distinto de la moral. Probablemente son distinguibles, pero como se ha dicho por algún autor, no son ámbitos separables.

El derecho natural no pertenece al ámbito de lo positivo, y por eso se llega a entender como una especie de moral constituida en ordenamiento jurídico previo al positivo, que lógicamente termina cayendo por su propia base. El derecho positivo asume así un protagonismo que termina con el rechazo tanto del derecho natural, como de todo tipo de referencias morales.

Se inicia, por tanto, en este período histórico un debate todavía vigente entre positivismo e iusnaturalismo, como modos diferentes de definir el fenómeno jurídico, y sobre todo, como respuesta a un perfil del derecho de carácter eminentemente formal.

La legalidad y la moralidad han pasado así de la confusión de la primera etapa a la contraposición en este tercer momento, pasando por la distinción de la etapa anterior. La Ilustración ofrece un modelo nuevo no sólo de sociedad, sino también de persona, y

en último término, de la condición humana. Y nuevamente hay que interpretar los argumentos situándose en el momento histórico propio para poder calificarlos.

La defensa de la legalidad tiene el riesgo de perder de vista el contenido de lo que se legaliza. Y aun siendo muy importante el dato formal para definir el derecho, no deja de ser menos importante la atención a la conducta concreta que se trata de regular.

Quizá el problema ha sido una pretensión de unicidad al interpretar el papel de la moral. Y sobre todo una confusión de los criterios morales con los religiosos, como si el respeto a la condición humana fuera una cuestión exclusiva de credo de fe.

En cualquier caso, lo que hay que decir es que la moral afecta a la actuación de la persona, o si se prefiere del sujeto, en cuanto que tal sujeto, y, por tanto, no sólo por referencia a la convicción religiosa, que no es sino un modo concreto de interpretar esa conducta del sujeto en cuanto que tal sujeto.

Esto significa que querer aceptar unas referencias morales no tiene por qué interpretarse en unos términos tan peyorativos, que se confunda el respeto a las personas con el fundamentalismo.

Con esto, se quiere señalar que la Ilustración ofrece su aportación propia, incidiendo en unos criterios sistemáticos para diferenciar el derecho y la moral. Pero de esa distinción

se pasa a la contraposición, haciéndose necesario el establecimiento de algún tipo de equilibrio que devuelva la realidad a su lugar propio.

En la etapa contemporánea, el salto de la Ilustración a estos días no deja de ser tan genérico como la exposición que se está haciendo. Pero ya se advirtió que se trata de ofrecer una visión muy panorámica de la situación, a los efectos de deducir cómo se han entendido históricamente las distinciones entre estos dos órdenes normativos.

Y a ello hay que añadir que la visión ilustrada se ha mantenido vigente; y que los debates en torno al iusnaturalismo y al positivismo no han cesado de estar presentes, al menos hasta la primera mitad del presente siglo. Sólo que la experiencia de dos guerras mundiales y de otros muchos estragos, han llevado a una posible reinterpretación de la persona, y, por tanto, de la condición humana, es decir, tanto de la moral como del derecho.

Durante todo el siglo XIX se mantienen los argumentos de Kant y de Thomasius. La racionalidad se convierte en una especie de instrumento para fundamentar y explicar cualquier orden de conducta. Y sobre todo, impera una consideración del derecho, que por impulso de la codificación remite al derecho exclusivamente positivo.

Hay que recordar que el derecho positivo es en sentido propio el derecho que hay vigente. Pero junto a ello no se puede descartar que existen principios, que incluso el

propio texto positivo reconoce, para interpretar y entender en la medida correcta la norma vigente. Y dichos principios no son únicamente de carácter formal.

Con esto, lo que se quiere afirmar es que definir el derecho positivo por referencia a las disposiciones vigentes única y exclusivamente resulta un planteamiento muy empobrecedor del elemento jurídico. Y fundamentalmente no acorde con la realidad jurídica, si se puede utilizar esta terminología.

“De hecho, la oferta de los positivistas ha terminado siendo tan poco útil como la de los iusnaturalistas. En dos guerras mundiales se han perdido casi 90 millones de vidas humanas; se han utilizado campos de concentración y se han asesinado a innumerables sujetos sólo por ser de una raza distinta; se ha puesto término a muchas vidas inocentes...y un sinnúmero de ultrajes que resultan de difícil explicación. Y ello, en un contexto en el que los mecanismos de protección jurídica se han multiplicado. La pregunta es qué ha fallado, para que todos esos instrumentos no hayan sido de la eficacia que se esperaba”.²⁵

En 1919, después de la I Guerra Mundial, se intenta una especie de convivencia internacional, avalada por la creación de la sociedad de naciones. Pero la propuesta estaba claramente frenada por el derecho al veto reconocido para las cinco grandes potencias.

²⁵ **Ibid.**

Este derecho obstaculizó un proceso de paz, que vuelve a verse truncado durante la II Guerra Mundial. En 1945, y todavía sin estrenar la Carta de San Francisco, dos bombas atómicas destruyen Hiroshima y Nagasaki. Y después del estreno atómico se acuerda la creación de la Organización de Naciones Unidas, en la que los Estados se comprometen a salvaguardar la paz y el respeto a los derechos fundamentales.

Esos deseos se concretan en múltiples estrategias de tipo político, y también en la proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, reforzada por los Pactos Internacionales de 1966.

Con todo ello se muestra un intento de salvaguardar a la persona, más que de asegurar garantías que no han dado el resultado esperado.

En este período resulta claramente insuficiente un debate sobre la viabilidad del positivismo o del iusnaturalismo. Lo más cierto es que la racionalidad no sirve de límite o contrapeso para que lo formal refuerce el contenido de las normas. Por tanto, hace falta pensar otra posible solución.

No se trata de confrontar norma jurídica y norma moral, pero sí de constatar que esa contraposición si se admite en la práctica, implica que todo lo que esté formalmente sancionado como válido, es legal y, por tanto, es aplicable. Pero por correcto que parezca el argumento lo que termina sucediendo es que por la vía legal puede justificarse absolutamente todo. Los campos de concentración de Hitler eran legales; la

falta de libertad de Castro era legal; los atentados a la solidaridad en la antigua Rusia son perfectamente legales, como sería la proliferación de homeless en Estados Unidos.

Si esto fuera así, dónde están los límites del derecho. Y la respuesta tendría que ser que la moral no puede ser un límite en la medida en que no tiene carácter universal. Quizá resulte cierto. Pero si el límite no es la norma moral en sí misma, si lo es la condición humana, es decir, aquel mínimo que define quién y qué es una persona.

Por esta línea, en estos días, la relación entre el derecho y la moral tienen una versión claramente diferente. No se asume la moral en los términos clásicos que se había entendido desde el siglo XVIII. Pero si por moral se entiende el conjunto de normas que potencian el respeto a la persona, dicho argumento es admitido.

A ello habría que añadir el importante papel que han jugado los movimientos sociales, por la vía del reclamo de algunos modos de definición del sujeto y su entorno, que por la praxis habían desaparecido.

Todos los movimientos sociales tienen también su origen en unas circunstancias históricas muy concretas, que son específicas de este siglo.

El proceso de descolonización motivó la necesidad de respetar la pluralidad, y, por tanto, de incluir como válido lo que resulta distinto. De ahí surgen todos los movimientos en contra de la xenofobia y el racismo.

Junto a ello, los estragos causados por la bomba atómica y las consecuencias de las dos guerras mundiales, potencian el despliegue de los movimientos pacifistas, en un intento de mantener la paz en el grupo social a partir de la paz en la propia persona, sobre todo por influencia de la obra de Ghandi.

Los atentados contra los recursos naturales, como manifestación de las diferencias entre países pobres y ricos, hace que para unos dichos recursos sean un modo de explotación económica y para otros un modo de supervivencia, sin controlar de ningún modo el uso de esos recursos. Este grave problema es el objetivo central a resolver por parte de los movimientos ecologistas.

Y el respeto a la persona, que incluye no sólo el respeto por lo diferente, sino también por todos aquellos grupos que han sido marginados por la sociedad, potencia el nacimiento de los movimientos feministas y de todos los movimientos en contra de la marginación.

Con este panorama, se entiende que el siglo XX haya pasado por dos extremos claros: de la mayor destrucción de la persona con el fin de respetarla a través de la recuperación de su propia realidad, salvaguardando a la propia persona y al entorno: trabajo que está siendo realizado precisamente por todos estos movimientos. Junto a ello, se ha pasado de un diálogo sordo entre iusnaturalistas y positivistas, a un intento de interpretación ética del origen y la aplicación de la norma jurídica. Lo que implica que se ha derivado de la contraposición entre derecho y moral, a un intento de respeto de

las llamadas necesidades mínimas, que tienen un carácter universal, o al menos son admitidas de un modo objetivo.

Esta visión, en la última etapa mencionada implica una proposición mucho más amplia del derecho, no aislado del contexto en el que va a aplicarse, y obviamente no desvinculado de la finalidad que con él se persigue: el respeto a la condición humana.

Con estas cuatro etapas se ve claramente la evolución vivida en el contexto de las relaciones entre el derecho y la moral. Y sobre todo confirman los esfuerzos por unificar la interpretación teórica de las cosas con la realidad de las mismas.

Es por ello que a pesar de los esfuerzos de unión que se han llevado a cabo, uno de los más importantes problemas es la propia evolución de los términos derecho y moral. En cuanto al primero, alguna referencia se ha hecho al cambio de consideración del derecho como jurisprudencia, al derecho como ciencia jurídica.

Sin embargo, es más difícil de situar cuál es la definición de moral que va a plantearse como referencia para el tema que ocupa. Y la cuestión principal es que resulta casi imposible dar una oferta única de la moral. Hay que considerar el planteamiento histórico, pero también los parámetros de definición que se utilizan al respecto.

3.5. Derecho y política

Como ya se ha puesto de manifiesto, a veces es difícil establecer diferencias operativas entre los ámbitos normativos. En la práctica no se puede separar radicalmente la norma jurídica del tipo de sociedad en donde se aplica, o de los criterios morales que en ese grupo hay vigentes, o del sistema económico que se toma como referencia.

Las normas jurídicas son utilizadas habitualmente como cauce para hacer viable una visión concreta de la sociedad. Este modo de proceder confirma que las normas jurídicas no son asépticas, pero esto no quiere decir que directamente el derecho es sin más un instrumento de poder político. Lo es, pero no solamente.

En numerosas ocasiones se confunde la referencia a los bienes propiamente humanos con un sistema de votaciones. El situarse en un contexto democrático posibilita una especie de libertad ilimitada, que se ejercita por el juego de las mayorías y minorías. Y desde esa visión, absolutamente todo es posible en una democracia. Tanto, que se asegura que es el mejor de los sistemas.

No hay duda de que lo es, pero la democracia es un sistema de organizar la sociedad y consecuentemente el poder. Se trata de un sistema político que descubre muchas expectativas al ciudadano, pero no al ciudadano mismo. El respeto al otro, la tolerancia, la pluralidad... y un largo etcétera son elementos acuñados por la democracia, pero que ésta exista no quiere decir que automáticamente esos elementos sean experiencia vital.



La democracia asegura la realización de esos elementos, pero su ejercicio no depende sólo del sistema, sino fundamentalmente de los ciudadanos y de la educación que hayan recibido.

En realidad, qué tienen en común el derecho y la política para que en la práctica sea imposible una distinción total entre un orden normativo y otro.

Podría decirse que en ambos casos se está tratando la conducta humana, pero esto no es suficiente. El derecho es una forma de regularizar la fuerza o si se prefiere el poder aunque no solamente. El derecho, en términos muy simplistas podría identificarse con la vía para organizar la sociedad de acuerdo con un determinado sistema político.

Al tiempo que la política viene a desarrollarse como el marco de organización de la vida de la sociedad, imperando (bien sea por el juego de mayorías, o por otros modos, dependiendo del sistema político) un determinado punto de vista acerca de dicha organización y como consecuencia acerca de las conductas a las que hay que dar forma jurídica o no.

Esto implica que tanto en el derecho como en la política se está utilizando como parámetro el poder. Y en ambos casos se está optando por un modelo concreto de sociedad y de ciudadano.

En último término, hay que afirmar que el derecho tiene respecto a la política un condicionante importante: la elaboración de la norma jurídica está completamente subordinada a los criterios políticos que estén vigentes en la sociedad. Eso es un condicionante, pero también una vía para aclarar la cuestión: esa referencia quiere decir que la norma jurídica (por tanto, lo que hemos denominado aspecto normativo) depende directamente del criterio político. Pero no así lo que se ha definido como derecho.

Es decir, que la relación entre derecho y política pasa por los elementos de la experiencia jurídica, pero de modo muy distinto por cada uno de ellos. Obviamente las necesidades del grupo estarán condicionadas por el sistema político, y por quien tenga poder político en cada momento.

Pero esa influencia no margina radicalmente la definición de los bienes que especifican a la condición humana, que en cualquiera de los casos no dependen del sistema político. Sin embargo, sí habrá una gran dependencia en lo que se refiere a eses aspecto normativo. Tanta dependencia que el propio ordenamiento jurídico tienen que prever las posibles confusiones entre derecho y política, estableciendo los cauces jurídicos y las garantías adecuadas para que esa confusión no derive en la arbitrariedad o en los atentados contra la justicia.

Si el derecho se define únicamente por el aspecto de norma, y, por tanto, como un conjunto de normas o disposiciones vigentes, el derecho no es sino un modo de encubrir el totalitarismo; o dicho de otro modo, en una versión positivista radical del

derecho, éste no es sino un mero instrumento al servicio del poder político y, por tanto, incapaz de realizar ningún tipo de valor superior.

Sin embargo, en la propuesta del derecho, éste no se agota en la dimensión normativa, aunque efectivamente sea muy importante. Precisamente la distinción de elementos es la única vía para diferenciar cada orden normativo.



CAPÍTULO IV

4. Corrientes del pensamiento jurídico penal

Son tantos y tan diversos los problemas que se le plantean al derecho penal que no ha habido un solo instante en la historia de su estudio en que no haya alguien tratando de resolver una cuestión dogmática, o replanteándola o haciendo una nueva propuesta o combatiendo anteriores ideas, alguien en algún lugar, en este momento esta pensando el derecho penal y sus problemas.

Los pensadores penales, se han conformado no en pensamientos idénticos, sino en teorías que tienen rasgos comunes. Se denominan escuelas penales aquellas en que los rasgos comunes del pensamiento jurídico - criminal son los que prevalecen.

Las escuelas del pensamiento penal que mas han influido en la dinámica del estudio y tratamiento del delito, sus causas, los autores, las normas que lo regulan y en general todo lo que conforma el derecho penal son:

- La escuela clásica
- La escuela positivista
- La escuela ecléctica
- La escuela sociológica
- La escuela dogmática

- La escuela finalista
- La escuela de la dogmática jurídica contemporánea o nueva política criminal
- Escuela abolicionista del derecho penal
- Escuela del derecho penal mínimo.

Las escuelas en mención, se realizará una breve descripción de cada una de ellas.

4.1. Escuela clásica

A los pensadores clásicos; Carrara, Rossi, Bentham, Carmignani, Pessina, los distinguen los siguientes principios: para estos el delito es una declaración jurídica, no se da de hecho en la sociedad, se requiere de una declaratoria del legislador como representante del estado para que el delito tenga incidencia dentro de sus destinatarios. Si alguien infringe una norma jurídica da lugar a que se configure un delito. Solo existe el delito en la medida en que preexista una norma de derecho.

Ahora bien, el delito genera consecuencias y la pena es una de ellas. Con la pena se pretende restablecer el orden jurídico violado. Por eso con el castigo se quiere dar al sujeto activo de la infracción una retribución moral. El castigo que se infringe con la pena, debe ser proporcionado al daño causado.

Cuando hablan de responsabilidad penal (culpabilidad) se dice que esta es fruto del libre albedrío del individuo. Según los clásicos, el hombre escoge dirigir su conducta entre el bien y el mal.

El tipo penal es modelo de conducta referido a la parte objetiva de la acción. El tipo es una figura objetivo – descriptiva del comportamiento externo. Mientras la tipicidad como categoría es un juicio que compara y ubica la conducta realizada, con el modelo de conducta que describe y prescribe el tipo en la ley.

Ya que el tipo es el molde de la conducta y la tipicidad es un juicio que ubica la conducta realizada al molde de la ley. El tipo se separa del injusto.

4.2. Escuela positiva

Contrario al pensamiento clásico, el delito es un ente de hecho, no es una elaboración jurídica salida de la autoridad del estado por medio de su legislador legítimo. El delito es el efecto del comportamiento humano condicionado por factores sociales, físicos y antropológicos. El criminal no es otra cosa que un anómalo psíquico. Un inadaptado.

Por lo dicho la pena actúa como defensa de la sociedad, esa su razón de ser. La finalidad de la pena es rehabilitar al individuo y evitar su reincidencia en el delito.

Entonces, el sujeto activo del hecho lesivo, debe ser aislado y sometido a tratamiento penitenciario.

La responsabilidad o culpabilidad para estos pensadores (ferri, garofalo entre otros) se fundamentaba en la peligrosidad del individuo: "el individuo merece mayor o menor pena en la medida en que represente un peligro mayor o menor para la armonía social".

4.3. Escuela ecléctica

Se niega que el delito sea una elaboración de hecho como lo predica la escuela positivista y que tampoco es una elaboración de derecho como lo establece la escuela clásica. Aseguran que es un fenómeno determinado por causas sociales: mientras la sociedad no se reforme, la causa ultima de las acciones delictuosas son las condiciones sociales de los individuos. La pena actúa como intimidación que se causa contra el sujeto. La intimidación contra el sujeto es una forma de defensa social. Para saber si la sanción es efectivamente intimatoria, esta teoría propone la distinción entre imputables e inimputables, según sean o no conscientes del significado de la pena.

La responsabilidad penal tiene su soporte en la peligrosidad del agente. La peligrosidad se mide por el efecto disuasivo que tenga sobre la consciencia del sujeto la pena.

4.4. Escuela dogmática

Para nada importan los factores sociológicos, antropológicos o criminológicos del delito. La norma penal es el fundamento de su objeto de estudio. Si una determinada conducta

contraviene el derecho penal vigente, se torna delictiva. Para los dogmáticos es una acción u omisión, antijurídica y culpable.

4.5. Escuela finalista

Para estos el delito es una acción injusta y culpable. Por lo anterior se dice que no hay delito si no coinciden acción y descripción legal. Si la acción no esta prevista como delictiva, se da la Atipicidad objetiva. Ahora la comisión del delito exige dolo o culpa, esto es que la voluntad del agente infractor este dirigida a la acusación de un daño o que actúe de forma descuidada de tal suerte que el delito ocurra. Si el actor no obra con dolo o culpa, no hay delito como tampoco lo hay si concurren causales de justificación, que como la legítima defensa o el estado de necesidad hacen permisiva la conducta dañosa. Si la conducta se produce por error, el delito se desnaturaliza. Distinguen dos clases de error, uno; si el autor se equivoca al realizar su conducta, sobre los elementos del tipo penal (error de tipo) y, el otro, error de prohibición, si el autor desconoce que su conducta estaba definida como delito.

Para esta escuela, la pena, que es consecuencia de haber obrado con culpabilidad (responsabilidad), tiene tres fines; preventivo, que se da con la amenaza de la carga aflictiva o sanción y que se traduce en un temor. Retributivo, dado con la aplicación de la sanción. Y finalmente, orientado a la resocialización del autor que se deriva de la ejecución de esa pena y que se supone redimirá a la sociedad del mal causado y que el

delincuente ya no cometerá mas ilícitos y podrá reintegrarse a la sociedad a la que pertenece.

4.6. Escuela dogmática jurídica contemporánea o nueva política criminal

El delito es un asunto político. El derecho penal crea el delito como un problema situado en la perspectiva política. Por eso el delito se define según la forma de estado en que se de. El delito no es un ente abstracto, sino orientado por una perspectiva política a la cual obedece su definición.

La pena debe cumplir una función preventiva, nunca retributiva. Con el tratamiento penitenciario se debe buscar la resocialización de las personas.

La responsabilidad no es consecuencia del libre albedrío. Es preciso fundarla en las razones individuales que lleva el delito.

4.7. Escuela abolicionista del derecho penal

También conocida como escuela del radicalismo absoluto. Propugna por la abolición del derecho penal y su lenguaje. No aporta conceptos sobre lo que seria el delito, la pena y la responsabilidad. La negociación es el factor determinante frente a los conflictos individuales que se den en el seno de la sociedad y es el estado quien debe estar instituido para servirle al individuo a superarlos y no al revés, como ocurre hoy. Esta

escuela hace críticas de fondo al derecho penal, la sociedad no ve que con las penas se reforme o normalice el delito. Hay que construir una sociedad en la que el delito pierda el contenido que hasta hoy ha tenido y de igual forma sea abolido lo que tenga que ver con la pena y la responsabilidad.

4.8. La crisis del pensamiento resocializador

La resocialización, entendida como la pretensión de hacer partícipe los valores de una sociedad a aquél a quien se ha impuesto una pena, ha sido cuestionada en las últimas décadas.

Esto tiene sentido si el Estado se compromete con dinero a que hayan proyectos resocializadores completos. Por ello, en ningún caso es aceptable plantearse la resocialización sin antes haberse planteado el análisis del modelo social en el cual se quiere integrar al reo y sin haber efectuado el estudio de las causas que han llevado a ese reo a delinquir. El problema de la marginalidad social en nuestra sociedad, su relación con la criminalidad y la propia actuación del derecho penal y las instituciones penales como factor de marginalización, inciden sobre las mismas bases de la idea resocializadora.

Otro elemento importante en la prevención especial es un programa educativo, lo que es muy complicado. Sin embargo, en ningún caso a través del derecho penal se puede pretender modificar el cuadro de valores de una persona ya que esto choca entre otros principios contra el pluralismo y con el libre desarrollo de la personalidad, valor básico en un Estado de derecho. Esta poderosa razón lleva a un importante sector de la



doctrina a afirmar, tal como hizo Barrero Santos que “socializar no significa otra cosa que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delitos, no que haga suyos los valores de una sociedad que puede repudiar.

Nos encontramos pues con que en ningún caso la prevención especial puede consistir en introducir coactivamente los valores de la pena con los valores mayoritarios.

CONCLUSIONES

1. El sistema penal vigente queda configurado así como un sistema dualista. Este sistema aplica alternativamente unas u otras, y cuando aplica ambas a un mismo sujeto lo hace conforme al denominado sistema vicarial.
2. El paso de un grado a otro en el sistema penitenciario guatemalteco se establece en función de que evidentemente si fuera prevención especial tiene que tener un correctivo, por lo tanto, también funciona con efectos preventivos generales para medir la seriedad de la amenaza.
3. El pensamiento jurídico penal en el Código Penal guatemalteco, no debe de ir basado únicamente en un elemento del derecho penal, ya que ese ha sido uno de los errores más grandes en la justicia penal, debido a que se encaminan en el delincuente y pena, donde debería de ser en el método, delito y la resocialización del delincuente.
4. Guatemala afronta el problema de una debida aplicación del sistema de justicia, debido a que no existe un sistema adecuado sobre la aplicación del pensamiento jurídico penal en el Código Penal guatemalteco, ya que los jueces y magistrados no lo aplican.



RECOMENDACIONES

1. El Consejo de la Carrera Judicial debe de procurar impartir en los jueces de instancia penal, la difusión de un sistema de estudio sobre el pensamiento jurídico penal en el Código Penal guatemalteco, debido a que la legislación la aplican con mucha ambigüedad.
2. Los juzgados penales, deben de indicar la importancia de determinar y unificar criterios para impartir justicia, con el objeto de que se garantice el debido proceso y se proporcione una justicia pronta y cumplida, debido a que las penas que se imponen no son adecuadas para el control y seguimiento de la justicia.
3. La Corte Suprema de Justicia mediante la Escuela de Estudios Judiciales, deben de incluir en la preparación de los nuevos jueces la forma de desarrollar en sus sentencias y razonamientos al pensamiento jurídico penal, con el objeto que no existan disposiciones arbitrarias.
4. El Organismo Judicial, a través de la Cámara Penal, debe de establecer un patrón de seguimiento en cuanto a las sentencias emitidas por los jueces, debido a que en la mayoría de casos se encuentran mal tipificados los delitos, originando un mal proceso y una conducta injusta.





BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico del derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2005.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal**. Barcelona. España: Ed. Bosch, 1989.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal. **Derecho penal guatemalteco**. Guatemala: Ed. Fénix, 2004.
- FERNÁNDEZ, Juan. **Investigación criminal**. Caracas, Venezuela: (s.e.), 2010.
- FONTAN BALESTRA, Carlos. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires, Argentina, (s.e.), 1989.
- GARÓFALO, Rafael. **Crimen**. Caracas, Venezuela: (s.e.), 1998.
- JIMÉNEZ DE ASUA. **Criminología**. México: Ed. Universitaria, 1998.
- MAPELLI CAFFARENA, B. **Principios Fundamentales del sistema penitenciario español**. Barcelona: Bosch, 1983.
- MIR PUIG, Santiago. **Tratado de derecho penal**. Barcelona. España: Ed. Bosch, 1991.
- MIR PUIG, Santiago. **Problemática de la pena y seguridad ciudadana. En El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ed. Ariel, 1994.
- MORALES FERNÁNDEZ, Sergio Fernando. **Informe anual circunstanciado 2006**. Guatemala: (s.e.), 2006.
- QUINTANILLA SALDAÑA, Jhose. **Criminología**. México: Ed. R.L., 2001.



RODRÍGUEZ BARILLAS, A. **Análisis crítica de la política criminal 1994-1998.** Guatemala. (s.e.), 1999.

ROQUE, Luis. **Ecuación del adulto.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Guadalupe, 1982.

Situación Penitenciaria en Guatemala, Informe de Verificación, 2000.

VALDES YAVAR, Jorge. **Seguridad y prevención.** Nicaragua: (s.e.), 2010.

VON LISZT, Fran. **El delito.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Kapeluz, 1996.

WOLFFANG, Fherman. **La subcultura de la violencia.** México. Editorial F.C.E, 1982

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal.** México, D.F.: Ed. Cárdenas, 1986.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología.** Bogotá: Ed. Temis, 1993.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Penal. Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala. 1973.

Ley del Organismo Judicial. Decreto número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala. 1989.

Ley del Régimen Penitenciario. Decreto número 33-2006 del Congreso de la República de Guatemala. 2006.