

mentalidade  
inquisitória e  
processo  
penal no  
Brasil

ESCRITOS EM  
HOMENAGEM AO  
PROF. DR.  
JACINTO NELSON DE  
MIRANDA COUTINHO

Consideraciones básicas sobre  
dogmática penal y sistema procesal  
acusatorio

**Manuel Vidaurri Aréchiga**

Separata

## Os organizadores:

### Marco Aurélio Nunes da Silveira

Professor Adjunto de Direito  
Processual Penal da UFPR.  
Doutor em Direito do Estado  
(UFPR). Mestre em Direito das  
Relações Sociais (UFPR).  
Coordenador do Bacharelado em  
Criminologia do Centro  
Universitário Curitiba  
(UNICURITIBA). Presidente do  
Observatório da Mentalidade  
Inquisitória.

### Leonardo Costa de Paula

Professor da Faculdade CNEC-  
RJ. Doutor em Direito do Estado  
(UFPR). Mestre em Direito  
Público (UNESA). Vice-presidente  
da Comissão Nacional Científica  
e Acadêmica da ABRACRIM.  
Coordenador da EBD CRIM. Vice-  
presidente do Observatório da  
Mentalidade Inquisitória.

# **MENTALIDADE INQUISITÓRIA E PROCESSO PENAL NO BRASIL**

**Escritos em homenagem ao  
Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**

**VOLUME 5**

FICHA CATALOGRÁFICA

M549	Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: volume 5 / Organizadores: Marco Aurélio Nunes da Silveira; Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. (Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil; 5) 800 p. ISBN: 978-85-53151-09-7 1. Processo penal. 2. Reforma processual penal. I. Nunes da Silveira, Marco Aurélio. II. Paula, Leonardo Costa de. III. Título. V. Série
	CDU: 343.1

OBSERVATÓRIO DA MENTALIDADE INQUISITÓRIA

<b>Presidente de Honra</b>	Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
<b>Presidente</b>	Marco Aurélio Nunes da Silveira
<b>Vice-presidente</b>	Leonardo Costa de Paula
<b>Diretora Executiva</b>	Camilin Marcie de Poli
<b>Coordenador de Pesquisa</b>	Giovani Frazão Della Villa
<b>Coordenador de Ensino</b>	Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
<b>Coordenador Editorial</b>	Marco Aurélio Nunes da Silveira
<b>Conselho Editorial</b>	Fauzi Hassan Choukr Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro Jacinto Nelson de Miranda Coutinho Jacson Luiz Zilio Leonardo Costa de Paula Marco Aurélio Nunes da Silveira Marília Denardin Budó Maurício Stegemann Dieter Priscilla Placha de Sá Victoria-Amália de B. C. Gozdawa de Sulocki
<b>Editor-chefe</b>	Marco Aurélio Nunes da Silveira
<b>Assistente editorial</b>	Muriel Brenna Volz
<b>Endereço</b>	Rua Washington Mansur, n. 343 – Bairro Ahú Curitiba – Paraná – CEP 80.540-210 <a href="http://www.observatoriommi.org.br">www.observatoriommi.org.br</a>

Os direitos de edição deste livro são reservados ao Observatório da Mentalidade Inquisitória. É vedada a edição ou reprodução, total ou parcial, deste livro, sob qualquer forma ou denominação, sejam quais forem os meios empregados, sem permissão expressa e por escrito.



# CONSIDERACIONES BÁSICAS SOBRE DOGMÁTICA PENAL Y SISTEMA PROCESAL ACUSATORIO

Manuel Vidaurri Aréchiga<sup>1</sup>

## 1 INTRODUCCIÓN

No parece acertado sostener que bajo el sistema penal acusatorio los abogados defensores, los representantes del ministerio público y los jueces desarrollarán sus funciones prescindiendo de la dogmática penal<sup>2</sup>. Nada hay más alejado de la realidad. La dogmática penal, en tanto gramática jurídica (Muñoz Conde *dixit*), permite precisamente no sólo establecer ese diálogo entre las partes del proceso, sino que, además, fundamenta la decisión judicial.

Si torpemente dejáramos de lado la dogmática, habría de preguntarse entonces cuál sería la herramienta comunicacional e interactiva que permitiría a las partes sostener la existencia de un delito o la falta de alguno de los elementos típicos que le definen, o afirmar en el hecho concreto la presencia de alguna causa de exclusión, una atenuante o una calificativa, etc. Por el contrario, creemos que también en la

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla. Profesor-investigador en la Universidad De La Salle Bajío (México). Pertenece a la Academia Mexicana de Ciencias Penales y a la Sociedad Mexicana de Criminología. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT. Vicerrector de Investigación *-ad honorem-* del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica. [mvidaurri@delasalle.edu.mx](mailto:mvidaurri@delasalle.edu.mx)

<sup>2</sup> Entre los autores que consideran como innecesaria la dogmática penal en el sistema penal acusatorio se encuentra Dondé Matute, Javier, “*Crítica a la teoría del delito: bases para su destrucción*”, en Revista Defensa Penal, Mayo de 2010. En internet, <http://www.inacipe.gob.mx/htm/investigación/javierDonde/criticaTeoría.html>, consultado 21 de Diciembre de 2010, 12:10, p.m.

aplicación del sistema penal acusatorio la dogmática penal tendrá, como hasta ahora, un papel determinante<sup>3</sup>.

Las líneas presentes pretenden, básicamente, recapitular sobre la importancia de la Dogmática penal y de la Teoría del delito y su necesaria consideración por la llamada Teoría del caso, herramienta imprescindible en la lógica del sistema penal acusatorio y la actuación del ministerio público y la defensa. Según creemos, estas tres dimensiones del conocimiento penal deben ser consideradas de forma integrada, indefectiblemente vinculadas una a la otra.

## 2 LA DOGMÁTICA PENAL: CONCEPTO Y FUNCIONES

Con sobrada razón ha dicho Muñoz Conde<sup>4</sup> que el Derecho penal como tal carece de método. El método es una cualidad propia de los seres humanos; a lo mucho puede hablarse de método seguido por los individuos en la *creación, interpretación, aplicación y enseñanza* de un cuerpo normativo determinado. El método jurídico es el camino que se sigue para alcanzar un saber jurídico<sup>5</sup>. Por supuesto, este proceder, es decir, este método, ha ido mutando conforme lo han ido haciendo a su vez las concepciones de coerción penal a lo largo de la historia. Así pues, se sostiene que el método está condicionado por la meta a donde se quiere llegar o por los fundamentos filosóficos e

<sup>3</sup> Al planteamiento realizado por el profesor Javier Dondé Matute, op. Cit., también se han opuesto directamente no pocos colegas, entre otros véanse las aportaciones de Jiménez Martínez, Javier, “*La importancia de la teoría del delito en el nuevo procedimiento penal mexicano*”, en internet: [http://concienciajudica.com/files/art\\_teoria\\_del\\_delito\\_dr\\_j\\_jmz\\_.pdf](http://concienciajudica.com/files/art_teoria_del_delito_dr_j_jmz_.pdf), consultado 27/02/2011, 17:39 p.m.; y también de Nava Garcés, Alberto Enrique, “*El estado actual de la teoría del delito en México*”, en internet: [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20100831\\_02.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20100831_02.pdf), consultado el 27/02/2011, 17:43 p.m. También López Saure, Ernesto, “*¿Tiene algún sentido la dogmática jurídico penal ante el nuevo sistema procesal?*”, Román Quiroz, Verónica, “*Lo medular del manejo de la dogmática jurídico-penal en el sistema acusatorio adversarial*” y Velázquez V., Fernando, “*Ley procesal penal y dogmática jurídica*”, en Félix Cárdenas, Rodolfo, *Dogmática jurídico-penal y ley procesal penal. Vínculo inescindible*, Ubijus Editorial, México, 2010.

<sup>4</sup> En este sentido Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte General*, Editorial Tiran Lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 200.

<sup>5</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 74.

ideológicos que al derecho penal se le hayan asignado. Una clara referencia histórica de lo antes dicho nos la proporciona Zaffaroni al escribir:

Cuando para Feuerbach la meta era la tutela de los derechos subjetivos, el método era partir de tales derechos y reconocer como fuente del saber penal la filosofía, que era la que permitía el acceso a los mismos. Es lógico que cuando el planteo se invierte y se tiende a tutelar el derecho objetivo en lugar del subjetivo, el método tienda a reducirse a la <<voluntad del legislador>>. Así fue como tuvo lugar el método exegético, que pretendía reducir a la ciencia jurídica a una mera técnica de análisis de la ley. El enciclopedismo francés del siglo XVIII pretendió recopilar en ciertas obras el saber humano sobre determinados órdenes del conocimiento. En lo jurídico, esta tendencia llevó a la codificación, es decir, a reunir en una ley todo lo que se refería a una determinada materia jurídica.<sup>6</sup>

Al momento actual, sabemos que el método más difundido y estudiado por el saber penal es el llamado *método dogmático*, mismo que se debe al genio de Rudolf von Jhering (1818-1892). Desde entonces a la fecha, los propósitos perseguidos por este camino (método) no han variado sustancialmente, pues sigue interesando conocer — desentrañar — el contenido y sentido de la norma jurídica, es decir su interpretación y con ello facilitar, sino es que resulta mejor decir, orientar las decisiones jurisdiccionales<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Cárdenas Editor, México, 1988, pág. 129.

<sup>7</sup> Silva Sánchez en “Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito”, en Wolter, Jürgen/Georg Freund (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, Determinación de la pena y proceso penal*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2004, pág. 29, coincide en afirmar que el método dogmático “constituye la expresión más clara de la voluntad de elaborar una dogmática orientada a la racionalización de la aplicación judicial del Derecho penal”. Hassemmer, Winfried, en su libro *Fundamentos del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 250, textualmente apunta: “La dogmática jurídicopenal, en la que trabajan tanto la Ciencia del Derecho penal, como la Jurisprudencia penal, formula reglas para la decisión jurídicopenal de un caso a un nivel de abstracción medio, situado entre la ley y el caso”.



Así las cosas, los penalistas<sup>8</sup> cuentan con un método de conocimiento del Derecho penal, siendo esta labor la que mejor permite descubrir qué es lo que éste establece. Para Claus Roxin, ese gran jurista alemán, la dogmática penal es “la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal”<sup>9</sup>. A través del trabajo dogmático es posible entonces enterarse de qué está prohibido o permitido; también permite determinar los hechos punibles de aquellos que no lo son; de igual manera, nos muestra aquello que la ley penal quiere castigar y como debe ser tal castigo. A mayor abundamiento, rescatamos las palabras de Félix Cárdenas<sup>10</sup> al respecto, quien con acierto sostiene que:

Gracias a la dogmática jurídico-penal, podemos comprender los complejos problemas de la causalidad y de la imputación. Podemos comprender, los alcances del error en materia penal, por ejemplo, cuando se trata de delincuencia económica; podemos desentrañar el sentido del vocablo “injusto”; podemos comprender el alcance de los supuestos de exclusión del delito; nos permite resolver cuando se puede afirmar la equivalencia entre acción y omisión en delitos de comisión por omisión; saber si la actuación del agente provocador es punible o no y si lo es o no la conducta del provocado; cual es el alcance de los términos indebidamente o ilícitamente en los tipos penales que los contemplan, etcétera.

Ahora bien, advierte Zaffaroni, “cualquier método jurídico requiere un análisis exegético (y también, histórico y genealógico) de la ley, tanto como una posterior construcción explicativa. En definitiva, se trata de la necesidad de construir un sistema, es decir, de formar un conjunto ordenado enlazando sus elementos” (...) tal y como se viene haciendo

<sup>8</sup> Utilizamos este concepto de la manera más amplia, es decir, incluimos en el mismo a fiscales, jueces, abogados y docentes al estilo de Naucke, Wolfgang, *Derecho Penal. Una Introducción*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006, pág. 1 y siguientes.

<sup>9</sup> Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, traducción de la segunda edición alemana por Diego Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Tomo I, Editorial Civitas, 1997, pág. 192.

<sup>10</sup> Véase Félix Cárdenas, Rodolfo y otros, *Dogmática jurídico-penal y Ley procesal penal “vínculo inescindible”*, Ubijus Editorial, México, 2010, pág. 30.

desde el siglo XIX, con la llamada dogmática jurídica “consistente en la descomposición del texto en elementos simples (dogmas), con los que luego se procede a construir una *teoría interpretativa*”<sup>11</sup>, misma que debe ajustarse a tres condiciones o reglas básicas, sugeridas por el mismo profesor citado antes<sup>12</sup>, siendo estas las siguientes:

a) *Completividad lógica*. Es decir, que no sea interiormente contradictoria como sucedería, por ejemplo, con una teoría que al mismo tiempo considerara una misma circunstancia eximente y una atenuante, sin explicarnos cuando exime y cuando, por el contrario, atenúa.

b) *Compatibilidad legal*. O sea que no puede postular decisiones contrarias a la ley, siendo absolutamente necesario que la propuesta teoría interpretativa sea consecuente con la norma constitucional y el Derecho internacional de los Derechos Humanos, y

c) *Armonía jurídica*. La que el autor invocado describe como ajustada a la ley de la *estética jurídica* o de la *belleza jurídica*, de acuerdo con la cual la referida teoría interpretativa “debe ser simétrica, no artificiosa ni amanerada” (...) “pues una teoría que admite que en un supuesto falta lo que en otro es necesario, y sale del paso inventando equivalentes eventuales en cada oportunidad, no respeta esta regla”.

Aceptemos entonces que, sin estas tres reglas, la teoría interpretativa construida carecería no sólo de la mínima estructura, sino hasta de la conveniente fundamentación, de lo que se sigue que no tendría los alcances requeridos a la hora de proponer alguna solución para el caso planteado.

Por obvia consecuencia, si la ley cambia, del mismo modo cambian también los dogmas, pero el método de análisis de la misma puede seguir siendo el mismo. En coincidencia con Silva Sánchez<sup>13</sup>, quien refiere que la teoría del delito es la teoría de una atribución teleológica de sentido a un hecho de un sujeto, es evidente que el hecho, como tal, “sucede en un determinado momento (causación del resultado, lesión de un interés) y ya no experimenta modificación. Pero el delito, como

<sup>11</sup> Zaffaroni, Alagia y Slokar, op. Cit., pág. 75.

<sup>12</sup> Zaffaroni, Alagia y Slokar, ob. Cit., pág. 75.

<sup>13</sup> Silva Sánchez en “*Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito*”, ob. Cit., pág. 20



tal, no existe por sí solo en la realidad físico-natural, sino en los enunciados de quienes, a la vista de determinadas realidades físico-naturales, llegan a la conclusión de adscribirles sentido criminal, un preciso sentido criminal, y se las atribuyen a alguien como sujeto. Dado que el delito surge, pues, en la intercomunicación humana, no se sustrae a la mutabilidad consustancial a ésta”.

Al hilo de lo hasta aquí comentado, podemos afirmar que la dogmática penal tiene estrechos vínculos con la ley penal<sup>14</sup>, o como dice Muñoz Conde, la dogmática jurídica penal es una de las más notorias consecuencias del principio de intervención legalizada del poder punitivo estatal, amén de una firme conquista –irreversible- del pensamiento democrático porque, insiste el jurista hispalense, “la mejor ley no deja de ser un *desiderátum* desprovisto de eficacia práctica, si no hay una actividad que se ocupe de ella, que la conozca la delimite y la aplique”<sup>15</sup>.

La dogmática jurídico-penal cumple con una finalidad amplia y sumamente útil: sirve para el estudio general, sistemático y crítico de las normas de Derecho penal positivo, y más concretamente, del sistema jurídico de cada país. Y por eso cabe puntualizar que, si bien es cierto que en los países del continente latinoamericano, es comúnmente utilizada la dogmática jurídico-penal (alemana), no significa necesariamente que sea porque la utilizada por el *Common Law*<sup>16</sup> carezca de científicidad o eficacia, sino que resulta que la de cuño europeo ha mostrado una mayor confiabilidad a la hora de aplicar la ley penal evitando, como señalan varios autores, alejarse de lo arbitrario e

<sup>14</sup> Se impone la lectura detenida del texto de Félix Cárdenas, Rodolfo y otros, *Dogmática jurídico-penal y Ley procesal penal “vinculo inescindible”*, Ubijus Editorial, México, 2010, pág. 44. Conviene, también, hacer el señalamiento de que para el caso del sistema jurídico mexicano debe tenerse en cuenta que cada entidad federativa cuenta con su propia ley penal (sustantiva y adjetiva), lo que en la práctica nos lleva a asumir que es perfectamente lógico hablar de “dogmáticas penales”.

<sup>15</sup> Muñoz Conde y García Arán, Op. cit., pág. 201.

<sup>16</sup> Una sintética explicación respecto de las diferencias entre la dogmática jurídico-penal alemana (más estructurada) y la del *Common Law* (carente de estructura), puede verse en el texto citado de Félix Cárdenas, págs. 22 y siguientes.

irracional<sup>17</sup>. Sintetizando, es posible señalar algunas de las funciones propias de la dogmática-penal:

- a) Es el método de conocimiento del contenido del Derecho penal positivo.
- b) Propiciar seguridad jurídica, al separar claramente lo injusto de lo justo y lo punible de lo impune y haciendo predecibles y racionales las decisiones judiciales.
- c) Garantizar derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado<sup>18</sup>.
- d) Mantener la unidad del sistema de justicia penal<sup>19</sup>, y,
- e) Construir una ciencia total del Derecho penal de orientación crítica<sup>20</sup>.

Por supuesto, al tratarse de una “ciencia neutra”<sup>21</sup>, como la califica Gimbernat, el penalista puede interpretar lo mismo leyes progresistas que reaccionarias, dilema que puede evitarse de algún modo si se mantiene una actitud crítica como sugiere Muñoz Conde, para quien el saber dogmático debe ser considerado siempre como una suerte de *saber parcial* que tiene que ser complementado por otros tipo de saberes, y no como un saber absoluto que se justifica por sí mismo, lo que permite asignarle la función –ya señalada- de controlar el poder punitivo estatal, “evitando ser una mera servidora, cuando no cómplice, del mismo<sup>22</sup>”.

Por lo demás, son tres las dimensiones en las que el trabajo dogmático penal, como cualquier otra actividad jurídica, se nos presenta, mismas

<sup>17</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique, en su clásico artículo “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?”, en *Estudios de Derecho penal*, Editorial Civitas, Madrid, 1976, págs. 78 y 79. También, Félix Cárdenas, Op.cit., pág. 32; Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho penal fundamental*, Editorial Temis, Bogotá, 1995, pág. 19; Muñoz Conde y García Arán, Op. cit. pág. 201.

<sup>18</sup> En este sentido, Muñoz Conde y García Arán, Op. Cit., pág. 201.

<sup>19</sup> Velásquez, Fernando, “Ley procesal y dogmática jurídica”, en Félix Cárdenas, Rodolfo, Op. Cit., pág. 128.

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> Citado por Muñoz Conde y García Arán, Op. Cit., pág. 202.

<sup>22</sup> Muñoz Conde y García Arán, Op. Cit., pág. 203.

que son: interpretación, sistematización y crítica, fases que se interrelacionan entre sí, cooperando para el logro de una finalidad altamente conveniente: “conseguir una administración de justicia penal igualitaria y justa, por encima de la coyunturalidad, el acaso, la arbitrariedad y la sorpresa”<sup>23</sup>.

### 3 LA TEORÍA DEL DELITO

La ley penal contiene todos aquellos aspectos que hacen concluir que un hecho debe ser o no considerado como delito. La función selectiva propia del Derecho penal<sup>24</sup>, precisa aquellas conductas que resultan desaprobadas en un tiempo y lugar determinados, amenazándolas con la aplicación de una pena o medida de seguridad, igualmente previstas en la ley. Luego, si la dogmática consiste en la “*descomposición del texto de la ley en elementos simples (dogmas), con los que luego se procede a construir una teoría interpretativa*” es que llegamos a la teoría del delito, la que, dicho sea de paso, sólo puede deducirse de la ley<sup>25</sup>. Es, pues, la teoría del delito una teoría de la interpretación de los hechos, una teoría de la acción humana, por usar una expresión de Silva Sánchez<sup>26</sup>.

En términos generales, sabemos que la teoría del delito se ocupa de las características que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito. Es verdad que construir el concepto de delito no ha sido tarea de fácil acometida. Sin embargo, la ciencia del Derecho penal tiene reconocido que el concepto de delito obedece a una doble perspectiva: de un lado, es efectivamente un juicio de desvalor que recae sobre el

<sup>23</sup> Ibidem, pág. 203

<sup>24</sup> Zaffaroni, Alagia y Slokar, op. Cit. Pág. 8 y ss.

<sup>25</sup> Enfáticamente lo apunta así Jescheck, H.H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Volumen I, traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 265. Puntualmente, Muñoz Conde y García Arán, ob. Cit., pág. 212, establecen que “todo intento de definir el delito al margen del Derecho penal vigente es situarse fuera del ámbito de lo jurídico, para hacer filosofía, religión o moral”.

<sup>26</sup> En palabras de Silva Sánchez, José María, en “*Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito*”, en Wolter, Jürgen/Georg Freund (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, Determinación de la pena y proceso penal*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2004, pág. 19.



hecho o acto humano (*injusto o antijuridicidad*) y, por otra parte, un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho (*culpabilidad*). El *injusto o antijuridicidad*, representa la desaprobación del acto; y por *culpabilidad* entendemos la atribución del acto a su autor con miras a responsabilizarlo del mismo.

Obviamente, no todo hecho antijurídico realizado por un autor culpable puede ser considerado como delito, sin más. Es indispensable que estemos en presencia de una categoría adicional a las anteriores, siendo esta la llamada *tipicidad*, que no es otra cosa que la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley.

Tanto la tipicidad, como la antijuridicidad y la culpabilidad suelen ser las características comunes a todo delito y la constatación de su existencia permiten afirmar del mismo modo la existencia del delito y, con ello, plantear el castigo a su autor conforme a la sanción dispuesta para cada caso por el legislador.

Con todo lo señalado en los tres párrafos anteriores, es posible llegar a una definición elemental, según la cual el delito es la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible. Es verdad que, a lo largo de su dilatada historia evolutiva, la teoría del delito ha experimentado una transformación profunda, sobre todo en relación con el contenido material de cada uno de los conceptos que conforman el delito. Lo anterior, como es lógico suponer, se ha debido a los esfuerzos desplegados por la dogmática jurídico penal, dando como resultado diversas construcciones teóricas que explican el delito<sup>27</sup>.

Así pues, sabiendo que no ha sido uniforme el desarrollo y la aceptación de los contenidos materiales de cada elemento del delito, queda

---

<sup>27</sup> No nos ocuparemos ahora de describir los distintos esquemas de teoría del delito creados en virtud de lo extenso que ello puede resultar, amén de que no resulta del todo indispensable de acuerdo a los objetivos de este artículo, no obstante se recomienda referirse a la adecuada síntesis hecha por, entre otros, Jescheck, Op. Cit., pág. 271 y siguientes; Fernández Carrasquilla, Juan, Op. Cit., pág. 204 y siguientes. Igualmente la síntesis de Muñoz Conde y García Arán, Op. Cit., pág. 216 y siguientes. Una revisión detallada de corrientes teóricas del delito, puede verse igualmente en Medina, P. Sergio, *Teoría del Delito*, Ángel Editor, México, 2001 y en Jiménez Martínez, Javier, *Introducción a la Teoría General del Delito*, Ángel Editor, México, 2003.

claro que, como puntualmente sostiene Muñoz Conde<sup>28</sup>, “no se puede hacer del sistema de la teoría del delito la aspiración máxima y casi única de la Ciencia del Derecho penal, *pero tampoco se puede prescindir completamente de él dejando la interpretación y aplicación del Derecho penal en manos del azar y la arbitrariedad*” (...) puesto que “en la medida en que el sistema de la teoría del delito constituye un riquísimo caudal ordenador de criterios y argumentaciones que se pueden utilizar en la decisión y solución de los casos jurídico-penales”, deviene para el penalista, en un insoslayable “*instrumento indispensable para el estudio del Derecho penal*”.

Habría que insistir pues que la teoría del delito, por el elevado grado de elaboración conceptual al que ha llegado hasta nuestros días, se ha convertido en la parte sustancial de la enseñanza del Derecho penal, reconociendo ahora que cumple una serie de funciones<sup>29</sup>, a saber:

- a) *Función garantizadora*. Básicamente hablamos aquí del respeto al principio de legalidad, evitando así la arbitrariedad y generando, al mismo tiempo, seguridad jurídica.
- b) *Función de índole político-criminal*. Es decir, que se apela a preceptos político-criminales que hacen frente a formulaciones abstractas que llegan a ser insatisfactorias respecto de situaciones concretas<sup>30</sup>.
- c) *Función científica*. Teniendo como cometido principal el de responder en forma lógica a interrogantes sobre la adecuación de hechos concretos a lo establecido por la norma jurídica.
- d) *Función sobre el Estado de derecho*. Aportando soporte y confiabilidad a la práctica judicial de un Estado.

En otro orden de ideas, resulta correcto decir que durante los años setenta del siglo pasado, la teoría del delito se había convertido en el principal objeto de preocupación de los juristas. Pero en esa misma década se inician los debates críticos a las orientaciones meramente intrasistemáticas en el estudio del Derecho penal, pasando de una

<sup>28</sup> Muñoz Conde y García Arán, Op. Cit., pág. 221, (énfasis añadido).

<sup>29</sup> Tarrío, Mario C., Teoría finalista del delito y dogmática penal, Editorial Cathedra, Buenos Aires, 2008, pág. 33 y siguientes.

<sup>30</sup> Más ampliamente, en Roxin, Op. Cit., pág. 212.



preocupación exclusiva sobre la teoría del delito a un interés en torno a la política criminal.

El Derecho penal comenzó a visualizarse como parte de un sistema cuyo fin era el ejercicio del control social penal, trayendo como consecuencia la ampliación del interés hacia otras ramas jurídicas: el Derecho procesal penal, el Derecho penitenciario y el llamado Derecho penal juvenil y de los menores. Se advierte simultáneamente un renovado interés por la criminología, y todo lo anterior plantea nuevos horizontes para los penalistas. Juan Bustos<sup>31</sup> hace notar que en este momento el Derecho penal deja de ser considerado por los penalistas como una disciplina meramente intrasistemática, dando paso a una visión diferente, más orientada hacia consideraciones basadas en datos empíricos. El jurista chileno escribe al respecto:

“El nuevo penalista, de ahora en adelante, habría de tomar conciencia de que su papel no es el de pasivo y simple observador de una decisión del legislador al que simplemente considera como un proveedor de material de estudio y que en reciprocidad le proveerá de teorías que cubrirán con su manto de academicismo sus decisiones políticas, sino que se transformará en un crítico activo que procura influir, a veces con ingenua fe, en las instancias políticas”

En este ambiente de revisión crítica, como ya se dijo, el Derecho procesal penal alcanzó un nivel de reconocimiento que anteriormente le había sido denegado, incluso con la peyorativa denominación que hasta ahora se le da como derecho “adjetivo” respecto del “sustantivo” (que sería el penal). Como sostienen acertadamente Bustos Ramírez y Hormazábal<sup>32</sup>, en adelante, al Derecho procesal penal se le reconocerá su carácter de garante de los derechos y libertades constitucionales de la persona y la teoría del delito dejó de ser lo más importante para el Derecho penal, encontrando su verdadera dimensión: ser una mera propuesta metodológica para resolver casos concretos, es decir, para interpretar la ley de cara a determinar si un hecho determinado es o no

<sup>31</sup> Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán, *Nuevo sistema de Derecho penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, pág. 61-62.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

constitutivo de delito y si es posible exigirle responsabilidad penal al autor por su comisión.

Parecerá obvio e innecesario, pero no sale sobrando referirse — aunque sea someramente — a las finalidades de la ley penal (sustantiva) y a la ley procesal (adjetiva). Por lo que hace a la *ley penal sustantiva* (generalmente dividida en parte general y parte especial), ésta se encarga de recoger en su parte general todos aquellos conceptos y categorías propios de la teoría del delito, de la pena y de la medida de seguridad, y en su parte especial se definen aquellas conductas indeseadas que constituyen delitos. Corresponde a la *ley procesal penal* aportar las modalidades probatorias de la existencia del delito. En pocas palabras, la ley sustantiva consigna una dogmática de la parte general y una dogmática de la parte especial, y la ley adjetiva declara, en efecto, la existencia del delito; no se concibe un Derecho penal sin un referente de Derecho procesal penal; así, valiéndonos de esa enfática frase de Fernando Velásquez<sup>33</sup>, tenemos que el “Derecho procesal es el brazo armado del Derecho penal sustantivo”, lo que directamente nos lleva a sostener, conjuntamente con el autor antes invocado, que pretender elaborar una teoría de la ley penal procesal a espaldas del Derecho penal constituye una empresa condenada al más rotundo fracaso.

#### 4 LA TEORÍA DEL CASO

Toca ahora referirnos a la llamada Teoría del caso, instrumento conceptual sumamente interesante y valioso que sirve, ni más ni menos, para organizar el desempeño de las partes en el proceso penal. Se trata de la herramienta metodológicamente más adecuada propia de la litigación en los juicios orales<sup>34</sup>. Por *teoría del caso* es posible entender:

- a) La verdad que sostiene cada parte de acuerdo con su conocimiento e interpretación de lo sucedido, la cuál es necesariamente influida por los intereses particulares que representa. Al ser la verdad legal

---

<sup>33</sup> Velásquez, Fernando, Op.cit., pág. 131.

<sup>34</sup> Natarén Nandayapa, Carlos y Ramírez Saavedra, Beatriz Eugenia, “Litigación penal y Teoría del caso en el nuevo sistema acusatorio”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, número 250, Junio-Diciembre, 2008, pág. 51.

diferente de la histórica, debido a estar limitada por las pruebas que aportan las partes durante el proceso, es necesariamente parcial; de modo que el juez tomará su decisión a partir de la selección de los hechos relevantes que le presentan las partes y que al mismo le resultan verosímiles, a fin de tener un nivel de certeza relativo, pero suficiente para determinar la existencia o no de la responsabilidad penal<sup>35</sup>.

b) El relato de lo sucedido de acuerdo con el punto de vista específico de cada una de las partes. Cada uno de los litigantes se firma un punto de vista del caso que representará, a partir del conocimiento que tiene de lo sucedido y de la evaluación jurídica que realiza para determinar las fortalezas y debilidades de la posición de su representado<sup>36</sup>.

c) Es la articulación coherente y ordenada de las proposiciones fácticas que sustentan la posición jurídica, del litigante. Una proposición fáctica no es otra cosa más que una afirmación sobre un hecho individual, que debe cumplir dos condiciones fundamentales. Por un lado, es una afirmación sobre un hecho que está, a su vez, considerada en el *supuesto de hecho* de alguna norma. Conviene recordar que las normas se estructuran con un supuesto de hecho que genera consecuencias jurídicas; de modo que la *proposición fáctica* debe coincidir con al menos, una parte del *supuesto de hecho* de las normas, que los litigantes consideran aplicables al caso, de modo que el conjunto de las proposiciones fácticas deberá cubrir *todos* los supuestos de hecho de las normas que serán seleccionadas por el abogado litigante. Por otro lado, una proposición fáctica es una afirmación que se considera puede ser probada; en ese sentido, se dice que podría tener un sustento fáctico, de lo cual depende su utilidad en el proceso<sup>37</sup>.

Resumidamente, podemos sostener que el desarrollo de una Teoría del caso consiste en subsumir los hechos (*teoría fáctica*) dentro de la norma aplicable (*teoría jurídica*) según los elementos de la convicción recopilados (*teoría probatoria*). De esto extraemos de manera muy clara que la teoría del caso se integra por estos tres elementos o niveles de análisis, por así llamarlos. Ahora bien ¿en qué consiste cada uno

<sup>35</sup> Natarén Nandayapa, Op.cit., pág. 51-52.

<sup>36</sup> Natarén Nandayapa, Op. Cit., pág. 52.

<sup>37</sup> Natarén Nandayapa, Op. Cit., pág. 52.



de estos elementos? Una explicación sencilla es la que damos enseguida<sup>38</sup>.

I. *Teoría fáctica*. Es la reconstrucción de los hechos que el interesado le ha narrado al profesional en Derecho, los cuáles son obtenidos primero por medio de la *notitia criminis* y posteriormente por el acopio de entrevistas y documentación probatoria. La etapa de investigación es la que agotará la búsqueda de elementos probatorios o de descargo, los cuales sustentaran la hipótesis del litigante. Con esas piezas de la investigación, el abogado formará una historia, con hechos, personajes que realizan las acciones, personajes sobre los que realizan los hechos, circunstancias de tiempo, modo y lugar<sup>39</sup>.

II. *Teoría jurídica*. Considerando que el conjunto de normas penales aplicables a los hechos es como un molde en el que se vertirá la historia, queda evidenciado que es precisamente en este apartado donde la dogmática de la teoría del delito especialmente entrará en juego. Justamente es en esta dimensión (teoría jurídica) cuando entra el análisis de tipos penales, causas legales absolutorias, causas de exclusión, causas de exculpación, autoría, participación, concursos, principios de interpretación, garantías constitucionales y muchas otras instituciones de Derecho penal. A este trabajo de adecuación de la historia a la norma penal aplicable, la doctrina le ha llamado subsunción. Brevemente entonces, digamos que la teoría jurídica es la forma como se relacionan diversas normas penales aplicables a los hechos de un modo coherente<sup>40</sup>.

III. *Teoría probatoria*. Puede definirse diciendo que es el conjunto de elementos personales, documentales o materiales que demuestran un hecho que hemos tenido como cierto en la teoría fáctica adoptada. “La prueba arroja un elemento de convicción sobre el hecho, y tan importante es que, si no hay prueba, no tenemos más que una historia

---

<sup>38</sup> En este apartado seguimos las explicaciones dadas en el Manual *Teoría del caso y técnicas de debate en el proceso penal*, segunda edición, Nicaragua, 2007, preparado por Saúl Araya Matarrita.

<sup>39</sup> Manual *Teoría del Caso y técnicas de debate en el proceso penal*, Op. Cit., pág. 81.

<sup>40</sup> Manual *Teoría del Caso y técnicas de debate en el proceso penal*, Op.cit., pág. 88.

bien contada. Una teoría del caso sin prueba, es solamente una novela”<sup>41</sup>.

La relación entre los elementos de la Teoría del caso es de continuidad: primero encontramos que los hechos (teoría fáctica), tienen relevancia penal. Luego, tales hechos son encuadrados dentro de aquellas normas penales que creemos resultan aplicables (teoría jurídica), y posteriormente contrastamos tales hechos con la prueba (teoría probatoria). De esta manera, tenemos que la teoría jurídica mejor estructurada y más coherente no será eficiente si no tiene una buena base fáctica que la sostenga o si no tiene una fundamentación probatoria que la haga creíble.

Vista desde la *perspectiva de la acusación*, la teoría del caso consiste en una explicación jurídica de por qué ciertos hechos ocurridos deben dar lugar a una sanción penal en contra de su autor. Desde la *óptica de la defensa*, la teoría del caso es una explicación — jurídica también — del por qué no debe sancionarse a quien se tiene como autor del hecho. Por su parte, para *el juez* la teoría del caso será la que cada parte le presenta para que la asuma como la verdad jurídica, luego de lo cual, y habiendo elegido sólo una teoría del caso, dictará su resolución.

## 5 LA DOGMÁTICA PENAL EN EL SISTEMA ACUSATORIO PENAL

Finalmente, desde nuestra perspectiva, no es correcto sostener que el sistema penal acusatorio prescindirá del trabajo dogmático. Tanto para la defensa como para el ministerio público, la dogmática penal constituye una auténtica herramienta conceptual sin la cual difícilmente podrán realizar sus roles dentro del proceso. Adicionalmente, pensamos que el trabajo dogmático, especialmente el desarrollado bajo la Teoría del delito, servirá para la formulación o construcción de la teoría del caso, que ambas partes deberán presentar, defender y, en su caso, comprobar ante el juez. Se impone aclarar nuevamente que, la comprobación de que se ha cometido un delito es tarea esencialmente

<sup>41</sup> Manual *Teoría del Caso y técnicas de debate en el proceso penal*, Op.cit., pág. 89.



procesal (mediante cualquiera de los medios de prueba que la ley autorice). El delito (concepto sustantivo), requiere de su comprobación (asunto adjetivo o meramente procesal)<sup>42</sup>. Se trata de dos aspectos perfectamente bien diferenciados y, a pesar de ello, claramente interconectados. Sin embargo, lo anterior no significa que lo procesal deba privar por encima de lo sustantivo. Dicho con otras palabras, la teoría del delito no será suplantada o substituida por la teoría de las pruebas.

El defensor que ignore la teoría del delito (la dogmática penal en su conjunto) o el ministerio público que incurra en similar actitud, estará seriamente incapacitado conceptualmente para construir una teoría del caso eficaz, por mucho y que tenga en su cartera un arsenal de pruebas y los medios para valorar las mismas. De que hablará: ¿solo de los hechos a “secas” y de la forma de probar los mismos?, y eso ¿será lo indispensable para obtener una sentencia absolutoria o condenatoria? Desde luego que las respuestas solo pueden ser negativas. Los hechos, por sí mismos, son solo un aspecto ciertamente importante, pero no suficiente, para apuntalar una responsabilidad penal, inclusive ni siquiera los hechos probados, ya que siempre hará falta la calificación técnica, jurídica, de qué bien jurídico han lesionado, que causa de exclusión puede alegarse, cuáles son las formas de participación en el mismo de los intervinientes, etc., categorías éstas últimas que derivan directamente de la teoría jurídica del delito la que, dicho con insistencia, adquiere una importancia insoslayable más que pasar a segundo plano o desaparecer como algunos imaginan.

El penalista que reclama el sistema acusatorio penal no prescinde de la teoría del derecho (penal y procesal), no se aleja ni evita la dogmática penal, al contrario, la domina, la conoce y la utiliza conscientemente, sabedor de que a través de sus conceptos, categorías y criterios es perfectamente posible determinar si esos hechos de que se habla están en contradicción o no con la ley, esa que los considera delito. Ese penalista del que hablamos, entiende a la dogmática penal como un excelente método de conocimiento y análisis del contenido de la ley positiva vigente; igualmente, reconoce en la teoría del delito uno de los

<sup>42</sup> En este sentido Jiménez Martínez, Javier, Op. cit., pág. 3.

productos más acabados de la dogmática penal, que más que agotarse tiende constantemente a su perfeccionamiento.

Una simple narración de los hechos no es suficiente para tener un caso requerido de legal solución. Se impone, además: a) la confrontación de tales hechos con la ley (esa que los considera o no constitutivos de un delito), lo que informa de la relevancia penal de los mismos; y, b) la demostración (aspecto probatorio) de que aparte de existir e impactar en el mundo de la realidad resultan imputables a su autor o autores. Destacamos, finalmente, la gran ventaja metodológica que extraemos de la teoría del caso: una visión integral de los acontecimientos penalmente relevantes. Así pues, tenemos que el sistema penal acusatorio encuentra en la dogmática penal un elemento insustituible a través del cual es posible sostener muchas de sus decisiones, amén de la herramienta conceptual de comunicación entre las partes procesales.



Neste volume:

AUTORES ESTRANGEIROS

Carlos Alberto Mejías Rodriguez  
Christian Bernal  
Diego Cuarezma Zapata  
Franco Cordero  
Manuel Vidaurri Aréchiga  
Pasquale Bronzo  
Renzo Orlandi  
Sergio J. Cuarezma Terán

AUTORES BRASILEIROS

Alexandre Bizzotto  
Álvaro Roberto Antanavicius Fernandes  
Ana Cláudia Pinho  
Antonio Vieira  
Aury Lopes Jr.  
Bruno Augusto Vigo Milanez  
Bruno Cunha Souza  
Camilin Marcie de Poli  
Djefferson Amadeus  
Édson Luís Baldan  
Elmir Duclerc  
Fauzi Hassan Choukr  
Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro  
Fernando Laércio Alves da Silva  
Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes  
Giovani Frazão Della Villa  
Gustavo Badaró  
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho  
Jacson Zilio  
Jeffrey Chiquini da Costa  
Jéssica Ramos Saboia  
José de Assis Santiago Neto  
Leandro Gornicki Nunes  
Leonardo Augusto Marinho Marques  
Leonardo Avelar Guimarães  
Leonardo Costa de Paula  
Leonardo Marcondes Machado  
Leonardo Marques Vilela  
Luís Eduardo Lopes Serpa Colavolpe  
Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho  
Luiz Eduardo Cani  
Luiz Fernando de Vicente Stoinski  
Marcio Guedes Berti  
Márcio Soares Berclaz  
Marco Aurélio Nunes da Silveira  
Maria Francisca de Miranda Coutinho  
Misael Neto Bispo da França  
Mônica Denise Maia e Silva  
Nereu José Giacomolli  
Nestor Eduardo Araruna Santiago  
Onéssimo César Gomes da Silva Cruz  
Paola Alcântara Lima Dumont  
Paulo Silas Taporosky Filho  
Renata Ceschin Melfi de Macedo  
Ricardo Jacobsen Gloeckner  
Rômulo de Andrade Moreira  
Thiago Miranda Minagé  
Tiago Dias de Meira  
Vinícius Diniz Monteiro de Barros

Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-53151-09-7



9 788553 151097