

# Algunas reflexiones sobre la investigación Jurídico penal

**María Cruz Camacho Brindis\***

Sumario: Introducción / I. La importancia de la investigación jurídico-penal / II .A. Lineamientos en una investigación en materia penal / II.B. Etapas de la investigación jurídico-penal / III. Marco teórico y metodológico / IV. Modelo desarrollo de la investigación.

## Introducción

Una adecuada adquisición de conocimientos no puede descuidar jamás la realidad social, de allí que la investigación se constituya en un medio necesario para el logro de tal fin. El Derecho Penal no se mantiene ajeno a esta finalidad, el texto jurídico no puede entenderse autónomamente sino en su contexto pragmático y, es ésta, fundamentalmente, la meta de la investigación jurídico penal, transformándose así en la mejor manera de comprender la realidad, alejándose de lo que Ihering calificaba de "Cielo de los conceptos jurídicos".

El contenido que se pretende mostrar busca despertar el interés por el conocimiento de la realidad vital, social y política, así como el cuestionamiento de lo institucionalmente establecido, se propone un cambio en el espíritu con que se aborda el estudio del Derecho Penal y, para cambiar, lo adecuado es la investigación como la mejor manera de lograrlo creativamente.

En este orden de ideas, se inicia destacando la importancia de esta innovadora forma de aprendizaje como medio de solución a problemas humanos y el planteamiento crítico de los mismos, promoviendo la capacidad de reflexión y la metodología del trabajo intelectual del estudioso del derecho penal.

Un trabajo que requiere dedicación efectiva y razonamiento crítico surgido de las propias condiciones y exigencias de la experiencia. Su importancia reside en

que puede constituir un gran aporte en la adopción de políticas legislativas, de allí que el investigador habrá de introducirse, cada vez más, en los esfuerzos por buscar soluciones nuevas acordes a un mundo de relaciones conflictivas en constante cambio.

Se exponen las etapas de la investigación jurídico penal, destacando la importancia de cada una de ellas, desde la formulación del problema, la necesidad de tener un objetivo general en cada estudio que se lleve a cabo, de orientarlo teóricamente a partir de modernas concepciones sobre Derecho Penal, todo ello, en un marco metodológico capaz de presentar las mejores soluciones a partir de hipótesis (provisionales y anticipadas), como única manera de impulsar la investigación.

Se expone, de igual forma, la importancia de formular objetivos específicos, niveles de conocimiento que logren implementar experiencias de aprendizaje, y se destaca la importancia de formular un contenido informativo y un diseño.

La recolección de la información y su procesamiento implica la percepción de la realidad socioeconómica en que el orden normativo se desarrolla, incluyendo el estudio y recolección de datos más relevantes para su aplicación al estudio del Derecho Penal.

También se considera que un marco teórico y metodológico debe regir toda investigación jurídico-penal. Una adecuada sistemática es la *Teoría del Modelo Lógico* que, al distinguirse de los esquemas tradicionales (teoría de la acción causalista y teoría de la acción finalista), orienta la disciplina penal hacia una dimensión de rigor científico. Por tal razón, se

\* Profesora e Investigadora del área de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Autónoma Metropolitana.

*...el texto jurídico no puede entenderse autónomamente sino en su contexto pragmático y, es ésta, fundamentalmente, la meta de la investigación jurídico penal, transformándose así en la mejor manera de comprender la realidad, alejándose de lo que Ihering calificaba de "Cielo de los conceptos jurídicos".*

presentan en forma sucinta sus planteamientos, mismos que pueden enriquecerse en las obras de sus autores: Olga Islas y Elpidio Ramírez.

En fin, se sugiere un orden que podrá enriquecerse de acuerdo a la necesidad y objetivo planteados.

Se presenta un modelo de investigación en materia penal: "El carácter subsidiario del Derecho Penal", que busca plantear la norma jurídico penal como el último recurso al que debe acudir cuando existan otras opciones menos severas para enfrentar la antisocialidad.

Consideremos entonces a la investigación como la mejor adquisición de condiciones para plantear modelos penales adecuados, con una orientación innovadora que posibilite un cambio de actitud capaz de enfrentar los efectos sociales vigentes.

Estas reflexiones bien pueden ser dirigidas al estudiante del Derecho Penal y no agotan la temática.

## I

### **La importancia de la investigación jurídico-penal**

La investigación sobre Derecho Penal debe producir conocimientos que puedan ligarse de manera directa e inmediata con la realidad social, de allí que deba conducirse a través de un contacto estrecho con el mundo circundante. Son múltiples los problemas a analizar y sólo con una adecuada programación y planificación, el estudioso del Derecho Penal logrará tales objetivos ya que el hallazgo del problema y su solución suscita una discusión y un estado de conciencia ante la problemática político-social implícita en el estudio del Derecho Penal. La investigación producirá sin duda resultados que impliquen un mejoramiento de la vida social, a través

del análisis crítico de las normas penales y de la solución de problemas humanos a los que se aplican las normas jurídicas vigentes.

Bien podrían formularse los objetivos de la investigación en Derecho Penal:

1. El conocimiento pleno de las normas penales.
2. La crítica al contenido de las normas penales.
3. La formulación de nuevos criterios de interpretación de las normas penales que abran la posibilidad real de aplicarlas en beneficio de la sociedad.

El estudioso del derecho penal no sólo conocerá el orden jurídico vigente, sino que además tomará contacto con la realidad penal, su organización y sus instituciones. Es una reorientación, diríase una perspectiva de conjunto que involucra la realidad preventiva y punitiva, con sus aspectos clave, entre ellos la criminalización, órganos de control, comportamientos delictivos, sistemas de reacciones penales tanto en adultos como en menores. De allí que el proceso de investigación sea de incuestionable valor, se trata así de vincular las ciencias penales con nuestra actividad diaria.

A través de la investigación se adquieren conocimientos que permiten enjuiciar con sentido crítico todo el contexto normativo y empírico en que actúa el *ius puniendi* con la finalidad de prevenir y reprimir eventos antisociales. Es la adquisición de condiciones para plantear modelos penales apropiados, es, como puede verse, una orientación innovadora, un cambio de actitud capaz de enfrentar los efectos sociales vigentes.

La metodología educativa se enriquece con esta forma de enseñanza que proporciona al estudiante de ciencias penales mayor iniciativa. Es el acceso a fuentes de información y trabajo de campo; es el contacto con la realidad existente en agencias investigadoras, órganos jurisdiccionales, reclusorios, consejos tutelares, etcétera.

El análisis del actual sistema normativo sólo es viable sobre la base del conocimiento de la realidad. El cómo lograrlo no depende de la improvisación sino de la tarea asidua de cada día, que no se conforma con conocimientos atrasados y en nada vinculados con el presente; la tarea consiste por ello en la intensidad de la reflexión sintetizadora de objetivos, proyectos y esfuerzos dirigidos a lograr que se analice con criterio jurídico, buscando las soluciones a través de una suficiente participación en los fenómenos del cambio social: "Hoy estamos condenados a bastarnos a nosotros mismos, y si mañana la ciencia da un paso más sin que avancemos con ella, ya no habrá apelación en cuanto a la sentencia que recaerá sobre nosotros, si nos hemos convertido en hombres retrasados".<sup>1</sup>

Para situar la solución de los problemas es necesario el acceso a recursos avanzados: manuales suficientemente amplios e informativos; publicaciones de investigaciones monográficas de reciente aparición; orientación hacia las fuentes de conocimiento íntegras, promoviendo la capacidad de reflexión y la metodología del trabajo intelectual; abocar de modo coherente la información, al menos, sobre los métodos y escuelas que en la actualidad toman como objeto los temas del orden jurídico-penal.

No cabe duda que hay que asignarle a la investigación el mérito necesario, pues es un trabajo de base que requiere reflexión crítica surgida de las propias condiciones y exigencias de la experiencia jurídica, una alternativa de cambio, una opción ante la pretendida imposición dogmática, por tanto, una nueva fórmula de comunicación y de enseñanza.

La investigación permite combinar los planteamientos abstractos y puramente teóricos con la propia experiencia real sobre la que las tesis se asientan y los presupuestos sociales, económico y político que les sirvieron de motivación: "La omisión de esos presupuestos convierte a muchas doctrinas y teorías jurídicas en meras ideas abstractas, reducibles fácilmente a esquemas intercambiables y contingentes".<sup>2</sup>

En la actualidad se niega -más que nunca- la transmisión vertical de una ciencia integrada por principios y verdades indiscutibles, de allí que el estar informado y familiarizado con la investigación permite un panorama vivo de la experiencia jurídica.

La investigación individual o de grupo suscita dudas y soluciones, nutre el diálogo y el interés por la temática objeto de estudio, provoca discusiones. En ella debe crearse una atmósfera que propicie el discurrir crítico y el despliegue de la capacidad personal de cada alumno; la investigación profundiza, aclara y da una visión más viva de la problemática jurídico-penal y un conjunto de conocimientos dinámicos comprendidos mediante el ejercicio de la discusión crítica. El carácter educativo que la investigación como experiencia ofrece, es un medio ideal para el desarrollo de las inquietudes intelectuales, al promover las aptitudes de organización, la actualización de los conocimientos y el clima favorable para el ejercicio de actitudes críticas responsables.

El objetivo central de la investigación, su razón de ser, es suscitar el dominio del método de conocimiento, al tiempo que el conocimiento mismo enseña un cierto número de casos y facilita los medios para aprenderlos: "procura el conocimiento científico por medio de la investigación personal y habilita para ésta a través de explicaciones teóricas y de trabajos prácticos".<sup>3</sup>

La ciencia del Derecho Penal observa una vinculación ineludible con otras disciplinas, de allí que el conocimiento que se logre producirá en el estudiante una visión integradora de cuestiones que van más allá del enfoque particular y fragmentario, dinamizando el conocimiento cabal de la experiencia jurídica. El estudio de una sentencia, de una institución legal, las bases de una reforma penal o de un movimiento codificador, son tan importantes para la comprensión práctica del Derecho Penal como el comentario de los textos doctrinales. El que los estudiantes comprendan los conceptos jurídico penales a través de la investigación, es más útil y provechoso, sobre todo cuando se plantean a través de supuestos de la experiencia jurídica tomados de la praxis legislativa o jurisprudencial: "Una concepción del derecho como experiencia jurídica, esto es, tendiente a captar su sentido en la plenitud de sus manifestaciones, debe orientar su enseñanza no sólo a la consideración de las formas normativas y las construcciones teóricas sino a las estructuras de la praxis social en las que éstas surgieron y sobre las que se proyectaron".<sup>4</sup>

1. SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, Problemas en la enseñanza de la Filosofía Jurídica, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense, No. 5, Madrid, 1982, pp. 13 y ss.

2. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, "Sobre el método de la enseñanza de la Filosofía del Derecho", *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense de Madrid, 1982, p. 23.

3. BASCUÑÁN VALDÉS, Aníbal, *Manual de técnica de la investigación jurídico-social*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1949, p. 65.

4. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Ob. ext.*, p. 37.

Un estudio abierto, sugerente y provechoso, sin olvido de la calidad y exigencia científica, un estudio capaz de suscitar una discusión y una conciencia sensible ante la problemática político-social inmersa en el tratamiento legal del estudio del Derecho Penal, por ejemplo: las conductas antisociales de los servidores públicos; la desviación del marco legal que se manifiesta en una sociedad; criminalidad notoria, etc. Situaciones que convierten en irrealizable prácticamente el objetivo constitucional del Estado de Derecho.

La investigación sobre Derecho Penal debe estar ineludiblemente vinculada a un momento de la realidad social. Por ello la reflexión jurídica reciente presenta un cambio en la apreciación del funcionamiento de las instituciones jurídicas al dejar al descubierto los fenómenos sociales que subyacen a él. Visión opuesta a la tradicional en donde se parte del supuesto formal de la supremacía de la ley como norma especialmente legitimada en el marco ideológico e institucional del Estado.<sup>5</sup>

## II

### **A. Lineamientos en una investigación en materia penal**

Enfrentarse al grupo de problemas que ofrece el Derecho Penal implica necesariamente indagar sobre la realidad que subyace en la elaboración de normas penales, y exige una planeación previa, sin la cual sería imposible detectar los cambios producidos en el sistema de justicia criminal. La importancia consiste en que la investigación puede constituir un gran aporte en la adopción de medidas de política legislativa, por ejemplo, modificaciones al Código Penal, des tipificación de comportamientos, tipificación de conductas graves e intolerables en una sociedad, regulación adecuada para enfermos mentales, para menores, introducción de sustitutivos penales, reordenación de punibilidades, etcétera.

Por supuesto que lo anterior significa no sólo el traslado del campo de la realidad al derecho sino la vinculación de la enseñanza del mismo con la experiencia diaria: vinculación teoría y praxis!

Sin duda que la investigación de la realidad arroja una información exhaustiva y de calidad muy superior

a la que puede proporcionar la simple suposición, ya que permite estimar con precisión las posibles soluciones a un problema planteado y susceptible de ser resuelto conforme a derecho.

El investigador habrá de introducirse cada vez más en los esfuerzos por buscar soluciones nuevas más acordes con un mundo de relaciones conflictivas cambiantes. "En resumen, la sociedad en la que vivimos, el grado de desarrollo de las ciencias del Derecho y la creciente competencia de los intereses de los agregados sociales demandan juristas más activos, mejor preparados y más creativos".<sup>6</sup>

La investigación es el mejor camino para el aprendizaje, ya que el alumno está en condiciones de encontrar una solución por su cuenta como resultado de una formulación teórica aplicada a la práctica que convierte la información (datos de la ley y la realidad social) en un verdadero estudio del derecho y sus conflictos. En otros términos: una verdadera producción de material jurídico.

Dentro de esta perspectiva surge la necesidad del dominio por parte del jurista del cómo adentrarse en lo más profundo de las construcciones jurídicas. De otra forma se caerá en el error de formar buenos técnicos para resolver problemas en serie, y malos profesionales incapaces de comprender las posibilidades de creación de nuevas realidades que tienen los instrumentos que manejan, en nuestro caso el Derecho. "Formaremos buenos juristas no cuando titulemos eficientes archivos de legislación y jurisprudencia sino cuando nuestros titulados conozcan a profundidad la estructura íntima del Derecho".<sup>7</sup>

Como puede observarse el objetivo general de la investigación en Derecho Penal es que el alumno pueda enjuiciar críticamente el contexto normativo y empírico en que se desarrolla la política del Estado para prevenir y reprimir conductas antisociales en sus fines y presupuestos.

### **B. Etapas de la investigación jurídico-penal**

La necesidad de un trabajo coordinado y conjunto posibilita una respuesta suficiente a los problemas sociales de una comunidad cuya amplitud de interacciones se hace cada vez más gigantesca, de allí que se formulen las siguientes etapas de una investigación en materia penal:

<sup>5</sup> En torno a esta consideración véase: CAPELLA, Juan Ramón, "Para un aprendizaje innovador en materias jurídico-políticas", *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense de Madrid, No. 5, 1982, p. 61.

<sup>6</sup> DA SILVA OCHOA, Juan Carlos. "La transformación de las profesiones jurídicas y la educación de las enseñanzas del Derecho", *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense de Madrid, 1982, p. 235.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 238.

1. Formulación del problema de investigación.
  - 1.1. Objetivo general.
2. Orientación teórica del estudio.
3. Marco metodológico.
4. Hipótesis de trabajo.
5. Objetivos específicos de la investigación.
6. Contenido informativo.
7. Conceptos operacionales.
8. Diseño de la investigación.
9. Recolección de la información.
10. Técnicas de recolección de datos.
11. Procesamiento de datos.
12. Análisis e interpretación de la información.
13. Conclusiones y sugerencias.

Estas etapas son las siguientes:

#### *1. Formulación del problema de investigación*

Se sugiere la libre elección de un tema. Es tan vasto y variado el campo del Derecho Penal que no puede resistirse la tentación de sugerir algunos. Así, temas como "Las fuentes reales del Derecho Penal", "La norma jurídica penal", "El ejercicio del *ius pu-niendi*", implican el cuestionamiento a la potestad punitiva estatal, su legitimación, la legalidad y todo lo inherente al ejercicio de la misma.

También resultarán atractivos temas de la parte general del Derecho Penal, como el "Dolo", o "La Culpa". De la parte especial todas las figuras típicas ofrecen gran atracción, por ejemplo, el fraude, el robo, el abuso de confianza, el abuso de autoridad, o todas las figuras inherentes a la protección penal del ambiente y, sobre todo, si se vincula con la realidad, el estudio que de ellas se realice detectará los problemas que se presenten en su interpretación y aplicación.

#### *1.1. Objetivo general*

En esta parte se precisa el objetivo general de la investigación. Un problema social genera la necesidad de analizarlo tal y como se presenta en la realidad y señalar su importancia constituye la pauta de referencia. De allí que el objetivo general sea una indicación de por qué es necesaria la investigación, qué es lo que se va a lograr con ella y cuál será el alcance del estudio.

#### *2. Orientación teórica del estudio*

Sobre las finalidades enunciadas la orientación teórica en una investigación sobre Derecho Penal reco-

***La investigación sobre Derecho Penal debe producir conocimientos que puedan ligarse de manera directa e inmediata con la realidad social, de allí que deba conducirse a través de un contacto estrecho con el mundo circundante.***

gerá necesariamente las tendencias contemporáneas como punto de partida.

#### *3. Marco metodológico*

La metodología será eminentemente científica, de frecuente vinculación con los hechos, de allí que las respuestas provisionales a los problemas planteados (hipótesis) tengan que comprobarse constantemente en la realidad concreta en que surgen, una frecuente observación y experimentación.

#### *4. Hipótesis de trabajo*

Hipótesis: "Cierta explicación anticipada, una anticipación que ha de comprobarse en y por los objetos de conocimiento o, en su caso, desecharse por impracticable. La etapa hipotética de la investigación es imprescindible en el trabajo de las ciencias: la hipótesis es el impulso originario de todo saber".<sup>8</sup>

La hipótesis impulsa la investigación y está subordinada a ciertos hechos que no se pueden pasar por alto y que no pueden contradecirse, por eso está relacionada con la selección de datos. Así: "Es la explicación provisional que damos al problema que se trata de probar a través de los datos que se recogen. La tarea de formular una hipótesis correcta es ardua y complicada; sin embargo, la familiaridad y experiencia que el investigador tenga del tema, permiten llegar a una formulación, por lo menos adecuada y lógica".<sup>9</sup>

8. BASCUÑÁN, Aníbal, *Ob. cit.*, p. 85.

9. WITKER, Jorge, "La enseñanza del Derecho", Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, México, 1982, p. 186.

### 5. *Objetivos específicos de la investigación*

Es la determinación de las metas que realmente se persiguen en el desarrollo de la investigación, es la orientación del esfuerzo, de la actividad y de las fuentes de información.

La especificación de objetivos implica desglosar los contenidos relevantes en relación a niveles conductuales concretos: "Así, deberán establecerse niveles de conocimientos (comprensión, análisis, aplicación, síntesis o evaluación), niveles afectivos y niveles psicomotores que logren implementar experiencias de aprendizaje".<sup>10</sup>

### 6. *Contenido informativo*

Es la enumeración de los aspectos que integran el problema a desarrollar, es decir, eslabones informativos que tengan coherencia y lógica interna.

### 7. *Conceptos operacionales*

Se aconseja definir todas aquellas nociones sin las cuales no podrá entenderse el estudio que se emprenda, así si se trata de una investigación sobre la función punitiva estatal, por anticipado deberá conocerse el significado de legitimación, racionalidad y legalidad.

### 8. *Diseño de la investigación*

Es la precisión del tipo de investigación que se intenta llevar a cabo. Puede ser de tipo exploratorio, descriptivo, explicativo, histórico, etc. Su tipificación orientará el cuerpo de conocimientos y los objetos de estudio.

### 9. *Recolección de la información*

La formación del alumno no se agota en el análisis intrasistemático del aparato jurídico penal, comprende además la percepción de la realidad socioeconómica en que el orden normativo se desarrolla, incluyendo el estudio y recolección de datos más relevantes para su aplicación al estudio del Derecho Penal.

La investigación es rica en información, consultando la abundante cantidad de libros y ensayos que existen.

Es necesario el acceso al manejo de fuentes de información y trabajos de campo, así como el contacto directo con oficinas del Ministerio Público, órganos jurisdiccionales, reclusorios, establecimientos destinados al cumplimiento de penas privativas de libertad y medidas de seguridad, consejos tutelares para menores etcétera.

#### a) Libros

La información obtenida de libros se concentra en fichas bibliográficas y de trabajo.

#### b) Revistas

La información obtenida de revistas se concentra en fichas hemerográficas. Las principales revistas del área son: Criminalia, Derecho Penal Contemporáneo, Revista Mexicana de Justicia, Cuadernos de Política Criminal, Cuadernos del Instituto de Criminología de la Universidad de Panamá, Doctrina Penal, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, La Questione Criminale.

#### c) Archivos

De tribunales (Poder Judicial); Ministerio Público (Procuradurías); organismos de ejecución penal; consejos tutelares, y otros organismos del Estado competentes en materia de prevención y represión de la delincuencia. Igualmente, el Diario Oficial de la Federación, memorias de los órganos estatales de control social en general, y colecciones de jurisprudencia nacionales.

### 10. *Técnicas de recolección de datos*

#### A. Encuesta

Puede ser de alguna utilidad en el campo de la investigación penal cuando se quiere, por ejemplo, conocer la realidad subyacente a una norma penal, ya que se trata de una técnica de investigación de campo útil en el área jurídico-social.

Las encuestas cobran valor cuando: 1) "No se tiene la información necesaria para resolver ciertas cuestiones; 2) cuando la información que se necesita no está a la mano en otras fuentes en forma fácil y económica.

Una vez delimitado el alcance y los datos que se quieren investigar, se define la población cuya muestra buscamos. El modo de sacar la muestra se determina en función de las preguntas a las que hay que responder; el modo de entrar en contacto con los sujetos es sumamente importante, puesto que las preguntas que se les hacen y la forma en que están formuladas puede afectar seriamente a la naturaleza de las respuestas.

Los puntos del cuestionario deben desarrollarse con mucha precaución para asegurar que: 1) No se introduzca el prejuicio; 2) Que sean inteligibles para el que responde; 3) Que pidan la información apropiada.

Se puede acudir a la encuesta aunque sus resultados no son definitivos.

#### B. Observación

La observación es: "procedimiento de mirar detenidamente el experimento, el proceso de someter conductas de algunas cosas a condiciones manipuladas de acuerdo con ciertos principios para

10. *Ibidem*, p. 93.

llevar a cabo la observación; pero observación significa también el conjunto de cosas observadas, el conjunto de datos y el conjunto de fenómenos. En este sentido que pudiéramos llamar objetivo, observación equivale a dato, a fenómeno, a hechos".<sup>11</sup>

#### 11. *Procesamiento de datos*

Se clasifica la información en función de los puntos que sirven de fundamento a la hipótesis a probar.



#### 12. *Análisis e interpretación de la información*

En este momento se detectará cómo la norma penal opera en la política criminal del Estado, y cómo incide en el contexto social.

#### 13. *Conclusiones y sugerencias*

Es la etapa final en que se sintetizan los logros alcanzados en la investigación y se sugieren cambios alternativos de enfoque y solución al problema investigado. Y, precisamente, el camino para sugerir cambios alternativos de enfoque y soluciones, está en el marco teórico y metodológico elegido. En el siguiente apartado se analiza esta cuestión.

### Marco teórico y metodológico

Un marco teórico y metodológico debe regir la investigación jurídico-penal. Una adecuada sistemática para abordar el estudio del Derecho Penal, como objeto de conocimiento, es la Teoría del Modelo Lógico que, apartándose y diferenciándose de los es-

quemas tradicionales (teoría de la acción causalista y teoría de la acción finalista) orienta la disciplina penal hacia otro enfoque rigurosamente científico y garantizado por la intensidad de la reflexión. Los iuspenalistas mexicanos Olga Islas y Elpidio Ramírez, iniciaron en nuestro país en marzo de 1965, una investigación del Derecho Penal fundada -como ellos apuntan- en la aplicación de la lógica y las computadoras,<sup>12</sup> formulando una serie de observaciones, un cuerpo de hipótesis, su experimentación y la validación o la correlación del cuerpo de hipótesis; sometiendo a revisión todas las teorías mexicanas y extranjeras y, como ellos apuntan: "En

11. PARDINAS, Felipe, *Metodología y técnicas de investigación en ciencias sociales*, Ed. Siglo XXI México, 1977, p. 47.

12. ISLAS, Olga y RAMÍREZ, Elpidio, *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1970, p. 7.

***El investigador habrá de introducirse cada vez más en los esfuerzos por buscar soluciones nuevas más acordes con un mundo de relaciones conflictivas cambiantes.***

la teoría del delito aparecía la conducta flotando en un espacio absolutamente indeterminado. Situada en un escaño anterior al tipo, resultaba lógicamente imposible proponer su definición jurídica, además, la misma ubicación invalidaba la definición de tipi-cidad".<sup>13</sup> En cuanto al tipo y a la punibilidad fueron trasladados a la teoría de la ley penal constituyendo su objeto de conocimiento, donde la norma -general, abstracta y permanente- es condición necesaria para la existencia del delito.

La Teoría del Modelo Lógico sigue un orden: aborda, previo a la norma penal, el evento antisocial (fuente real). Este involucra problemas de legitimación y legalidad, consecuentemente, problemas de prevención no penal y de prevención penal.<sup>14</sup>

Distingue dos niveles conceptuales en el universo penal: el normativo, donde quedan las normas penales (descripciones generales y abstractas) y, el nivel fáctico, en el que se ubican los delitos (hechos particulares y concretos).

De lo expuesto surge lo siguiente:

- a) La Teoría general de las normas jurídico penales;
- b) La Teoría general de los delitos;
- c) La Teoría general de las puniciones;
- d) La Teoría general de las penas y medidas de seguridad.

La Teoría general de las normas penales explica la propia norma elaborada por el legislador, por tanto, situada en el mundo *de la normatividad*. Su contenido está dado por los tipos legales y las punibilidades cuyas características son generalidad, abstracción y permanencia. Generalidad, porque se dirigen a todos sin excepción; abstracción, porque no se refieren a un caso concreto sino a todos los

que puedan realizarse durante su vigencia; y permanencia, porque subsisten a pesar de su cumplimiento o incumplimiento.

La norma es así condición para la existencia del delito, ya que tanto el tipo como la punibilidad constituyen un antecedente del delito; de donde resulta una teoría general del tipo y una teoría general de la punibilidad.

En la teoría general del tipo, el tipo es, funcionalmente una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una clase de antisocialidad, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos.<sup>15</sup>

Estructuralmente, el tipo es una clase definida en el Derecho Penal, no limitada por los marcos del tiempo y el espacio, es decir, su validez es universal (científica).<sup>16</sup>

Los subconjuntos y elementos que dan validez universal al tipo son:

- Subconjunto a: bl deber jurídico penal
- Elemento: N = Deber jurídico penal
  
- Subconjunto b: El bien jurídico
- Elemento: B = Bien jurídico
  
- Subconjunto c: El sujeto activo
- Elemento: A1 = Sujeto activo - Voluntabilidad
- Elemento: A2= Sujeto activo - imputabilidad
- Elemento: A3= Sujeto activo - calidad de Garante
- Elemento: A4= Sujeto activo - calidad específica
- Elemento: A5= Sujeto activo - número específico
  
- Subconjunto d: El sujeto pasivo
- Elemento: P1= Sujeto pasivo - calidad específica
- Elemento: P2= Sujeto pasivo - número específico
  
- Subconjunto e: El objeto material
- Elemento: M= Objeto material
  
- Subconjunto f: El Kernel
- Elemento: J1= Voluntad dolosa
- Elemento: J2= Voluntad culposa
- Elemento: I1= Actividad
- Elemento: I2= Inactividad
- Elemento: R= Resultado material
- Elemento: E= Medios
- Elemento: G= Referencias temporales

13. *Ibidem*, p. 8.

14. "Vid. IV. Diseño de investigación.

15. Vid. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL. Olga. **Análisis lógico de los delitos contra la vida**. F.d. Trillas. México, septiembre 1991. pp.27-29.

16. ISLAS. Olga y RAMÍREZ. Lipidio. **Lógica del tipo en el Derecho Penal. Ob. cit.**, p. 31 .

|                |   |
|----------------|---|
| Elemento:      | S= Referencias espaciales                           |
| Elemento:      | F = Referencias de ocasión                          |
| Subconjunto g: | Lesión o puesta en peligro del bien jurídico        |
| Elemento:      | W1= Lesión del bien jurídico                        |
| Elemento:      | W2= Puesta en peligro del bien jurídico             |
| Subconjunto h: | Violación del deber jurídico penal                  |
|                | V= Violación del deberjurídico-penal. <sup>17</sup> |

La Teoría general de los delitos tiene como objeto de conocimiento a los delitos que son sucesos de la vida real y, por ende, ubicados en el mundo de la facticidad; de donde delito es la culpable concreción de un tipo legal.<sup>18</sup> Siendo particular, concreto y temporal. Particular, porque quien lo realiza es un sujeto particular; concreto, porque se trata de casos de la vida real; temporal, porque dejan de existir al agotarse la consumación.

El hecho se configura como delito cuando hay tipicidad, es decir, la correspondencia unívoca, uno a uno, entre los elementos del tipo legal y los contenidos del delito. Para cada elemento del tipo tiene que haber una porción de contenido del delito que satisfaga la semántica de aquél, y para cada porción de contenido del delito tiene que haber un elemento del tipo que exija su concreción. Una parte del contenido surge en el momento de ser realizada la acción u omisión, y otra parte del mismo ya existía en el mundo fenoménico antes de la realización de la conducta. El contenido que surge con la conducta se denomina: "elementos del delito"; el preexistente; "presupuestos del delito".<sup>19</sup>

Con esta sucinta explicación se entiende la necesidad de construir dos aspectos teóricos diferentes: 1) la explicación de las normas penales corresponde a la teoría general de las normas jurídico penales y, 2) la explicación de los delitos es inherente a la teoría general de los delitos.

Los presupuestos son: deber jurídico penal, bien jurídico, sujeto activo, sujeto pasivo y objeto material; y sus elementos: conducta típica, lesión o puesta en peligro del bien jurídico, violación del deber jurídico penal y culpabilidad. Los presupuestos dan lugar a la teoría general de los presupuestos de los delitos y los elementos, a la teoría general de los elementos de los delitos. Con la distinción de niveles ya no se mezclan conceptos del mundo normativo con otros del mundo de los hechos.

17. Vid. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 32; *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, pp. 27-30.

18. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, *Ob. cit.*, pp. 56 y ss.

19. *Ibidem*.

En la ubicación de niveles se construye la teoría general de la punición cuyo objeto de conocimiento es la punición. Igualmente se construye la teoría general de las penas y de las medidas de seguridad. Se ubican en el mundo de los hechos y tienen su origen en la sentencia penal.

No se pretende agotar las líneas directrices de este enorme edificio teórico del Modelo Lógico. Su presencia en la ciencia jurídico penal mexicana se avala por sí misma. La intención es destacar que su metodología, rigurosamente científica, le otorga a la ciencia del Derecho Penal su verdadero significado al ser una explicación lógicamente estructurada en torno a un objeto de conocimiento: el Derecho Penal (normas jurídico penales, delitos, puniciones, penas y medidas de seguridad).

Que lo expuesto en este apartado sirva para cumplir el objetivo de la investigación jurídico penal de analizar críticamente el contexto normativo a partir de una teoría metodológicamente construida.

***Dentro de esta perspectiva surge la necesidad del dominio por parte del jurista del cómo adentrarse en lo más profundo de las construcciones jurídicas.***

#### IV

#### Modelo desarrollo de la investigación

##### Diseño

*Tema a investigar:* El Carácter subsidiario del Derecho Penal.

##### Formulación del Problema

El desarrollo de nuevos enfoques de política criminal aportan alternativas idóneas en la solución de la criminalidad.

El problema que se pretende estudiar es el uso excesivo de la sanción penal -inflación penal- que resulta incompatible con los principios de fragmentariedad y subsidiariedad hacia los que debe evolucionar el *ius poenales*.

En esta oportunidad se somete a consideración la importancia de estudiar el papel que ha jugado la perspectiva penal tradicional y analizar la necesidad de un ordenamiento penal que sea un reducido catálogo de sanciones, respuesta de concepciones sociales y culturales y no así, un instrumento del grupo en el poder.

El objetivo general de esta investigación es plantear la norma jurídica penal como el último recurso al que debe acudir cuando existan otros medios menos severos para enfrentar la antisocialidad, y ello por el fuerte impacto que en la vida de los hombres produce la pena privativa de libertad.

Justifican este objetivo las penas excesivas, la reproducción de la desigualdad social, así como la excesiva población carcelaria, la mayoría de las veces perteneciente a clases desfavorecidas socialmente. En otros términos, cuestionar el contenido del Derecho Penal existente y proponer alternativas de reducción (descriminalización legal).

## 2. Orientación teórica del estudio

En el proyecto de investigación "El carácter subsidiario del Derecho Penal", se parte del supuesto teórico imperante de la concepción liberal de un Derecho Penal fragmentario y subsidiario como único medio para garantizar y avanzar hacia alternativas que superen los inconvenientes de la realidad.

Lo anterior involucra algunas consideraciones, a saber:

a) "La propia necesidad social, confiere legitimación a los detentadores del poder legislativo para elaborar, en ejercicio del *ius puniendi* y en beneficio de la comunidad, la o las normas penales correspondientes. A su vez, la instrumentación de un subsistema de prevención no penal otorga racionalidad al ejercicio del *ius puniendi* por parte de su titular legislativo.<sup>20</sup>

b) "Se debería examinar todo el orden jurídico, a fin de emplear el Derecho Penal para proteger bienes jurídicos y asegurar metas de las prestaciones vitalmente necesarias sólo donde no basten para su consecución medios menos enérgicos, naturalmente que esto presupone una amplia investigación de la realidad del Derecho, así como mucha reflexión sobre las sanciones extrapenales adecuadas. Pero si no nos tomamos ese trabajo ante la Reforma del Derecho Penal que

nos incumbe habremos omitido plantearle al Derecho Penal una de las exigencias más urgentes del Estado de Derecho. Porque es evidente que nada favorece tanto la criminalidad como la peinalización de cualquier injusto consistente en una nimiedad".<sup>21</sup>

c) "La búsqueda de un sano efecto preventivo intimidatorio, proporcional y auto controlado, no hay que hacerla sólo a través del Derecho Penal, entendido en el sentido represivo institucional. Es necesaria una mayor "fantasía institucional" que procure la máxima eficacia preventiva con el mínimo sacrificio de la libertad individual".<sup>22</sup>

En síntesis, esta investigación pretende mostrar la necesidad de cuestionar el contenido del Derecho Penal, porque éste no es una realidad dada sin más, y por tanto imposible de modificar, sino que debería ser el resultado de la necesidad social en donde el Estado antes de crear conminaciones legislativas asegure los presupuestos necesarios económicos y socioculturales para una vida en común dirigida a ciudadanos capaces de desarrollar una existencia digna. Lo anterior se define en términos de legitimación y racionalidad.

Esta investigación implica reflexionar en torno a la relación entre el Estado e intereses individuales o colectivos de índole social objetiva, etiquetas de delincuente, principio de igualdad en la elaboración de normas penales, etcétera.

También podría resultar interesante verificar el carácter subsidiario de nuestro objeto de investigación a la luz de un periodo en el tiempo; bien podría partir de 1929 al momento actual, periodo correspondiente a las legislaciones penales de 1929 y la vigente a partir de 1931, con el fin de observar la evolución que ha tenido la regulación penal sobre todo para saber los cambios operados en el tratamiento por parte del Estado de aquellas conductas consideradas antisociales, si permanecen inalterables, o bien, si se han incluido nuevas figuras en el catálogo punitivo.

## 3. Marco metodológico

Un estudio sobre el carácter subsidiario del Derecho Penal debe hacerse dentro del marco de la crítica a la forma más estricta de control social, de allí que esta investigación sea una posibilidad de cono-

20. RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Elpidio, Fuentes reales de las normas penales. *Revista Mexicana de Justicia*, Procuraduría General de la República, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, No. 1, vol. I enero-marzo 1983, p: 27.

21. ROXIN, Claus, *Problemas básicos de Derecho Penal*, Ed. Reus, Madrid, 1976, p. 22.

22. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal y Control Social*, Fundación Universitaria de Jerez, España, 1985, p. 123.

cer la realidad jurídico penal a partir de una visión dialéctica de la antisocialidad y la reacción penal estatal como presupuesto necesario de cualquier política criminal.

La Teoría del Modelo Lógico aborda estas cuestiones a partir del concepto de evento antisocial, factores condicionadores de antisocialidad, prevención no penal, prevención penal, legitimación, legalidad y racionalidad.

#### 4. Hipótesis de trabajo

a. Las conminaciones penales se justifican por la necesidad de protección, preventivo general y subsidiaría de bienes jurídicos.

Hipótesis específica.

b. Exceso de normas penales carentes de legitimación que regulan comportamientos que bien podrían quedar fuera del ámbito punitivo.

#### 5. Objetivos específicos de la investigación

a. Conocer las garantías que deben acompañar al individuo, enfrentado al *ius puniendi*.

b. Analizar los diferentes eventos antisociales con baja punibilidad.

c. Evaluación de la mejor protección que puede lograrse desde la óptica de la política criminal, para proteger bienes jurídicos en la sociedad.

#### 6. Contenido informativo

1. Análisis de los elementos que dan justificación al Derecho Penal.

1.1. Fuentes reales.

1.1.1. Evento antisocial.

1.2. La prevención no penal.

1.2.1. Presupuestos políticos, económicos, sociales, culturales.

1.2.2. Medidas no penales.

1.3. Legitimación de las normas penales. 1.3.1. Necesidad social.

1.4. Legalidad de las normas penales.

1.4.1. Artículo 14 constitucional.

1.4.2. Artículo 17 constitucional.

1.4.3. Artículo 39 constitucional.

2. Análisis de normas penales a partir del principio de subsidiariedad de la reacción penal.

2.1. Relación entre reacción penal y proporcionalidad.

2.2. Traslado al ámbito no penal de conductas toleradas socialmente o de escasa magnitud.

2.3. Consideraciones de Política Criminal.

3. Evaluación crítica al contenido de normas penales.

#### 7. Conceptos operacionales

a. *Evento antisocial*. La actividad o inactividad que intencionalmente o por descuido atacan sin necesidad los bienes, individuales o colectivos, de índole social objetiva, que son necesarios para **hacer** soportable la convivencia social y **Dará** preservar la subsistencia misma de la sociedad.<sup>23</sup>

b. *Legitimación*. Satisfacción **de** la necesidad social oriunda de **la** comisión de eventos antisociales a través **de** la creación de normas penales.

c. *Bien jurídico*. Es un concreto interés social, **individual** o colectivo, protegido **en** el tipo.<sup>24</sup>

d. *Punibilidad*. Conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase **de** bien tutelado y cuantitativamente por **la** magnitud del bien y del ataque a éste.<sup>25</sup>

e) *Subsidiario*. El Derecho Penal sólo debe intervenir **en** aquellos casos **de** ataques muy graves a bienes jurídicos importantes y siempre que sean insuficientes otras medidas preventivo **no** penales.

#### 8. Diseño del estudio

Es un diseño descriptivo de la forma en que opera el principio de subsidiariedad en la elaboración de normas penales.

#### 9. Construcción de los instrumentos de medición

Los objetivos pueden apoyarse en encuestas de opinión y/o de actitudes del público y de los agentes del control social formal, también en estadísticas de las instancias de control social formal.

Se sugiere entrevistas en agencias investigadoras del Ministerio Público, juzgados penales y establecimientos penitenciarios con el fin de conocer:

1. La frecuencia de averiguaciones previas por delitos de baja punibilidad.

2. Número **de** procesos por estas conductas.

3. Magnitud **de** la población carcelaria por estos **comportamientos**.

4. Opiniones **de** funcionarios encargados de los mecanismos **de** control ante la destipificación **de** comportamientos **no** dañinos a la sociedad.

23. RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Elpidio, *Fuentes reales de las normas penales*, *Ob. cit.*, p. 25.

24. *Ibidem*, p. 25.

25. *Ibidem*, p. 32.

### **10. Recolección de la información**

#### a. Fuentes documentales.

Análisis de la Constitución Nacional, leyes y reglamentos, desentrañando la coyuntura política en la que surgen.

#### b. Fuentes bibliográficas.

Tratados de Derecho Penal, textos de la Nueva Criminología, investigaciones teóricas y empíricas sobre el tema.

#### c. Estadísticas y encuestas.

### **11. Procesamiento de datos**

Se trata de categorizar la información y ordenarla en función de los puntos que sirven de fundamento a la hipótesis a probar.

### **12. Análisis e interpretación de la información**

Es el momento en que, con la información previamente obtenida, se sabe cómo opera en la realidad el Derecho Penal, y en consecuencia la no observancia o la observancia del principio de subsidiariedad en la creación de normas penales.

### **13. Conclusiones y sugerencias**

En esta etapa, la última, se resumen los resultados y se podrá concluir si se ha caído o no en el empleo excesivo del Derecho Penal como única opción capaz de enfrentar la antisocialidad.