

BIEN, BIEN JURÍDICO Y BIEN JURÍDICO PENAL

Dr. Juan de Dios GONZÁLEZ IBARRA *
Lic. Emilio PEÑA RANGEL **

GOBERNABILIDAD Y DERECHO PENAL

Pensar categóricamente¹ obliga a aclarar la visión del mundo en que nos encontramos inmersos desde una visión de totalidad.

En este artículo partimos de la consideración de la realidad social y los bienes jurídicos como parte de la misma, como un proceso, en el que los conceptos se articulan dinámicamente en categorías o conjuntos de constructos para explicar interdisciplinariamente los bienes jurídicos y, la lucha que se establece por y entre ellos conforme una axiología determinada.

Si la política anticriminal se presenta como un proyecto o parte de un programa de gobierno, entonces no es como acto dado, no tiene por tanto, un punto único de partida y sólo es en función de lo que la realidad indica en ese momento y no en otro, luego la comprensión y explicación de la misma se sitúan en lo ontológico, y la transformación consciente en lo epistémico pues integra conocimiento y conocimiento del conocimiento de la acción, como forma de apropiación personal-social desde la totalidad del ser y del conocimiento de ese ser, de los fines y valores del Derecho.

La gobernabilidad entendida por lo pronto como la capacidad del régimen de satisfacer las necesidades y aspiraciones de los gobernados,² encuentra en la política jurídico-penal un referente obligado, la acción de la gobernabilidad no se realiza de manera particular sino que es

* Profesor del posgrado Facultad de Derecho y Profesor-Investigador UNAM y de la UAM Xochimilco.

** Profesor de la Universidad Autónoma del Estado de México.

¹ Véase a ZEMELMAN, H., *Los horizontes de la razón. Uso crítico de la teoría. Dialéctica y apropiación del presente. Las funciones de la totalidad*, t. I, El Colegio de México, Anthropos, México, 1992, pp. 47-78.

² GONZÁLEZ, J., *Relación entre gobernantes y gobernados en las constituciones de México 1814-1817*, UAM-Gernika, México, 1991, p. 15.

necesaria la mediación de los otros momentos. Es hechura de su época, condensación de lo que en su momento histórico es, expresando esencialmente peculiaridades de la sociedad, pero a fin de cuentas, no otra cosa.

La política anticriminal (no política criminal como se menciona incorrectamente, pues ningún gobierno puede democrática y moralmente ejercer ésta), no se puede salir de su época como tampoco de sus formas.

Por tanto, es necesario remarcar que este ámbito de la política jurídica general y de la consecuente gobernabilidad es un proceso histórico, que se remonta al conocimiento de un cúmulo de relaciones que el análisis categorial retoma.

La legislación jurídico penal también, como producto de tiempo, es resultante de las necesidades de la misma, y reproduce la problemática de ella.

Asimismo, la política anticriminal (que contiene legislación jurídico penal, sistema judicial penal, sistema penitenciario o centros de readaptación social) no puede rebasar lo históricamente pensable en prospectiva, de hecho deriva y condensa:

- a) Categorías y conceptos que ya han sido pensados anteriormente.
- b) Concepciones del mundo y de la sociedad determinadas que son el instrumento que activa la realidad.
- c) La punibilidad proviene, se origina, incide y crea de manera simultánea prácticas técnicas, científicas, institucionales y sociales, de la época en la que se encuentra inmersa.
- d) La política anticriminal como parte de la gobernabilidad³ en el plano teórico no presenta rupturas entre conciencia social e individual, no así en la práctica cotidiana.

Integrando dinámica y conscientemente los tres momentos cognitivos óntico, ontológico y epistémico podemos acercarnos más a la comprensión, explicación e innovación del Derecho penal mexicano, la ciencia jurídica relativa y epistemología de la misma dentro de la praxis de la gobernabilidad democrática, justa, equitativa, jurídica y axiológicamente fundamentada.

³ Véase el artículo "Repensar una teoría social unitaria y sus intermediaciones", de PALACIOS ALCOCER, M. y GONZÁLEZ IBARRA, J., en *Revista de Ciencias Políticas y Sociales*, núm. 158, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, México, 1994, p. 137. De aquí hemos tomado las ideas fundamentales.

En días pasados⁴ el ex embajador de México en España, licenciado Rodolfo Echeverría Ruiz, expresó la necesidad de tener una transición a la española, recordé al maestro constitucionalista, tutor político del entonces príncipe y actual rey Juan Carlos de Borbón, verdadero cerebro de esta difícil transición Torcuato Fernández-Miranda,⁵ y me volví a preguntar la diferencia entre las legítimas ambiciones políticas y las bajas codicias,⁶ esto en relación con el poder conductor del derecho en nuestra sociedad mexicana.

1. LA NECESIDAD DE PRECISAR ESTOS CONCEPTOS DE BIENES

Existe una gran confusión en el manejo y empleo de estos tres conceptos, pudiendo mencionar al respecto que tanto en libros⁷ como en códigos⁸ se emplean de manera multívoca los constructos mentales antes citados o, que es frecuente que tanto en el litigio como en el aprendizaje se confundan uno con otro o los otros, provocando que el

⁴ Consúltase el periódico *Excelsior* del viernes 26 de febrero de 1999, p. 5-A, el reportaje titulado "Necesita el país una transición a la española: Rodolfo Echeverría", en el acto de recibir la más alta condecoración el ex embajador de México por parte del gobierno español de la Gran Cruz de Isabel la Católica.

⁵ FERNÁNDEZ-MIRANDA, T., *Estado y Constitución*, Espasa-Calpe, Madrid, 1975, p. 9. Este autor define al Derecho constitucional como "La pretensión histórica: la de integrar las relaciones de poder en un sistema de relaciones jurídicas... Significa que los sujetos de la relación posean eficaz acción jurídica para hacer valer sus respectivos derechos; supone la existencia de un verdadero control del poder". Recordemos que esto lo escribió durante la dictadura franquista, siendo funcionario de la misma, sin embargo, con una visión de prospectiva jurídica que mucho ayudaría a España a partir esa transición, con el operador político de Adolfo Suárez como Primer Ministro.

⁶ FERNÁNDEZ-MIRANDA, P. Y A., *Lo que el rey me ha pedido. Torcuato Fernández-Miranda y la reforma política*, Plaza & Janés Editores, Barcelona, 1995, pp. 185-282. La ambición se detiene ante los valores, la codicia no reconoce límites, Torcuato encontró sabiamente en Adolfo Suárez al político indicado.

⁷ PALLARES, E., *Diccionario de Derecho procesal civil*, Editorial Porrúa, México, 1996. Consúltase su definición de bien y su referencia a Chiovenda.

⁸ Véase el artículo 1281 del *Código Civil para el Distrito Federal* en donde se menciona "herencia es la sucesión de todos los bienes del difunto y, en todos los derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte", el Derecho en su legislación consecuente con la categoría fundamental de *persona* no debe confundir ni mezclar bienes con derechos y obligaciones así, lo que existe en nuestro espacio y tiempo jurídicos son derechos y obligaciones no bienes como automóviles, edificios, cuerpos humanos u órganos como el hígado, corazón o pulmones, bien jurídico es el derecho a la vida no la vida misma que cae dentro del campo biomédico, no el automóvil sino el legítimo derecho sobre él, aquí se presenta el problema epistemológico de confundir el objeto con el derecho sobre ese objeto, esto es común en la

manejo indiferenciado de ellos genere diversos problemas y confusiones tanto de índole teórico como práctico, con lo cual aparte de producir un uso impreciso de lo jurídico, se debilita la labor del legislador, juzgador, postulantes y habitantes del país.

Partimos de la tesis —que intentaremos demostrar en este trabajo— que el tipo del homicidio no protege la vida humana, así como tampoco el tipo del robo tutela los bienes materiales que integran el patrimonio de los miembros de una sociedad.

1.1 *Bien*

Intentemos para empezar definir lo que es un bien⁹ y, lo entendemos como todo aquel ente, objeto o proceso el cual posee y se le reconoce por el conocimiento la propiedad de satisfacer necesidades humanas sean físicas o psicológicas, así podemos citar como bienes genéricos a la naturaleza, agua, tierra o aire, la vida humana, también aquellos ingenios o máquinas construidos por el hombre como el automóvil o la computadora, asimismo un edificio, casa, medicinas o herramientas.

Cada grupo de bienes existe con una presencia, ser o actualidad física, biológica, procesal, ideal o psicológicamente concreta, siendo su materialidad tan real la de una piedra como la de un ser ideal como es la equidad o la justicia o un sentimiento como es el placer, dolor o alegría.

Desde lo cognitivo les reconocemos tres niveles, calidades o momentos del conocimiento: el óntico, que se refiere al ser y a su definición o identificación, empleando la capacidad humana de la memoria para su ejercicio; el nivel ontológico, que tiene una calidad comprensiva y

epistemología general al confundir o citar indistintamente al objeto con el conocimiento del objeto, ejemplos de lo anterior son los manejos multívocos de referirse al Derecho tanto como realidad fáctica objetiva o subjetiva, como al conocimiento del Derecho, sin que se precise esto lo que implica problemas tanto en la práctica como en la teoría, así los conceptos, manejo y usos de uno es diferente al otro, como observación irónica podemos sostener que nadie puede meterse físicamente un código en su cabeza sin peligro de muerte, mientras que cognitivamente lo hacemos cotidianamente.

⁹ Véase a FERRATER MORA, J., *Diccionario de Filosofía*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, p. 371. Menciona: “muchas veces el bien equivale a la bondad cuando con esta última palabra se expresa abstractamente toda cualidad buena o cuando se trata de indicar abstractamente que algo es como debe ser”, también que el bien se contraponen al mal. En nuestra ciencia jurídica, desde Aristóteles el concepto de bien común forma parte de toda discusión axiológica.

explicativa utilizando a la capacidad, virtud, posibilidad o cualidad de la razón humana para su realización y, finalmente, el epistémico que se apoya en la capacidad de reflexión del hombre para poder realizarlo.

Este último espacio es el de la razón de la razón (o como lo expresó Cervantes, desde la profundidad de la reflexión creadora de nuestra lengua castellana en el *Quijote* la razón de la sinrazón), de la teoría del conocimiento, filosofía de la ciencia o epistemología término, éste que nosotros preferimos porque consideramos que es más cercano a lo que se pretende definir que es la capacidad de saber sobre o del conocimiento, para así poder construir ciencia y tecnología por la ruta del metaconocimiento de la ciencia de la ciencia, conocimiento del conocimiento, sociología del conocimiento o psicología social del conocimiento.

Aquí, en lo epistémico, nos encontramos con el conocimiento que se autorreconoce conforme a Hegel,¹⁰ aquel que va ya de regreso hacia la comprensión e innovación del Derecho como objeto y del conocimiento de éste, diferenciando el ser jurídico de la comprensión y explicación de ese ser, es un regreso o *reflexus* a la realidad jurídica o al deber ser jurídico enriquecido ya con el saber del conocimiento primario que ahora, en este momento, se convierte de ser fin en objeto o materia cognitiva.

Sin dejar atrás al dogmatismo o formalismo, es muy difícil poder aportar a la ciencia jurídica mundial nuevos elementos que enriquezcan a nuestro universo del ser y del deber ser.

Para poder construir o deconstruir el Derecho que necesitamos hacia el nuevo milenio, requerimos rebasar los límites disciplinarios que el Derecho desde la óptica positivista nos impone, incluso es forzoso salir de las fronteras del conocimiento de punta para poder crear innovaciones que favorezcan la persecución de los valores que la axiología jurídica estudia y que el Derecho intenta alcanzar.

Para concluir con este apartado podemos afirmar que conforme con la lógica formal bien sería el género y bien jurídico la especie, sin embargo, respetando a la lógica jurídica cargada de elementos axioló-

¹⁰ HEGEL, G., *Filosofía del Derecho*, Juan Pablos editor, México, 1990, p. 24. El manejo magistral de este pensador en parte se explica por sus estudios y, por haber sido desde 1818 hasta su fallecimiento en 1831, profesor de la cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad de Berlín. En el prefacio termina con las bellísimas palabras acerca de que en la vejez apenas se presenta la sabiduría, así escribe "el búho de Minerva inicia su vuelo al caer el crepúsculo".

gicos esto no es así, también se sostiene esto con el hecho de que distintas ciencias estudian diversos bienes, como la medicina a la vida humana y la salud por el camino del estudio de las enfermedades y deficiencias que padecemos como seres que formamos parte del reino animal con nuestras particularidades biopsicosociales, la arquitectura como arte-ciencia la morada que el hombre necesita conforme a indicadores de espacio, luz, ventilación, la biología a la vida animal y la astronomía al universo incluyendo nuestro mundo, existiendo metodologías diferentes en el campo de las ciencias llamadas exactas y en las del hombre.

Existen familias de ciencias que tienen un objeto común como las ciencias sociales que encuentran en la conducta, trabajo, acción humana con sentido a esa materia prima u objeto material, mientras que el objeto formal está determinado por los marcos teóricos y metodologías con las que pretenden dar forma al objeto seleccionado de estudio: a guisa de ejemplo la conducta humana sería el mármol social que cada conocimiento científico intentará dar forma acorde a acciones basadas en sus valores, principios, axiomas, postulados, conceptos, teorías y paradigmas.

Estos marcos teórico-metodológicos son los que orientarán las prácticas profesionales que se desarrollarán dentro de un conjunto de instituciones, grupos, y organizaciones, en las cuales los expertos se mueven utilizando conocimientos, técnicas, instrumentos y herramientas.

Dentro de la realidad social recapitulando bien social es el género y bien jurídico es una especie, existiendo en la realidad cultural producto del hombre y estudiada por las ciencias sociales diversos bienes como pueden ser los económicos, psicológicos, organizacionales o administrativos y, dentro de las humanidades los artísticos los que a su vez se pueden desagregar en musicales, literarios, pictóricos o escultóricos.

1.2 *Bien jurídico*

Éste, a su vez, se convierte en el género legal y en consecuencia el penal, mercantil o laboral, son especies dentro del mismo que exigen cada uno las cualidades o calidades de su condición.

Así como establecimos que en lo general un bien es aquello determinado en la realidad y al que la razón humana le reconoce la capacidad de satisfacer necesidades, también que es el ser, cosa, entidad o la parte de la totalidad al que el hombre le intuye o atribuye valor o valores, el bien jurídico en lo específico requiere satisfacer determi-

nados requisitos de existencia, lo que permite en lo cognitivo poder identificarlo, entenderlo y explicarlo como parte o componente del universo jurídico, sin que pretendamos ser exhaustivos aquí —pues ello implicaría escribir otro artículo—, señalaremos que tales requisitos pueden ser identificados de acuerdo a diversas corrientes como:

a) La naturaleza de este bien, misma que necesita tener o cumplir con las características de lo jurídico como es el que no forme parte de otros espacios o universos ajenos, tal es el caso de la vida biológica del hombre que pertenece a la naturaleza o al llamado reino o mundo animal en lo genérico y, en la especie a los mamíferos.

b) Esencia, ésta refiere a lo que determina primariamente al ser, así en el ejemplo anterior, el ser biológico se distingue del mineral por su esencia vital que implica que posea una vida formada por un conjunto de elementos, órganos y funciones.

c) Forma, no puede existir un ser sin una forma dada, incluso los constructos ideales que el hombre ha concebido en la historia de la humanidad requieren de una manera con la cual puedan aparecerse (fenómenos), expresarse o representarse, actualizarse o actuar ante el sujeto y los otros objetos y procesos, éstos son palabras, signos, objetos, procesos o convenciones sociales.

d) Estructura, esto se refiere a la manera con la cual se organiza en lo fundamental el ser, es lo permanente dentro del cambio, lo que exige mayor tiempo para su transformación, lo que proporciona el sustento que permite que se dé la existencia o acción del ser.

e) Función o límites, refiere a las relaciones internas y externas que todo ser requiere para que pueda cumplir con los objetivos y fines para los que fue creado.

f) Espacio, no existe un ente que no exija un ámbito para su existencia, sin tiempo el ser se niega, pensarlo fuera de éste resulta imposible, es lo identificado como absurdo por su imposibilidad fáctica.

g) Tiempo, es el eterno devenir identificado desde la Grecia antigua con Heráclito de Éfeso, en el sentido de que lo único permanente es el cambio, conforme a la conocida frase de que “nadie puede bañarse dos veces en el mismo río, porque ni el hombre es el mismo ni el río tampoco”, al respecto no estamos de acuerdo con el maestro Recaséns Siches¹¹ cuando sostiene que los valores jurídicos no necesitan para su existencia de tiempo y espacio.

¹¹ RECASÉNS SICHES, L., *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 47.

Congruentes con los elementos anteriores podemos especificar que bien es un concepto genérico cuya única determinación la otorga su carácter de satisfactor, lo valioso que contiene o proporciona y, en lo cognitivo el reconocimiento que realiza el hombre de ello.

Por diferencia el bien jurídico está dentro del espacio general de la realidad producida por la actividad o conducta de las personas físicas y de las colectivas estudiado desde las ciencias sociales, en particular en el campo del Derecho y cognitivamente de la ciencia jurídica, luego tiene y debe tener una naturaleza, esencia, forma, estructura, función, espacio y tiempo jurídicos, así el concepto jurídico de persona no se encuentra en el medio de las ciencias biomédicas pues por definición es el ser sujeto de derechos y obligaciones, existiendo en nuestra ciencia los seres ideales llamados personas morales o colectivas como la nación, las entidades federativas y los municipios,¹² sociedades anónimas, cooperativas, sindicatos o universidades cuya creación es jurídica.

Bien jurídico requiere de espacio y tiempo que no corresponden a los que maneja la ciencia fisicomatemática, por diferencia, estos tiempos y espacios son sociales y, conforme lo sostuvimos anteriormente, implican el cambio en cuanto al tiempo y a un espacio determinado conforme la voluntad de las personas.

1.3 *Bien jurídico penal*

Bien jurídico penal es aquel que cae dentro del tiempo y espacio propio de esta clase particular de Derecho, de aquel espacio identificado por Eugenio Zaffaroni como "sistema penal es la parte del control social que resulta institucionalizado en forma punitiva y con discurso punitivo",¹³ manifestando su preocupación de "hacer del saber penal un saber" "comprometido con los derechos humanos".¹⁴

Por su parte, desde la teoría del garantismo social, Ferrajoli¹⁵ al cuestionarse el fin y los límites del Derecho penal con base en la

¹² Consúltese el artículo 25 del *Código Civil para el Distrito Federal* vigente.

¹³ ZAFFARONI, E., *Manual de Derecho penal*, Cárdenas Editor, México, 1997, p. 30.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 39.

¹⁵ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, Editorial Trotta, Madrid, 1997. En el prólogo, Norberto Bobbio nos habla que "el garantismo es un modelo ideal al que la realidad se puede acercar más o menos. Como modelo representa una meta que permanece tal aunque no se alcance y no pueda ser alcanzada nunca del todo. Pero para constituir una meta el modelo debe ser definido en todos los aspectos. Solamente si está bien definido puede servir de criterio de valoración y de corrección del derecho existente", p. 15. El autor menciona el protagonismo del Derecho penal pro-

pregunta: ¿por qué castigar?, se interroga sobre el deber jurídico de la pena y, en lo cognitivo critica “el vicio metodológico detectable en muchas respuestas [...] consistente en su confusión” y, referente al espacio jurídico penal desde su posición sostiene que “el modelo garantista equivale a un sistema de minimización del poder y de maximización del saber judicial, en cuanto condiciona la validez de las decisiones a la verdad, empírica y lógicamente controlable, de sus motivaciones”.

Haciendo un balance histórico afirma que “el pensamiento ilustrado representa sin duda el momento más alto de la historia —nada honorable en su conjunto— de la cultura penalista [...]. Sin embargo, el esquema garantista que de él se ha recibido, basado en la idea del juicio como silogismo perfecto y del juez como boca de la ley, tiene una intrínseca debilidad política debida, entre otras cosas, a que es totalmente inaceptable desde el punto de vista epistemológico y, por consiguiente, jurídicamente impracticable”,¹⁶

Por su parte desde la Universidad de Granada José A. Sáinz Cantero sostiene críticamente, referente al conocimiento científico del Derecho penal, “tradicionalmente se viene usando la rúbrica ‘Derecho Penal’ en una doble significación: como expresión del conjunto de normas que constituyen el ordenamiento punitivo y, como alusiva a la disciplina científica que tiene por objeto de estudio el conocimiento sistemático de ese ordenamiento. Este uso, aceptado unánimemente, debe ser sometido a revisión, sobre todo con fines didácticos, por prestarse a confusión particularmente para quienes se inician en el estudio del Derecho penal”,¹⁷ establece su posición epistémica de la distinción obligada entre Derecho penal y ciencia del Derecho penal, la primera como conjunto de normas jurídicas penales y la segunda como disciplina cognitiva.

Sáinz Cantero reflexiona que “la especial energía de sus medios de reacción (penas y medidas de seguridad) caracteriza al Derecho penal

ducto de la corrupción, afirmando que “tras la fachada del estado de Derecho, se ha desarrollado un infraestado clandestino, con sus propios códigos y sus propios impuestos, organizado en centros de poder ocultos y a menudo en connivencia con los poderes mafiosos y, por consiguiente, en contradicción con todos los principios de la democracia: desde la legalidad al de publicidad y transparencia, del de representatividad a los de responsabilidad política y control popular del funcionamiento del poder”, p. 9.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 23.

¹⁷ SÁINZ, J., *Lecciones de Derecho penal*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1990, p. 59.

en relación con otras ramas del ordenamiento jurídico”,¹⁸ entendemos que esto es una identificación del espacio jurídico penal para él.

Considera sobre su antigüedad que “el Derecho penal es tan antiguo como el hombre. Pero llega un momento en la historia de la humanidad en que la inteligencia humana se plantea la cuestión de esas normas, hace problema de ellas y desea conocer su esencia, su razón, su qué y su para qué. Es la hora en que el hombre penetra intelectualmente en el ordenamiento jurídico y escudriña lo más íntimo de su ser, convirtiéndolo en objeto de estudio. Con este planteamiento intelectual se establecen las bases para el nacimiento de la ciencia del Derecho penal. . . , entendemos la disciplina que tiene por objeto de estudio el ordenamiento penal positivo”.

En lo gnoscológico afirma que “conocer el Derecho penal positivo no significa sólo conocer y entender sus disposiciones, significa elaborarlo y hacerlo sistema. Esto se consigue extrayendo los principios contenidos en sus normas para ordenarlos sistemáticamente, elaborando instituciones y estableciendo las conexiones y relaciones que entre ellas existen. . . El científico ha de mirar la norma del mismo modo que el bacteriólogo observa la gota de líquido bajo la lente de su microscopio. Esa lente, como instrumento de interpretación del jurista, le ayudará a ver el fin que la norma persigue, los intereses que tutela, la necesidad histórico-social que la hizo surgir, lo mismo que el bacteriólogo ve las bacterias de la porción que pone bajo la lente de su aparato óptico. Así se evitará el peligro de convertir la dogmática en pernicioso formalismo y, la elaboración del Derecho estará más cerca de la realidad que las normas regulan”.¹⁹

En otra parte menciona que “el conjunto de normas que integran el ordenamiento penal positivo constituyen el objeto de estudio de la ciencia del Derecho penal [...] conviene no olvidar que el ordenamiento penal positivo regula fenómenos sociales y persigue fines determinados”, conforme a esto tenemos el Derecho penal positivo como el objeto material de estudio y, podemos identificar desde lo cognitivo, lo óptico, definitorio y descriptivo, lo ontológico jurídico penal como explicativo y, lo epistémico como aquello que toma como objeto de conocimiento o saber al conocimiento del conocimiento jurídico penal, en este campo epistémico se mueve Hegel cuando afirma que la pena es la negación de la negación del Derecho.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 60.

¹⁹ *Ibidem*, p. 62.

Siguiendo a lo antes mencionado no es la conducta social del hombre en sociedad el objeto particular (mas sí el general) del Derecho, sino aquella que está delimitada conforme a los fines, valores, teorías, metodologías y epistemologías que atañen al conocimiento jurídico, para lo penal tenemos que hacer cortes históricos, teóricos, axiológicos y teleológicos conforme los fines del Derecho penal.

Por su parte, Alessandro Baratta encuentra en el desarrollo del pensamiento del Derecho penal, una fase que va de una concepción filosófica a otra jurídica, empezando la primera con el clásico tratado de Cesar Beccaria editado en 1764 *De los delitos y de las penas*,²⁰ dentro de una "concepción liberal del Estado y del Derecho, basada en el principio utilitarista de la máxima felicidad para el mayor número, y en las ideas del contrato social y la división de poderes",²¹ encuentra en el daño social y su defensa los elementos básicos de la teoría del delito y de la pena, encontrando en Romagnosi gracias a su *Génesis del Derecho penal* de 1791, otro gran penalista liberal-utilitarista, naciendo la moderna ciencia del Derecho penal italiana con el sistema de Francesco Carrara explicado en su *Programa del curso de Derecho criminal* de 1859, en el cual ya está presente lo rigurosamente jurídico penal (como en la ciencia económica con David Ricardo en su libro *Principios de economía política y tributación* de 1819), donde sostiene "el delito no es ente de hecho, sino un ente jurídico [...]. El delito es un ente jurídico porque su esencia debe consistir indeclinablemente en la violación de un derecho", diferenciando Carrara la parte teórica de la práctica, dándose el fundamento lógico de la teórica con la verdad y en la segunda por el derecho positivo.

Por su parte, Luis Enrique Romero Soto considera conforme Alimena que la primera forma de este derecho había sido la venganza privada, sin embargo, en los primeros tiempos lo privado no era conforme lo consideramos hoy, por el contrario, el individuo aislado no existía sino sólo era parte de una familia, gen o tribu.²²

Con la Ley del Talión contenida ya en el Código de Hammurabi del 2500 a.C. y en el judío, se encuentra un avance en torno a la moderación del castigo, lo que en la venganza privada no existía, lo de "ojo por ojo y diente por diente" implica límites punitivos, con la

²⁰ BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 1991.

²¹ BARATTA, A., *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, Siglo Veintiuno Editores, México, 1991, p. 25.

²² ROMERO, L., *Derecho penal*, Editorial Temis, Bogota, 1989, p. 57.

composición se daría otro avance al permitirse una indemnización a la familia o al ofendido; después el pago se haría a la comunidad.

Referente a Grecia se contradice al sostener²³ que sus aportaciones no son significativas, las disposiciones atenienses de Dracón son aberrantes, sin embargo, menciona que "es notable la contribución de los filósofos griegos al Derecho penal. Pitágoras consideró el delito como una perturbación de la armonía universal, y la pena, como su modo de restablecerla. Ésta tenía, pues, un carácter retributivo, por cuanto contraponía el mal de la pena al del delito".

En Protágoras y Platón encuentra el fin intimatorio de la pena y de corrección general y, de expiación. En Aristóteles la pena cumple con una función educativa.

El Derecho romano pasó por los tres estadios desde la venganza privada, la divina hasta la política o de tipo social, diferenciando dolo, culpa y caso,²⁴ el Derecho germano también recorrió esos tres momentos.

Estudia al Derecho penal desde la etapa canónica reconociendo en el individuo la libertad para obrar bien o mal, separando a san Agustín con su posición de la pena como retribución del mal del delito como el mal de la pena, de santo Tomás afirma que aristotélicamente él dividió a la justicia en conmutativa y distributiva, colocando al Derecho penal en la primera con un fin educativo y moralizador, como contrapasión.

Estudia las aportaciones del Renacimiento con Moro, Campanella y Bacon, en donde empieza la razón de ser la explicación de *ius puniendi* conforme al Derecho penal.

Hugo Grocio aportará los fines de la pena que son: la corrección del preso, la satisfacción de los agraviados y la defensa social, conforme las condiciones del reo.

Con el racionalismo del Siglo de las Luces realizan aportaciones Montesquieu desde la posición de la ley penal con su función de defensa social, Rousseau desde el contractualismo señala que el individuo al ceder parte de su libertad gana el derecho a que la sociedad lo proteja, Voltaire apoya al libro de Beccaria y Bentham con su doctrina utilitarista encuentra una función preventiva en la pena.

Para el derecho penal moderno Romero Soto reconoce las aportaciones de Beccaria, John Howard, de la llamada escuela clásica men-

²³ *Op. cit.*, pp. 62-63.

²⁴ *Ibidem*, p. 67.

ciona a Romagnosi, Francesco Carrara con el delito como ente jurídico, la tutela jurídica del orden de derecho en la sociedad, con su catolicismo liberal con un Derecho penal protector de la libertad interna y externa, de los fuertes contra los débiles, con las fuerzas físicas y morales productoras del delito, esta como mal ejemplo ciudadano, realizando la crítica de que es “matemática y perfecta, pero una fábrica fría, un palacio marmóreo a cuyas puertas parece que se hubiera detenido, en absorta contemplación la vida”.

De la escuela criminal positiva menciona a Césare Lombroso, Enrico Ferri, Garófalo. De la terza scuola cita a Emmanuele Carnevale en sus intentos conciliadores de la escuela clásica con la positivista, Bernardino Alimena con su sociologismo, Giambattista Impallomeni con la amenaza de la pena. La escuela penal alemana de la política criminal está presente con Franz von Liszt con la imputabilidad moral basada en la culpabilidad.

A la escuela técnica jurídica se refiere con los identificados como neoclásicos, Beling, Binding y Mayer, con sus campos de investigación: el exegético, dogmático, sistemático y crítico, la primera desde lo gramatical, la siguiente conforme los principios generales que dan vida a las instituciones, la tercera integrando conceptos jurídicos y, desde fuera de la ley, la crítica que viendo la realidad busca nuevos horizontes, contándose en sus filas a Manzini, Rocco, Massari, Vannini y Carnelutti.

Con la escuela del tipo de actor realiza la crítica desde el tipo de régimen criminal que impulsó o ayudó a formarse con la caída de la República de Weimar: el nacionalsocialismo.

Analizando a la teoría finalista reconoce la autoría de Welzel, bajo la influencia de Hartmann, Scheler y Husserl.

La doctrina del tipo expresada por Beling por primera vez en 1906, rectificada por este autor en 1930 incluyendo elementos subjetivos aparte de los objetivos, los que con Binding integran causa, voluntad y tipo.

Termina con la nueva escuela de la defensa social de Pinatel, Gramática y Vasalli y su estudio de la personalidad del delincuente.

Por su parte Muñoz Conde a partir de la norma jurídica penal empieza a elaborar su posición teórica,²⁵ definiéndola en lo general como “toda regulación de las conductas humanas en relación con la convi-

²⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1980, p. 11.

vencia”, apoyándose en Jescheck sostiene el carácter represivo de la norma penal, reconociendo que este tipo de derecho se ocupa del delito, la pena y las medidas de seguridad, define tautológicamente al delito “como toda conducta que el legislador sanciona con una pena” criticando a las concepciones filosóficas, morales o sociológicas del delito pues “ayudan poco en esta materia al jurista”,²⁶ mientras es el mal que el legislador impone por la comisión del delito”,²⁷ por su parte las medidas de seguridad surgieron por la intención moderna de corregir, rehabilitar o asegurar al delincuente.

Siguiendo a Gunther Jakobs se manifiesta partidario de que la función de la norma penal es doble como protectora y motivadora de la conducta de las personas, apoya también la crítica de lo que Roxin identifica como “la huida al Derecho penal” o “evasión de la sociedad de sus tareas de configuración politicosociales. El deber de la ciencia del Derecho penal es también poner esto de relieve y delimitar, a través de la autocrítica, las posibilidades de eficacia”.²⁸

Por lo que respecta a los bienes jurídicos sostiene que el Derecho penal se debe “limitar a castigar las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes”, estando de acuerdo con M. Mayer en que para que nuestro derecho proteja a un bien “debe tener una triple cualidad: ha de ser merecedor de protección, necesitado de protección y capaz de protección.

Lo primero depende del valor que la sociedad le reconozca, el segundo de acuerdo al carácter subsidiario del Derecho penal y el principio de intervención mínima que implica la ineficiencia de las barreras de los otros como es el caso del delito de estupro y, en lo tercero o capacidad de protección se depende de la naturaleza y condiciones de los bienes jurídicos penalmente tutelados.

Por su parte Claus Roxin al cuestionarse la legitimación del *ius puniendi* y la justificación de la pena estatal (dos preguntas obligadas en nuestra ciencia), afirma que “se requiere disponer de una concepción teórica acerca del poder punitivo del Estado”.²⁹

También sostiene que “el moderno Derecho penal no se vincula hoy ya a la inmoralidad de la conducta, sino a su dañosidad social, es decir, a su incompatibilidad con las reglas de una próspera vida en co-

²⁶ *Ob. cit.*, p. 28.

²⁷ *Ibidem*, p. 33.

²⁸ Véase *op. cit.*, p. 57.

²⁹ ROXIN, C. *et al.*, *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989, p. 20.

mún. De ello se sigue, a la inversa, que una conducta inmoral ha de permanecer impune cuando no altera la pacífica convivencia... una conducta sólo puede prohibirse con una pena cuando resulta del todo incompatible con los presupuestos de una vida en común pacífica, libre y materialmente asegurada".³⁰

UN ESFUERZO DE EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA

En este artículo se intentó evitar llegar sólo por el razonamiento al conocimiento jurídico, sino por medio de la reflexión al conocimiento del conocimiento jurídico y, en especial lo conceptual como parte de éste, con el fin de superar la confusión entre el objeto jurídico con el conocimiento de esa realidad, así como distinguir del conocimiento jurídico o sea la epistemología general y particular, aplicada a este espacio de las ciencias sociales llamado de lo jurídico en general y de lo penal en lo particular.

Lo jurídico forma parte del mundo del ser social al tener como fin dirigir la conducta humana en sociedad, de permitir la convivencia con las demás personas, recordando que el Derecho en su espacio no estudia al hombre sino a la persona, siendo ésta el ser que tiene o puede tener derechos particulares y obligaciones, creando además por necesidad histórica a ese ente al que los juristas llaman persona colectiva, social o moral y que, desde otras ciencias, se identifican como organizaciones, empresas, instituciones, grupos de poder o compañías.

Buscamos distinguir desde lo óntico (descriptivo), ontológico (explicativo) y epistémico (reflexivo), así dimensionar el ser jurídico orgánico desde la identificación de la memoria, su conocimiento en movimiento histórico desde la lógica y, el conocimiento de ese conocimiento o saber epistémico con la reflexión, para trabajar en cada momento desde sus especificidades cognitivas.

La primera categoría —definida ésta como lo conceptual orgánico en movimiento— que se hizo necesaria para delimitar al bien jurídico fue la de utilidad, la que empieza a construirse conforme el nacimiento de nuestra cultura de la sociedad industrial producto de las revoluciones inglesa y francesa del siglo XVIII, la primera técnica y la segunda política, las que crearían una nueva moral y un consecuente Derecho y, que conforme al utilitarismo se empezaría a manejar la consigna "del mayor bien para el mayor número".

³⁰ *Op. cit.*, p. 21.

Hasta nuestros días se establecería la lucha con el valor de fraternidad, el menos desarrollado de los tres que animaron a la Revolución Francesa de 1789: igualdad, libertad y fraternidad, este valor como gran equilibrado de la libertad irrestricta y de la igualdad que puede convertirse (sin la equidad) en generadora de grandes injusticias y correspondientemente de derechos injustos, esto presenta un problema de conducción política estatal, que sería concertado que no reprimido por la Prusia del canciller Bismarck y el líder de los trabajadores de la futura Alemania Ferdinand Lasalle.

No hay elección de bienes sin razón y voluntad, pero el uso de ésta implica un costo y una construcción, acción consciente que implica la realización de la responsabilidad, y el costo de la permanencia al lado consecuente de la elección, por consiguiente se produce la relación conciencia-responsabilidad-libertad-bien jurídico.

Toda libertad implica un indeterminismo, la libertad está enraizada en una materia volitiva concreta, de ahí su imposible determinación mecánica.

La práctica de la libertad, y aquí surge el segundo problema remite a la relación general individuo-colectividad, Derecho-individuo, grupo y organizaciones, bien jurídico-mal jurídico,³¹ exige la precisión de las correlaciones que plantean la dinámica entre la vida en sociedad y la necesaria conducción de la misma, o sea entre el individuo que necesita vivir en sociedad por múltiples razones mas conservando su personalidad y la necesaria coordinación y respeto de los derechos humanos propios y de los demás, que sólo se puede dar en el ámbito social, en el cual lo jurídico sólo es una parte de aquel, así como lo económico o lo psicológico.

Según Cerroni la libertad moderna es predominantemente jurídica ³² conforme la premisa de que "sólo bajo el gobierno de las leyes se es libre", se llega a una situación limitativa producto de la devaluación de la comunidad histórica, incapaz de constituirse sin la intervención alienante de la fuerza (Derecho del Estado), la traducción egoísta y utópica del ideal comunitario a los términos de una ética de la responsa-

³¹ En su *Filosofía del Derecho* citada, el maestro Recaséns Siches mantiene la posición que a todo valor corresponde un disvalor, a todo un mal, dándose la realidad dialécticamente por pares antagónicos: justicia-injusticia, equidad-inequidad, seguridad jurídica-inseguridad jurídica, p. 62.

³² CERRONI, U., *La libertad de los modernos*, Ediciones Martínez Roca, S. A., Barcelona, 1972, p. 11.

bilidad, la devaluación de la ciencia como órgano capaz de abrirnos realmente la realidad y la posibilidad de transformación del mundo.

En Grecia y su época la libertad se concebía como un concepto indivisible de la totalidad social y personal, en la cual la ética ocupaba un lugar primordial. Al respecto es conveniente citar como confirmación, a Düring uno de los reconocidos estudiosos de Aristóteles,³³ quien afirma “hoy día distinguimos entre ética individual y ética social, según que se refiera a un solo individuo o a la sociedad humana. Mas, según Aristóteles, el objetivo es idéntico para el individuo y para el Estado, y se manifiesta más claramente en el Estado”. Sin embargo, no debemos olvidar que en esa sociedad se aceptaba la esclavitud.

También se afirma que “ciertamente merece nuestra estimación, si también el individuo alcanza ese objetivo, pero es más bello y más sublime, si pueblos y comunidades llegan tan lejos” sostiene Aristóteles en su *Ética a Nicómaco*, y Düring menciona que “en ninguno de sus escritos hay siquiera una alusión a que haya distinguido la ética (como ética individual) de la *politike* (como ética social)”.

Al encontrarnos en Frondizi que “la conexión entre responsabilidad y libertad parece tan íntima que podría establecerse el principio que a mayor libertad, mayor responsabilidad”,³⁴ esto nos condujo a la segunda cuestión relativa a la relación entre la vida en sociedad o en la polis y la necesaria juridicidad de la misma expresada en el concepto “Estado de Derecho”, que significa que nada ni nadie puede estar por encima de las leyes.

Conforme la división del conocimiento por grados que van desde las definiciones y nociones, conceptos y categorías, de acuerdo con estas últimas sostendremos que en ellas radica el conocimiento epistemológico, éste es el que reflexiona e intenta explicar no sólo fenómenos, acciones humanas, datos o procesos, sino que trascendiendo a los conceptos pretende entender y explicar la esencia de la realidad y el conocimiento de la misma.

Mientras en el primer nivel nos movemos en lo descriptivo de las realidades u óntico, en el segundo u ontológico es explicativo en términos de funcionamiento o estructuras, el epistemológico busca explicar el ser-conocer integrados, el sujeto-objeto en su relación transformadora y transformativa, esto se romperá en el momento de la revolu-

³³ DÜRING, I., *Aristóteles*, UNAM, México, 1990, p. 672.

³⁴ FRONDISI, R., *Introducción a los problemas fundamentales del hombre*, Breviarios, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 155.

ción científica galileana o mecanicista, en el que lo importante no es ya el conocer sino el dominar, por medio de la aplicación de ese conocer para controlar la naturaleza por medio de ingenios o inventos que van desde el telescopio hasta, en la actualidad, las supercomputadoras.

Las escuelas que han tratado de explicar el conocer son muy diversas partiendo de dos axiomas: el de Parménides de Elea que sostiene el principio de identidad o sea, que lo que es y lo que no es no es, esto significa que algo no puede ser y no ser al mismo tiempo; por otra parte Heráclito de Éfeso sostuvo lo contrario, que la contradicción es la base del ser, que la realidad, sus objetos y sujetos está en perpetuo cambio, esto significa que las cosas son y están dejando de ser en el mismo instante, que la realidad es dinámica por esa lucha procesal, ya que como mencionó nadie puede bañarse dos veces en las aguas del mismo río.

También podemos sostener que se han presentado dos principios: el de la perspectiva idealista, que sostiene que el conocimiento nos viene de las ideas puras conforme Platón y su alegoría de que el hombre sólo logra ver las sombras de esas ideas al pasar por una caverna iluminada y, la otra o materialista que sostiene que el conocimiento es un elevarse de lo abstracto a lo concreto.

Si dividimos a la filosofía de la ciencia (la segunda ya no será epistemológica) en dos tradiciones:³⁵ la aristotélica que parte de la observación, para dar razón de los hechos, que va de esa observación inductiva hacia los principios explicativos gracias al cual se llega a un segundo paso que es la deducción, existiendo cuatro causas que explican el ser o la realidad: la formal, la material, la causa eficiente y la final.

Este *telos* es de suma importancia para Aristóteles, “que distingue lo que se hace por utilidad (*chrêsis*) y lo que se hace por el conocimiento (*gnôsis*); o sea, distingue entre razón práctica (*frónesis*) y teórica (*sophia*), actividad (*askolázen*) y ocio (*skolé*)”,³⁶ aquí podríamos incluir la *póesis* como la actividad creadora; conforme a lo anterior el *telos* siempre debe estar presente en la acción del hombre y la *polis*.

Al respecto debemos recordar después de los bombardeos en febrero de este año contra la antigua Persia hoy Irak, lo que hemos mencionado que el historiador de la ciencia Koyré nos ha dicho que son los árabes los grandes maestros y educadores del Occidente latino, en vir-

³⁵ MARDONES, J. y URSÚA, N., *Filosofía de las ciencias humanas y sociales. Materiales para una fundamentación científica*, Fontamara, México, 1987, p. 16.

³⁶ ALIGHIERO, M., *Historia de la educación I*, Siglo XXI Editores, México, 1987, p. 90.

tud de que fueron en la Edad Media quienes preservaron a través de la traducción y difusión el pensamiento griego gracias a Al-Farabi, Boecio, Avicenas y Averroes conforme lo señaló Koyré.³⁷

La segunda filosofía de la ciencia o galileana ya no está preocupada por el *telos*, sino por el contrario por el dominio de la naturaleza, incluyendo obviamente al hombre, “el centro ya no es el mundo, sino el hombre. Por esta razón su mirada se cosifica, reduce a objeto para sus necesidades y utilidades a la naturaleza”,³⁸ encontraremos en la ciencia política el predominio de este paradigma ya en Maquiavelo, así es interesante que Koyré nos diga: “Con Maquiavelo estamos ante otro mundo completamente distinto. La Edad Media ha muerto; más aun, es como si nunca hubiera existido. Todos sus problemas: Dios, la salvación, las relaciones del más allá con este mundo, la justicia, el fundamento político del poder, nada de esto sirve para Maquiavelo. No hay más que una realidad, la del Estado; hay un hecho: el de poder”.

Y surge un problema: ¿cómo se afirma y se conserva el poder del Estado? Ahora bien, para resolverlo con Maquiavelo no tenemos que preocuparnos por puntos de vista, juicios de valor, consideraciones de moralidad o de bien. La inmoralidad de Maquiavelo es pura lógica desde el punto de vista en que se le coloca, la religión y la moral no son más que factores sociales. Son hechos que hay que utilizar, con los que hay que contar. Eso es un cálculo político, hay que tener en cuenta todos los factores políticos: ¿qué puede hacer un juicio de valor referido a la suma? ¿Desvirtuar subjetivamente sus resultados? ¿Inducirnos a error? Muy ciertamente, pero en modo alguno modificar la suma.³⁹

La ausencia de los juicios valorativos nos explican la carencia de moral y principios jurídicos que detengan la codicia, maldad o negligencia humana conforme la labor de protección que al derecho penal le atribuye Francesco Carrara, diferente a las legítimas ambiciones que impulsan a individuos y sociedad.

Credibilidad lo aplicaremos como aquella condición que tiene un sujeto o proceso, de reconocérsele conteniendo la calidad de la verdad y dignidad.

³⁷ KOYRÉ, A., *Estudios de historia del pensamiento científico*, Siglo Veintiuno Editores, México, 1977, p. 24.

³⁸ *Op. cit.*, p. 18.

³⁹ *Ibidem*, p. 14.

Entenderemos a los paradigmas, conscientes de que se han encontrado hasta veintidós definiciones de éstos⁴⁰ en la obra del mismo Kuhn, como la ciencia normal de una época, “como realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica,⁴¹ los paradigmas no cambian por transición sino “es más bien una reconstrucción del campo, a partir de nuevos fundamentos, reconstrucción que cambia algunas de las generalizaciones teóricas más elementales del campo, así como también muchos de los métodos y aplicaciones del paradigma”.⁴²

Este concepto permite evitar entender el cambio científico como algo separado de su entorno comunitario, si es la verdad imperante en una época y comunidad científica determinada, entonces está impregnado de su momento histórico.

Partimos de identificar e intentar conocer a la realidad como una totalidad y no como el todo,⁴³ y a esa parte de la realidad creada por el hombre que como objeto o proceso estudian las llamadas ciencias sociales la abordamos⁴⁴ conforme a esa categoría de totalidad, esto implica concebirla como multiplicidad de cosas y hechos cuya sumatoria resultaría diferente a los elementos. Todo es diferente de totalidad. Todo implica una resultante de la mecánica o aritmética suma de las partes, modelada o representada cuando mucho como una estructura producto de la vinculación de sus componentes.

Totalidad implica pensar en la organicidad, lo que significa entender en la parte la síntesis del proceso, es comprender que en lo particular

⁴⁰ SERRANO, J., *Filosofía de la ciencia*, ITAM, México, 1990, p. 181.

⁴¹ KUHN, T., *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 16.

⁴² *Op. cit.*, p. 32.

⁴³ CERRONI, U., *Introducción a la ciencia de la sociedad. Hacia una ciencia social unitaria e integrada*, Grijalbo, México, 1978.

⁴⁴ VILAR, P., *Pensar la historia*, Instituto Mora, México, 1992. Las citas fueron tomadas de Le Clercq del suplemento semanal del periódico *La Jornada*, núm. 218, 15 de agosto de 1993. “La visión de Vilar es meticulosa y ha sido larga y cuidadosamente estructurada a lo largo de su obra, aunque no por esto deja de ser ambiciosa: plantear la interpretación histórica como análisis totalizante. El mismo autor lo explica de la siguiente manera: “Sólo una historia comparada y total (economía, sociedad, civilizaciones) es el instrumento adecuado para describir los procesos, y poner a prueba los modelos, para distinguir en las múltiples combinaciones entre lo viejo y lo nuevo, lo que es promesa, lo que es amenaza, saber mucho es necesario para el especialista, comprender suficientemente los diversos aspectos de lo real resulta indispensable para aquel que se entrega a un esfuerzo de síntesis y es justamente este esfuerzo el que se le pide al historiador”.

se encontrará lo universal y que es la condensación de lo múltiple en lo concreto. La totalidad como abstracción es comprensible conforme la reflexión y epistémica.

De ahí que siguiendo a Kosík,⁴⁵ consideráramos a la totalidad como la vida del conjunto en lo concreto. Asumimos que ella está integrada por partes, que no son independientes sino que unas actúan sobre las otras, así pues a esa realidad óptica epistemológicamente corresponde “la idea de totalidad, que comprende la realidad en sus leyes internas y descubre, bajo la superficie y causalidad de los fenómenos, las conexiones internas y necesarias, que se opone al empirismo que considera las manifestaciones fenoménicas y causales, y no llega a la comprensión de los procesos de desarrollo de lo real”,⁴⁶ en consecuencia “esforzarse por conocer es partir de la hipótesis de que lo cognoscible posee una organización”.⁴⁷

Estando de acuerdo con el pensador argentino Sergio Bagú de que es necesaria una ciencia del hombre que se dirija a comprenderlo a él y a la sociedad que ha creado, difiriendo de su afirmación de “que huya de la utopía: tanto de la de Tomás Moro como de la de ese dibujo de la sociedad occidental que sus científicos insisten en que es pero no es”, conceptualizando a las utopías como ideales a alcanzar, el hombre no puede prescindir de ellas para buscar algo mejor que lo realmente existente, la imaginación creadora es fértil para señalar metas, mientras los sueños de la razón producen pesadillas.

Concibiendo a la realidad como totalidad en movimiento, se nos presenta el reto de hacer descender nuestros conceptos y categorías, para poder efectuar análisis concretos y realizar propuestas viables, o sea de aplicar lo que hemos llamado un gran cuerpo teórico categorial dinámico unitario a la realidad sin desmenuzarla, paralizarla o despedazarla lo que nos obliga a usar mediaciones que hemos encontrado en lo que conceptuamos como teorías intermedias u operacionales —las que no sin riesgos y retos nos pueden ayudar en la tarea—, como son la teoría general de sistemas⁴⁸ de Ludwig von Bertalanffy, este autor reconoce antecedentes de su teoría “como filosofía natural” desde Leibniz, Nicolás de Cusa con su coincidencia de los opuestos; a la medi-

⁴⁵ Kosík, K., *Dialéctica de lo concreto*, Grijalbo, México, 1967, p. 27.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 53.

⁴⁷ BAGÚ, S., *Tiempo, realidad social y conocimiento*, Siglo XXI Editores, México, 1989, p. 11. En el mismo sentido se manifiesta Cerroni.

⁴⁸ BERTALANFFY, L., *Teoría general de sistemas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1991, p. 12.

cina mística de Paracelso; a la visión de la historia de Vico a Ibn-Kaldun, como sucesión de entidades o sistemas culturales: a la dialéctica de Marx y Hegel.

Por oposición a sistemas cerrados él incorpora la teoría de sistemas abiertos u orgánicos, así en su investigación y reflexión se percató que aparte de esa apertura, “quedó de manifiesto entonces otra generalización. En muchos fenómenos biológicos, pero también de las ciencias sociales y del comportamiento, resultaban aplicables expresiones y modelos matemáticos [...] la similitud estructural entre semejantes modelos y su isomorfismo en diferentes campos se tornaron ostensibles, y en el centro quedaron precisamente problemas de orden, organización, totalidad, teleología, etcétera, excluidos programáticamente de la ciencia mecanicista. Tal fue, la idea de la teoría general de los sistemas”.

Von Bertalanffy parte de la idea de totalidad organicista en donde descubre que cada disciplina carece de fronteras rígidas, luego entonces se pueden fijar objetivos comunes en tanto principios generales básicos, además se rescata la idea de relaciones entre las partes y no sólo las características de ellas; sin embargo, encontramos dificultades y riesgos en su nivel epistémico, es decir, en tanto que afirma que realiza construcciones simbólicas, esto es, sistemas conceptuales, cuando corresponden a nociones de la realidad en un solo nivel ontológico, no logra categorizar, o sea descriptivamente confunde los fenómenos o la exterioridad con su esencia, también con esta teoría se corre el riesgo de escindir y atribuir cualidades ajenas al proceso.

No obstante lo anterior, reconocemos su valía, así en carta del economista K. Boulding de 1953, éste señala la excelencia de su terminología, su amplia aplicabilidad a muy diversas disciplinas [...] y lo difícil de cruzar los límites disciplinarios. Sus estudios se remontan a los finales de los veinte y, su presentación formal en conferencias y artículos, a fines de los treinta y principios de los cuarenta. Menciona que “la teoría general de los sistemas es una ciencia de la totalidad, concepto tenido hasta hace poco por vago, nebuloso y semimetafísico”.⁴⁹

La cibernética, hija de la amistad e investigaciones del matemático norteamericano Norbert Wiener y del fisiólogo mexicano Arturo Rosenblueth, quienes trabajando primero en la Harvard Medical School y en nuestro Instituto Nacional de Cardiología, llegaron a la conclusión de que “Cibernética es una palabra inventada para designar un nuevo campo científico, en el cual convergen bajo una misma rúbrica

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 37.

el estudio de lo que dentro de un contexto humano denominamos con cierta imprecisión pensamiento y de lo que en ingeniería denominamos control y comunicación. Dicho con otras palabras, la cibernética pretende encontrar los elementos comunes al funcionamiento de las máquinas automáticas y al sistema nervioso de los seres humanos y desarrollar una teoría que sea capaz de abarcar todo el campo del control y la comunicación en las máquinas y los organismos vivientes”.⁵⁰

Esta disciplina y su aplicación llamada tecnología, emplea el concepto de retroalimentación (*feedback*) que nos indica que el sistema recibe información del medio y de sí mismo, se da una acción de respuesta-estímulo; el concepto de homeostasis el que sostiene que los sistemas tienden a un estado de equilibrio, mientras los sistemas naturales surgen desde sus inicios con una homeostasis predeterminada, los hombres y sus sistemas sociales deben buscarla y preservarla conforme sus metas y objetivos, esto permite captar de la realidad el movimiento y la totalidad integrada para poder aplicarse “desde la ingeniería, fisiología y, probablemente, de la psiquiatría”, la llamada revolución de la informática se apoya teóricamente en lo anterior.

Otra teoría intermedia u operacional entre la concepción de la teoría social y su aplicación a la realidad la encontramos en la teoría de la organización, la cual partiendo de la premisa de que el hombre en la actualidad nace, vive y muere dentro de las organizaciones o instituciones es indispensable entender y explicar a éstas.

El objeto epistemológico de esta teoría surge con la primera revolución industrial y es hija de la contradicción entre la división del trabajo y la indispensable coordinación de esa masa de trabajo para poder realizar el trabajo conjunto en las nacientes fábricas,⁵¹ en una concepción actual se afirma que nace con Max Weber esta teoría,⁵² la que considera que en la sociedad se presenta un proceso de burocratización.

⁵⁰ WIENER, N.; CARNAP, R.; MORGENSTERN, O. y otros, *Matemáticas en la ciencia del comportamiento*, Alianza Editorial, Madrid, 1968, p. 92.

⁵¹ MINTZBERG, H., *Diseño de organizaciones eficientes*, McGill University, El Ateneo, Buenos Aires, 1991. Después de señalar lo mencionado, este autor sostiene que “la estructura de una organización puede ser definida simplemente, como la suma total de las formas en que su trabajo es dividido entre diferentes tareas y luego es lograda su coordinación entre estas tareas”, p. 47. Adam Smith en 1776 ya había entendido esto en los albores de esa revolución.

⁵² CHIAVENATO, I., *Introducción a la teoría general de la Administración*, MacGraw-Hill, México, 1990, p. 305.

Así, este pensador alemán afirma que “la burocracia es una forma de organización humana que se basa en la racionalidad, esto es, en la adecuación de los medios a los objetivos (fines) pretendidos, con el fin de garantizar la máxima eficiencia posible en la búsqueda de esos objetivos conforme tres tipos de sociedad: la tradicional, la carismática y la legal, racional o burocrática, correspondiéndole a cada una de ellas un tipo de autoridad “autoridad significa la probabilidad de que una orden específica sea obedecida”, conforme Weber, en la que la legitimidad es la capacidad de justificar su ejercicio, su aceptación voluntaria, sin embargo Robert Merton encontró disfunciones en las organizaciones atribuidas de la visión inhumana y mecanicista de Weber al no tomar en cuenta al comportamiento humano.⁵³

También en la lingüística⁵⁴ encontramos otra teoría operacional, aunque estamos conscientes del carácter totalizante que cada día asume más y más, una de sus aplicaciones relacionada con este libro y del que nos serviremos, es la tesis de maestría en ciencia política de la UNAM sobre gobernabilidad de Antonio Camou basada en ella.

De esta teoría intermedia tenemos como antecedente, para nuestra cultura, el que se remonta a los griegos “entre ellos florecieron dos escuelas de pensamiento: la de la analogía, la cual estimaba que, entre la cosa y su nombre, existía una relación natural;⁵⁵ y la de la anomalía, que postulaba que dicha relación no era natural, sino arbitraria, establecida por los hombres”.⁵⁶

El autor citado también menciona que “en la actualidad, el proceso por la nominación de las cosas ha sido desarrollado sistemáticamente por el lingüista suizo Ferdinand de Saussure (1857-1913), quien, al organizar todo el conocimiento anterior, ha logrado construir la más coherente y aceptada teoría sobre lo que él llama signo lingüístico, que es una de las principales aportaciones de su Curso de Lingüística

⁵³ *Op. cit.*, p. 323. Entre los autores más reconocidos aparte de Merton están Amitai Etzioni, Nicos. P. Mouzelis, Reinhard Bendix, Hebert A. Simon, Philip Selznick.

⁵⁴ BRUGGER, W., *Diccionario de filosofía*, Herder, Barcelona, 1983, p. 330. Aquí se sostiene que la filosofía del lenguaje es tan vieja como la propia filosofía, advirtiéndose en Grecia dos corrientes: la sofista que sostenían que el lenguaje provenía del acuerdo entre los hombres, y la estoica que lo entendía como “algo dado por la naturaleza”, este autor considera que la filosofía del lenguaje como disciplina parte de W. von Humboldt.

⁵⁵ Véase en William Shakespeare el bellísimo diálogo entre Julieta y Romeo en la escena II del primer acto.

⁵⁶ MILLÁN, A., *El signo lingüístico*, Trillas, ANUIES, México, 1990, p. 10.

General⁵⁷ publicado en una primera versión en 1916 a tres años de su muerte y la definitiva de 1922.

Conceptualizando a la lengua como un sistema riguroso, considera que la teoría debe ser un sistema tan sólido como ella, la lengua que es una parte del lenguaje, ésta es una facultad que nos viene de la naturaleza, por diferencia “la lengua es una cosa adquirida y convencional [...] es un todo en sí y un principio de clasificación [...] la lengua es la que hace la unidad del lenguaje”, los objetos existen independientemente de los nombres que el hombre le ha adjudicado “lo que se hace al nombrar algo es establecer una relación entre ellos”; el signo lingüístico conforme el triángulo de Ullman posee tres elementos: el significante o sonidos que forman la palabra, el significado o imagen conceptual de la cosa y el referente o sea la cosa en sí.

Sin comunicación humana —la que requiere de un emisor y un receptor, en medio de los cuales está el mensaje o señal conforme un código común que posibilita la interpretación idónea del mensaje emitido—, no serían posibles todo un conjunto de realizaciones humanas que pueden ir desde la misma relación, la historia así “frente a la comunicación interpersonal que salva el espacio, la comunicación intrapersonal aparece como el medio básico para salvar el tiempo”,⁵⁸ es conocido que nuestra historia comienza cuando el hombre puede comunicar sus experiencias y hechos a través de la escritura, con Saussure se hizo posible “una profunda e inaugural observación de los hechos lingüísticos, permitieron el conocimiento sistemático de regularidades y exhibieron, aún vaga pero sorprendentemente, la trama de una lógica que regía las operaciones de la lengua [...] para iluminar los aspectos más perturbadores y tal vez más apremiantes de los actos del lenguaje”.⁵⁹

El conocimiento de la realidad pues es imposible sin la comunicación humana y el lenguaje como medio fundamental para lograrla, así nos encontraremos con Camou conforme a su análisis lingüístico no formal quien menciona que “ya no se considera al lenguaje como mero

⁵⁷ SAUSSURE, F., *Curso de lingüística general*, Fontamara, México, 1988. En 1909 sostiene que “la lengua es un sistema riguroso y la teoría debe ser un sistema tan riguroso como la lengua”. También afirma que “más evidente es aún su importancia para la cultura general: en la vida de los individuos y de las sociedades, el lenguaje es un factor más importante que cualquier otro”, p. 32.

⁵⁸ JAKOBSON, R. y MARTINET, A., *Lingüística y significación*, Salvat Editores, Barcelona, 1975, p. 10.

⁵⁹ MIER, R., *Introducción al análisis de textos*, Trillas, 1990, p. 18.

vehículo destinado a transmitir informaciones, sino como un dispositivo que permite construir y modificar las relaciones entre los interlocutores, sean éstos individuos o grupos sociales bien definidos; ya no se lo ve solamente como un sistema de signos destinado a representar el mundo, sino también como forma de acción, arma de combate e instrumento de intervención sobre el mundo”.⁶⁰

Conforme Hayakawa varios aspectos nos sirven como herramientas de la lingüística, las palabras son valiosas porque afectan a la mente de quienes las emplean.

El lenguaje, a diferencia de la comunicación entre los animales, permite hacer afirmaciones sobre las propias afirmaciones. Sólo el lenguaje puede versar sobre el lenguaje.

1) Hace posible el progreso porque puede arrancar de lo que dejaron los demás, recupera experiencias pasadas.

2) Hace posible la cooperación, que aunque no se advierta es el sustrato que posibilita la comunicación y de hecho hace posible la supervivencia humana.

3) El lenguaje es la forma más desarrollada, sutil y complicada del simbolismo (“Es el proceso fundamental de la mente, que se prolonga perpetuamente”).

Sin embargo, no hay necesariamente relación entre el símbolo y lo simbolizado.

Lo que lleva a aclarar:

3.1 La palabra no es el objeto.

Se da más importancia al símbolo que a lo simbolizado.

El símbolo no es lo simbolizado, la palabra no es la cosa representada por ella, el mapa no es el territorio que describe.

Hay dos mundos: a) el de los hechos que se conocen directamente (mundo perceptual, cinco sentidos), igual al mundo extensional; b) mundo a través de las palabras: mundo verbal. Ambos se tienen que relacionar, se crea un mapa que tiene que estar en correspondencia con lo que es (de la misma manera que un mapa se relaciona con el territorio).

⁶⁰ CAMOU, A., *op. cit.*, p. 27. Esta cita referida a Gilberto Giménez quien al principio menciona que “el trabajo realizado a partir de muy diferentes tradiciones, desde la lingüística de la enunciación hasta la pragmática, la semiótica y la etnometodología, ha permitido redescubrir el poder configurador del lenguaje en la vida social. Como mencionamos en la nota 16 es interesante subrayar que William Shakespeare, varios siglos antes del desarrollo de la lingüística escribió sobre la relación logos-realidad.

La cultura representa mapas históricos de la experiencia. Podemos hablar, conforme a este autor, de que existen diversos empleos del lenguaje.

3.2 El lenguaje informa

Los informes son comprobables, excluyen deducciones y juicios. La verificabilidad se da a través de significados certeros (el lenguaje de los informes es el de la ciencia). Es un lenguaje de mapa. No obstante, aunque los informes son la base de la ciencia, las deducciones son el cuerpo principal de la ciencia. El lenguaje deduce. Deducción es una afirmación sobre lo desconocido a base de lo conocido. Se refieren a cosas no conocidas directamente.

En el uso del lenguaje se implican conjeturas sobre lo que piensan otras personas. No se trata de evitarlas sino de comprender cuando se usan juicios, igual a expresiones de aprobación o desaprobación de los hechos, personas u objetos que describimos.

Las definiciones sólo describen hábitos lingüísticos, los fonemas que emitimos en distintas circunstancias.

Como el lenguaje no se maneja como fenómeno aislado sino en acción, al elaborar una investigación se puede creer que se está informando, cuando probablemente se estén llevando a cabo sólo deducciones y juicios.

Asimismo, el lenguaje es en función del contexto verbal, lo que implica su asociación a situaciones reales de la vida que aprendemos a relacionar con determinadas situaciones. Hay siempre una interpretación en función del contexto.

Lo anterior lleva a distinguir dos tipos de significados:

- a) Intencional, es el que connota la idea de quien la pronuncia.
- b) Extensional, que señala el mundo físico.

Se concluye diciendo que no hay palabra que tenga dos veces el mismo significado exacto. La interpretación debe basarse en la totalidad de los contextos. La verdadera acepción dentro del área de los significados se dará examinando su contexto y las circunstancias extensionales.

La cohesión social se logra a través de la ritualización del lenguaje, entonces su efecto se vuelve independiente del significado gramatical de las palabras. El lenguaje transmite algo desde el punto de vista informativo, pero también afecta en función de su papel expresivo (juicios y funciones presimbólicas, por eso hay:

- a) Connotaciones informativas. Significados impersonales socialmente adjudicados, por ejemplo, definiciones.

b) Connotaciones afectivas. Conjunto de sentimientos personales involucrados en las palabras.

También se puede influir en los otros a través de los usos directivos del lenguaje. (“Si se quiere que alguien piense no se tocarán fibras animales”). Estos usos imponen determinadas normas de conducta que pueden ser en beneficio de todo el grupo.

Lo anterior nos conduce a la situación de que podemos entender el lenguaje en niveles distintos de abstracción:

- perceptual
- representación
- conceptualización
- categorización.⁶¹

Otra teoría operacional o intermedia es la representada por la de los sujetos sociales y, para desarrollar sus aspectos fundamentales, nos apoyaremos fundamentalmente en Hugo Zemelman quien sostiene que “los sujetos sociales son una realidad permanente”, cualquiera que sea el tema que se aborde en el análisis sociológico. Y lo son porque la realidad actual es “condensación de prácticas, utopías y proyectos de sujetos sociales y fruto de la capacidad de algunos para imponer una direccionalidad al desenvolvimiento histórico”.⁶²

Conforme a este autor los sujetos sociales son formas concretas de expresión social que expresan particularidades sociales e integran mediaciones “de poder y de lucha entre la estructuración de la sociedad a partir de la división social del trabajo y las formas clásicas de expresión política”, en el cual se estudia a éstos conforme una visión de la realidad como movimiento, como proceso multidimensional y síntesis de procesos temporales diversos, de múltiples dimensiones, producto y productores de la realidad sociohistórica, esto impone “aprehenderlos desde el punto de vista de su construcción-deconstrucción, sin considerarlos como algo acabado”, conforme a esto el sujeto se construye “en la medida en que pueda generar una voluntad colectiva y desplegar un poder que le permita construir realidades con una direccionalidad consciente [...] es la posibilidad de fuerza”, aquí el concepto de nece-

⁶¹ HAYAKAWA, *El lenguaje en el pensamiento y la acción*, UTEHA, España, 1967, p. 126.

⁶² ZEMELMAN, H. y VALENCIA, G., *Los sujetos sociales una propuesta de análisis*, en *Revista Acta Sociológica*, vol. II, núm. 2, UNAM, FCPS, mayo-agosto, 1990, p. 89.

sidad articula lo objetivo-subjetivo no sólo como una necesidad del futuro, ni pura utopía, "sino en el imperativo de su construcción".⁶³

La teoría de grafos es otra teoría intermedia, la que explica en términos generales que la realidad total o la parte de ella sujeta a análisis la podemos entender como un sistema formado por campos de fuerzas, los que en sus relaciones mutuas darán una direccionalidad explicable por la lucha entre esos campos y, el predominio de uno o varios de ellos que integrados relacionamente definen una dirección resultante.⁶⁴

Dentro de las categorías básicas para estudiar el objeto del Derecho, acorde con las inconformidades planteadas anteriormente, se intenta construirlo conforme a un marco categorial y no hipotético,⁶⁵ porque esto nos puede permitir la construcción de los distintos paradigmas históricos de bien jurídico y bien jurídico penal, distinguiendo las tres logicidades de la misma: a) el modo de apropiación que se ha tenido del mismo; b) el plano de articulación y la función que cumple y ha cumplido el paradigma del Derecho en lo general y el Derecho penal en lo particular; y c) cómo éste se puede potenciar para entender, explicar e intentar operar en la realidad concreta.

Para comprender los tres niveles antes planteados y, llegar a una posición epistemológica que implica el luchar por tener claro que diferencias existen, entre apropiarse cognoscitivamente de la realidad y reproducir sintéticamente sólo esquemas de la misma.

Enunciar así el problema de los paradigmas del Derecho significa, más que hacer un recorrido histórico de los mismos, intentar una problematización provocadora de su proceso de construcción que permita abordar y desarrollar cuestionamientos, que induzcan a la apertura del pensamiento a través de la teorización o el tratamiento reflexivo de los

⁶³ ZEMELMAN, H. y VALENCIA, G., *op. cit.*, p. 104. En este mismo número de la revista citada es interesante el artículo de Eder Sader sobre "La emergencia de nuevos sujetos sociales en Brasil", en los cuales hay un redescubrimiento de la sociedad civil conforme a Weffort en el que Sader sostiene que "cuando uso la noción de sujeto colectivo es en el sentido de una colectividad donde se elabora una identidad y se organizan prácticas", el sujeto se pregunta quién es, lo que nos recuerda la autorreflexión en Habermas como proceso identificador y diferenciador.

⁶⁴ SALAZAR, J., *Teoría de grafos aplicada a la educación*, ANUIES, México, 1979, p. 89.

⁶⁵ Dada la toma de posición epistemológica para abordar el problema de la gobernabilidad, se vería el modelo hipotético como un modelo que: a) fragmenta la realidad; b) implica predeterminación de contenido; c) separación entre forma y contenido; d) sustancialización de resultado como algo ajeno, autónomo e independiente del proceso.

bienes jurídicos, como una condición de posibilidad para la viabilidad de las propuestas concretas.

La categoría, vista como resultante del tercer grado de articulación de la apropiación del conocimiento nos servirá como eje cognitivo, pretendiendo nuestra categorización a diferencia de las categorías vistas⁶⁶ como:

- a) Determinaciones de lo existente.
- b) Condensación de las mediaciones de la lógica interna del proceso.
- c) Funciones como herramientas teóricas no como fin último u objetivo.
- d) Aquellas que nos facilitan diferenciar propiedades objetivas de las subjetivas, por ende, permitir limitar las valoraciones hermenéuticas subjetivas.

La atribución valorativa de bienes jurídicos en particular los penales, se limita a partir de la categorización.

Para hablar de la construcción de nuestra ciencia jurídica penal queremos hacerlo desde el ser, su conocimiento y epistemología de ella, con esto deseamos referirnos a que no sólo nos interesa como quehacer, sino como una integración entre la realidad, su comprensión y la acción que se emprende, sino también la reflexión sobre el conocimiento del conocimiento de lo jurídico penal que se realiza, así pues, conforme a esto diferenciaremos entre lo político anticriminal como práctica institucional y, lo teórico como ciencia o conocimiento y, la epistemología jurídico penal con sus objetos general y particulares de reflexión.

De acuerdo a lo mencionado debemos seguir un camino metodológico que nos permita movernos dirigiéndonos cognoscitivamente de las nociones y representaciones del sentido común, hacia los conceptos para llegar a las categorías y de ahí regresar a lo óntico, pero ya con una visión epistémica enriquecida por la ambición multicognitiva de entender y explicar a la totalidad dinámica jurídico penal, en cualquiera de sus partes.

Retomando lo anterior desde la categoría de la totalidad como punto de partida reafirmamos que los conceptos de bien, bien jurídico y bien jurídico penal,⁶⁷ exigen para su comprensión, explicación, aplica-

⁶⁶ La categoría filosóficamente hablando hasta Kant, une estructuras, conexiones, relaciones, de una clase común en orden determinado, pero se maneja en un plano especulativo y no racional con referencia a un plano ontológico concreto.

⁶⁷ Véase a GONZÁLEZ-SALAS, R., *La teoría del bien jurídico en el Derecho penal*, Pereznieto Editores, México, 1995. Este autor menciona que "los principios de lega-

ción e innovación sus delimitaciones cualitativas y cumplir con exigencias históricas, ontológicas y epistémicas.

El bien jurídico penal exige pues que forme parte de lo que se considera socialmente que la antijuridicidad afecta, que cumpla con las características señaladas del derecho penal y, que axiológicamente se distinga de lo que el interés del particular defiende por propia conveniencia.

lidad, utilidad o eficacia de la intervención penal mínima —que comprende los caracteres fragmentario, subsidiario y de última *ratio*—, seguridad jurídica del *non bis idem*, del bien jurídico, de culpabilidad y de proporcionalidad, constituyen no sólo los límites propios del *jus puniendi*, sino que —como se dijo— dan las características, propias de todo Estado democrático de Derecho”. Al estudiar el desarrollo de la teoría del bien jurídico, compara las de Karl Binding y Franz von Liszt, así afirma que “el primero señala que es bien jurídico todo interés que apetezca a los ojos del legislador y éste quiera proteger mediante la ley; a su vez, el segundo, dice que independientemente de lo que el legislador reconozca, serán bienes jurídicos aquellos intereses que como condiciones esenciales para la vida en sociedad, la comunidad quiere que sean elevados a la categoría misma de bien jurídico”, p. XV.