

**JUSTIFICACIÓN VS. EXCULPACIÓN PARADIGMAS DE LA TEORÍA DEL
DELITO CONTEMPORÁNEA. LA DESOBEDIENCIA CIVIL DESDE UNA
PERSPECTIVA DINÁMICA DE LA CULPABILIDAD.**

Autora: Rosana Elizabeth Luggren

Procuradora y Abogada Universidad Nacional de Córdoba. Licenciatura de Seguridad Pública de Gendarmería Nacional Argentina. Especialista en Derecho Penal Universidad Nacional del Litoral. Profesora de Derecho Penal Universidad Católica Argentina. Doctorando en Ciencias Jurídicas Universidad Católica Argentina. Profesora de Derecho Procesal Penal y Constitucional. Ha desarrollado diversos artículos publicados en revistas de la especialidad. Se desempeña en la Procuración General de la Nación- Oficina de Derechos Humanos y Fiscalía Federal de Victoria

RESUMEN:

El presente artículo estudia el fenómeno de la “Desobediencia civil” desde la teoría analítica del delito, en el marco de un Estado democrático de derecho, utilizando los criterios dogmáticos a partir de la evolución del derecho penal. Se aborda aspectos referidos a desobediencia civil en el marco de los derechos fundamentales, su ubicación sistemática en la teoría del delito. La causa de atipicidad de la desobediencia civil y causa de justificación o causa de exclusión o de disminución de culpabilidad, también se encontrara análisis de las perspectivas sobre el estado de necesidad: justificación o exculpación. Dentro de dichos aspectos la autora considera que la “desobediencia civil” bajo ciertos y determinados presupuestos restringidos, debe conducir a una exclusión de la responsabilidad jurídico-penal relacionada con los derechos fundamentales, cuando los actos de manifestación sirven a la formación de la opinión pública en cuestiones de interés vital y no amenazan con dificultar ningún otro interés importante del bien común. Finalmente, dentro de los hallazgos más interesantes se observa que los derechos fundamentales pueden influir en la necesidad de pena y, en el marco de lo preventivamente tolerable pueden excluir la punibilidad. Surten el efecto de causas de responsabilidad excluida. Uno de los puntos más descuidados por la ciencia penal se encuentra constituido por la integración de los derechos fundamentales en el sistema penal. Quien en virtud de una convicción en contra pasa por encima de la ley, resulta en todo caso penalmente responsable- sólo se puede tener en cuenta en la medición de la pena. Resulta imprescindible contar con la formulación expresa de los criterios jurídicos aplicados en la-determinación-, como constitutivos del control de racionalidad de las decisiones.

Descriptor: desobediencia civil, teoría del delito, culpabilidad, justificación, exculpación.

ABSTRACT

This article studies the phenomenon of the "civil disobedience" from the analytical theory of the crime, in the frame of a Democratic State of right, using the dogmatic criteria that started from the evolution of the criminal penal. It is studied some aspects related to civil disobedience in the framework of fundamental rights, its systematic location in the theory of the crime. The cause of non-criminality of civil disobedience and cause of justification, cause of exclusion or reduction of guilt, it is also found prospects on the condition of necessity as justification or exoneration. Within such aspects the author considers that it "civil disobedience " under certain and determined restricted budgets, should lead to an exclusion of the legal responsibility which is related with the fundamental rights, when the acts of manifestation serve to it training of it opinion public in issues of interest vital and not threaten with hinder no other interest important of the well common. Finally, within them finds more interesting is observes that those rights fundamental can influence in the need of penalty and, in the frame of it preventively tolerable can exclude it criminality. They have the effect of causes of excluded liability. One of the most neglected by the criminal science is made up of the integration of fundamental rights in the criminal justice system. Who under a conviction against passes above the law, is criminally responsible anyway - only can be considered in the measurement of penalty. It is essential to have the express formulation of the legal criteria applied in - definition-, as constitutive of the rationality of the decisions control.

Descriptors: civil disobedience, crime theory, guilt, justification, exoneration.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende analizar el fenómeno de la “Desobediencia civil” en el marco de la teoría analítica del delito, a fin de plasmar la misma en los diversos estamentos partiendo de un Estado democrático de derecho. Utilizando los criterios dogmáticos que se han ido desarrollando en la evolución del derecho penal y en consecuencia, tratar de plasmar las buenas razones existentes para poder responder a la siguiente pregunta: ¿La desobediencia civil exige una respuesta punitiva en el marco del estado constitucional de derecho? En caso afirmativo, ¿con qué alcance; desde qué perspectivas debe punirse? Sería posible Justificar la conducta del desobediente civil. O por el contrario, existen buenas razones para afirmar un injusto jurídico penalmente relevante. Frente a este supuesto: ¿Podría ser susceptible la exclusión de responsabilidad o de la culpabilidad y en consecuencia, la punibilidad? Dichos interrogantes se analizarán a continuación.

La desobediencia civil ha tenido diversas manifestaciones a lo largo de la historia, en el modelo de estado moderno o democrático, se ha considerado la desobediencia civil como una forma de progreso social lo que deviene en cambio y evolución. Por ello, resulta fundamental analizar el fenómeno para puntualizar si corresponde al Estado sancionar dichas conductas con qué alcance debería legislarlo, es posible la justificación o exculpación de dichas conductas en todos los supuestos o solamente para algunos comprobándose ciertos presupuestos desde la perspectiva de la teoría del delito.

En los últimos años en Argentina han aparecido fenómenos novedosos que consisten en la producción de manifestaciones en lugares públicos que no son organizadas desde el punto de vista institucional pero que generan desorden e interrupciones y cortes en las vías de comunicación terrestre. Existe una línea de

pensamiento que considera que éstos conflictos sociales deben ser abordados técnicamente por el derecho penal.

El punto de partida es la base de un estado democrático y constitucional de derecho en el cual la desobediencia civil opera como un instrumento de disenso en el que los ciudadanos hacen oír sus pretensiones a las que consideran justas. Aquí aparece la noción de “justicia” como un ideal a seguir, Rawls en su intento de fundamentación de la observancia de una ley injusta desarrolla la teoría del contrato social de tal manera que el acuerdo original sobre los principios de justicia sigue una convención constitucional que satisface tales principios y a ésta un cuerpo legal asumido por los ciudadanos y guiado por aquellos principios. El proceso constitucional es siempre un caso de los que podemos denominar justicia procedimental imperfecta: es decir, no existe ningún procedimiento político factible que garantice que la legislación promulgada será justa. Siempre que la injusticia no sobrepase ciertos límites, en un sistema constitucional, merced a los principios de justicia en primer lugar y el principio de la mayoría en segundo, Rawls afirma la exigencia de la observancia de las leyes injustas. Esta observancia, no es absoluta y cede un espacio para la desobediencia civil en las democracias constitucionales. Restringiéndola a supuestos de graves infracciones del principio de justicia y de justa igualdad de oportunidades (Rawls, 1986, p.92).

La desobediencia civil, en este contexto, es uno de los valores con los que se mide la calidad democrática de la sociedad.

Dworkin sitúa la desobediencia civil en un plano en el que resulta posible resolverlo ¿cuál ha de ser la respuesta del gobierno a la desobediencia civil?, según este autor no existe derecho que provenga de la ley a la desobediencia civil, sino que se trata de un derecho moral. La libertad de conciencia viene a constituir el principal vehículo del que disponemos para cuestionar la ley por motivos morales, se trata de un instrumento de corrección de los criterios de legitimidad.

En realidad, la desobediencia civil respondería al principio básico del Estado de Derecho. En este punto, la tesis de Dworkin (1989) coincide con Rawls. En este sentido puede afirmarse que la desobediencia por razones de conciencia y para la reforma política constituye, en cuanto principio de libertad crítica, un valor básico para el sistema democrático. Al decir, de Habermas un guardián de legitimidad. “La conclusión de Dworkin es que, cuando la ley es incierta, un ciudadano que siga su propio juicio no está incurriendo en un comportamiento injusto” (Portela, 2005, p. 188)

Habermas señala que la desobediencia civil constituye un elemento de una cultura política madura, es decir como una forma no convencional de formación de la voluntad política (Portela, 2005, p. 202).

Si la desobediencia civil es necesaria es porque el estado moderno está necesitado y capacitado para obtener justificación moral. De esta aproximación se desprende que tanto Rawls, Dworkin y Habermas, plantean una morigeración de pena para el desobediente civil.

La desobediencia civil puede caracterizarse como una acción pública, no violenta, argumentada político-moralmente e ilegal que tiene como objetivo cambiar una determinada ley o política gubernamental. Resulta necesario que la violación sea respecto de una ley válida, dictada por legítima autoridad [SERRA, 2010. p. 333. “Esto no significa que la desobediencia civil esté siempre jurídicamente justificada. Ni siquiera significa que lo esté frecuentemente. Pero sí pone de manifiesto que la tesis de que la desobediencia civil nunca puede estar justificada resulta insostenible” (Pérez, 1994).

Desobediencia Civil en el marco de los Derechos Fundamentales. Ubicación sistemática en la Teoría del Delito

El problema de la desobediencia civil es analizado como un auténtico derecho de libertad constitucionalmente consagrado. Cabe poner de resalto la Constitución como participación, como proceso que marca las reglas del juego en virtud de las cuales las minorías pueden convertirse en mayorías, sino también como *un instrumento jurídico que cumple su función consagrando un proceso abierto* a las alternativas a lo existente. En este sentido, cabe formular la siguiente pregunta: ¿hasta qué punto ese pluralismo (ideológico, social económico) es decir, el principio del conflicto como elemento a integrar por el sistema posee una cobertura constitucional clara y una regulación en el ordenamiento jurídico penal Argentino?

La respuesta se encuentra en la Constitución Nacional al garantizar el derecho a la libertad de conciencia; de expresión; de culto, de asociación; de reunión y el derecho a peticionar. Como así también, éstas garantías encuentran su reconocimiento en la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 18,19 y 20, que integra el plexo normativo de supremacía constitucional (art. 75 inc.22 C.N.).

¿Cuál es el lugar asignado a las manifestaciones de desobediencia civil en la teoría del delito?

Desde el punto de vista dogmático, se entiende por delito toda conducta típica, antijurídica y culpable. La teoría del delito representa un concepto analítico y estratificado, pues se construye como un método de análisis de distintos niveles – acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad- cada uno de los cuales presupone el anterior. Así, carecería de sentido interrogar si el autor de un determinado comportamiento es culpable, sin previo haber establecido que se trata de un hecho

típico y antijurídico, puesto que si del examen del hecho resulta que la conducta no es típica, ya queda descartado del análisis la antijuridicidad y la culpabilidad.

“El derecho penal no puede ordenarse en un sistema cerrado ni tampoco dejarse a merced de un pensamiento tópico, que opere completamente al margen del sistema, sino que, en lugar de todo ello es obligada la construcción de un sistema abierto en el que cada nuevo problema se discuta con conocimiento del sistema disponible y se resuelva de un modo que pueda integrarse en dicho sistema o fuerce a su modificación” (Shünemann, 1999, p. 31).

La teoría del delito como modelo de comprensión, se construye mediante la subdivisión lógica de categorías que no se encuentran desconectadas entre si, sino una a continuación de la otra en un orden secuencial y en una relación interna que se configura de acuerdo a las leyes lógicas de anteposición y la subordinación, y al principio de la regla y la excepción.

El modelo predominante es el **“tripartito”** (su origen se reconoce en segunda mitad del siglo XIX cuando el naturalismo sustituye el punto de vista moral por el ontológico), compuesto por tres estratos analíticos:

a.-) *Tipo*: frente a determinado comportamiento humano se debe analizar si el mismo se adapta a alguna de las prescripciones establecidas en la ley penal, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, para concluir el juicio con la afirmación de tipicidad o atipicidad de la conducta;

b.-) *Antijuridicidad*: si la conducta típica contradice desde el punto de vista formal y material el ordenamiento jurídico, se emitirá un nuevo juicio y se establece que es antijurídica, caso contrario, si mediare una causa de justificación, la misma conducta será conforme a derecho;

c.-) *Culpabilidad*: por último, si el autor de la conducta típica, antijurídica le era exigible un comportamiento distinto al que realizó se emitirá un juicio de culpabilidad y en caso contrario, si concurre una causa de inimputabilidad o exculpación, que concluirá que la conducta es inculpable.

Actualmente, hay tendencias al modelo “*bipartito*” que reposa en los conceptos de Antijuridicidad y culpabilidad, con dos niveles el tipo de injusto y la culpabilidad (adhieren a esta tesis los sostenedores de la “Teoría de los elementos negativos del tipo” o “elementos de valoración global”).

Sánchez (1992), sostiene la bipartición con mayor orientación teleológica, toma como punto de partida la teoría de las normas (primaria y secundaria), contenida desde los fines del derecho penal. El delito contiene dos aspectos fundamentales:

a.-) debe ser un hecho infractor de la norma primaria penal;

b.-) debe mostrarse como un hecho que contiene los presupuestos de aplicación de la norma secundaria penal. Las dos categorías fundamentales del delito serán la antijuridicidad y la sancionabilidad penal (punibilidad). Ello resulta de aplicar las premisas básicas, expuestas precedentemente; la teoría del delito debe orientarse a los fines del derecho penal, que las normas penales constituyen el mecanismo fundamental de cumplimiento de esos fines.

La antijuridicidad penal: se requiere que revista el carácter de acción, se requiere un injusto penalmente típico y que, el hecho no debe estar amparado por una causa de justificación o causas de exclusión del injusto penal.

La sancionabilidad penal del hecho: exige la culpabilidad o atribuibilidad individual del hecho a un determinado sujeto. Además, se requiere la lesividad-resultado de lesión o de peligro para el bien jurídico- (p. 311).

Desobediencia Civil: Causa de Atipicidad; Causa de Justificación o Causa de Exclusión o de disminución de Culpabilidad:

En base a los tópicos analizados precedentemente, a continuación se desarrollará la desobediencia civil como causa de atipicidad; como causa de justificación y como causa de exclusión o de disminución de la culpabilidad.

Atipicidad de la desobediencia civil, entre sus defensores está Zaffaroni, quien sostiene que el derecho de protesta está exento de toda posibilidad de tipificación o prohibición penal como cualquier ejercicio de un derecho. En este sentido, frente al fenómeno de protesta, se agudiza la búsqueda de encuadre típico recorriendo el código penal a fin de lograr elastizar un tipo penal, descuidado el análisis dogmático de la teoría del delito con el fin de punir la desobediencia. (Zaffaroni, 2010, p. 429).

Quienes analizan la desobediencia desde la perspectiva justificante sostienen, que el ejercicio de un derecho fundamental no puede ser considerado un comportamiento antijurídico, ya que supera en fuerza justificante y tiene una pretensión de validez frente a todos los sectores del ordenamiento jurídico. “Así en la medida de que está garantizado el derecho fundamental de la libertad de reunión y manifestación, unas eventuales coacciones típicas producidas por los manifestantes (producidas por la manifestación como tal) no pueden ser antijurídicas”. Al decir de Günther (1995), no todo cobra relevancia jurídica, sino sólo aquel que sufre una desaprobación jurídico penal cualificado y que da lugar a las sanciones del derecho penal. La razón de la cualificación es el especial merecimiento de pena, que se deriva del grado de aumento del injusto, esto es, del peso del bien jurídico afectado (desvalor del resultado) y de la reprobabilidad de las modalidades de la acción (desvalor de la acción).

La teoría de las causas de exclusión del injusto penal parte de que hay causas de justificación de diversa intensidad, Por un lado, causas de justificación que conceden una autorización al agente, e imponen a la víctima un deber de soportar y por ello eliminan sin más el injusto con efectos para todo el ordenamiento jurídico, se derivan de deberes jurídicos, de **derechos fundamentales** y de facultades de intromisión en virtud de intereses preponderantes. Legítima defensa y Estado de necesidad justificante. Y las causas de exclusión del injusto penal, que solamente expresan la renuncia a una reprobación jurídico penal y cuya eficacia se limita al ámbito interno del derecho penal, son casos de cesión de los intereses de la víctima –consentimiento-; de causas de exclusión de la tipicidad o de causas de disminución del injusto-estado de necesidad disculpante-. (Günther, 1995, p.45).

Se trata de un injusto jurídico-penalmente relevante, por lo que una conducta “casi conforme a derecho” no es merecedora de una elevada reprobación. Por ello los casos de considerable disminución del injusto debido al escaso exceso en las facultades jurídicas también deben clasificarse como causa de exclusión del injusto penal. “Cuando se pretende criminalizar los reclamos y las protestas contra estos impulsos de avance de los estándares de realización, y se pretende obstaculizarlos, sacándole y quitándole su naturaleza política para darle una naturaleza penal, es siempre de carácter artificial” (Lambruschini, 2013, p. 7).

Las causas de justificación en el Código penal Argentino encuentran su tipificación en el art. 34, en el inciso 3º se da paso al estado de necesidad, especialmente en los casos en los que los que se manifiestan entorpeciendo a los demás, se hallan en límites de pobreza absoluta, no existen respuestas institucionales y se encuentran pasibles de sufrir un mal grave e inminente. Sin embargo, el instituto del estado de necesidad justificante, presenta dificultades en cuanto, no satisface todos los intereses jurídicos involucrados en los casos, porque

está pensado para situaciones de males inminentes, de conflictos entre derechos individuales, mientras que en los casos de demandas sociales, generalmente se encuentran involucrados derechos que no pueden ser satisfechos inmediatamente.

Para De Luca (1985), se le otorgaría mejor tratamiento a través, del instituto del legítimo o regular ejercicio de un derecho (art. 34 inc. 4º del C.P.). Un hecho considerado lícito por otra rama del derecho no puede castigarse en principio por el derecho penal, es por la función de *última ratio* del derecho penal dentro del ordenamiento jurídico. Pero puede suceder que lo lícito pueda llegar a constituir delito por el legislador, al querer castigar conductas permitidas por otras normas. Cuando existen determinados intereses que llevaron a obligar o permitir el hecho de que se trate y éstos colisionan con lo dispuesto por la ley penal, debe resolverse por la norma no penal a favor del deber o derecho. En esta justificante se actúa dentro del ámbito de libertad, dentro de lo autorizado por el orden jurídico. (Mir, 1996, p.6).

La posible justificación de la desobediencia civil tropieza con el obstáculo insalvable del principio de la mayoría democrática. Pero si cabe plantear en el caso concreto una posible exclusión de la responsabilidad Roxin, (1997) o de la culpabilidad. Así, se excluirá la responsabilidad jurídico penal cuando los actos de manifestación sirven a la formación de la opinión pública en cuestiones de interés vital y no amenazan con dificultar ningún otro interés importante del bien común.

Estado de Necesidad: Justificación o Exculpación. Perspectivas:

Estado de necesidad como causa de exclusión de la culpabilidad, el fundamento de la exención de la pena no radica en la ausencia de culpabilidad, sino en la falta de una necesidad de punición. Al decir de Roxin (1997), el término culpabilidad ha de ser entendido de modo tal que abarque toda la responsabilidad jurídico penal, significando con ello (culpabilidad más necesidad de pena).

Para la doctrina que considera que todos los supuestos de estado de necesidad deben ser considerados una causa de justificación, dado que el sujeto sería asequible a la norma también en el estado de necesidad y en consecuencia, podría ser en principio motivado mediante una conminación penal a omitir la injerencia en bienes jurídicos ajenos. El estado de necesidad es una *causa de justificación* porque el derecho penal renuncia ahí a la pena, no porque esta sea inidónea para combatir el hecho cometido en estado de necesidad, sino porque *no quiere combatir ese comportamiento*.

Esta postura es criticada, ya que la renuncia a la pena en tal caso no tiene por qué deberse necesariamente a una justificación sino que también puede tener su causa en que el legislador no considere indispensable la punición de la conducta por él desaprobada. Pese a la existencia de culpabilidad disminuida se excluye la responsabilidad jurídico penal por razones de política criminal. (Roxin, 1997, p. 897)

Discusiones que giran en torno de la *ratio de exculpación*:

La concepción antigua no atribuía la exención de pena a la falta de necesidad preventiva de punición, sino a la reducción de la capacidad de conducta conforme a la norma. Así, de esta manera se pone en duda que la reducción del injusto sea un criterio central para la exención de pena, pues la cantidad del injusto realizado no depende únicamente de lo que el sujeto preserva sino, de la magnitud del plus de los bienes jurídicos que lesiona.

Para Jakobs y su discípulo Timpe citados por Roxin, (1997, p. 900), la exclusión de la responsabilidad la argumentan desde la teoría de los fines de la pena, de acuerdo con el concepto funcional de culpabilidad que defienden, exclusivamente por la falta o la existencia de necesidades de prevención general y

rechazan la necesidad preventiva especial de intervención como causa de la exención de pena.

Toma de Postura:

En esta instancia del abordaje del tema, se considera que la “desobediencia civil” bajo ciertos y determinados presupuestos restringidos, debe conducir a una exclusión de la responsabilidad jurídico-penal relacionada con los derechos fundamentales, cuando los actos de manifestación sirven a la formación de la opinión pública en cuestiones de interés vital y no amenazan con dificultar ningún otro interés importante del bien común. El fundamento viene dado por el ordenamiento dogmático jurídico penal, el sujeto no actúa sin culpabilidad; era asequible a la norma, podía por tanto actuar de otro modo.

Esta culpabilidad se ve drásticamente disminuida frente a un caso normal de criminalidad; en el plano objetivo el injusto y la culpabilidad quedan en el límite inferior de lo jurídico penalmente relevante, pues la infracción de la ley es insignificante y se reduce más por la proximidad a un derecho fundamental del acto de manifestación. Por otro lado, subjetivamente, desde el punto de vista del sujeto su motivación es indiscutidamente relevante para la culpabilidad. En los casos que se plantea una impunidad guiada por el bien común, subsiste una reprochabilidad –muy disminuida-. Entonces, la culpabilidad reducida, reclama una exclusión de la responsabilidad jurídico penal cuando razones de prevención no hagan precisa la punición.

En los conflictos de escasa importancia se alcanza mejor mediante la renuncia a la pena, pues es deseable integrar el potencial de protesta básicamente conforme al sistema de nuestra sociedad, en vez de discriminarlo mediante el castigo con una pena.

En el nivel delictivo de la responsabilidad, el principio de culpabilidad constituye el instrumento político criminal más importante de la limitación penal. La culpabilidad actúa simultáneamente, fundamentando la pena puesto que nunca puede imponerse una pena si ella no estuviera presente, así como tampoco la pena puede ir más allá de la medida de la culpabilidad.

Resulta de la política criminal el principio de doble limitación¹, la pena no debe ser impuesta nunca sin una legitimación preventiva y sin culpabilidad.

Quien se oriente en los presupuestos político jurídicos de la Constitución - derechos fundamentales y humanos, Estado de derecho y principio de culpabilidad- deberá defenderlos en lugar de adaptarse a la política dominante del momento².

La Desobediencia Civil: “entre Las Penas y sus Fines”

Una pena solamente resulta legítima cuando es preventivamente necesaria y, al mismo tiempo es justa en el sentido que evita a la autor cualquier carga que vaya más allá de la culpabilidad. Las finalidades puramente preventivas no pueden tampoco legitimar la pena, ya que se requiere un reproche personal para el autor, es decir, éste debe entenderla en el sentido, que se ha hecho merecedor de ella. Esto sucede, cuando la pena es justa, que se vincula a la culpabilidad del autor, a la cual también va unida su medida. O sea, que la pena debe quedar por debajo de la culpabilidad cuando esto sea preventivamente razonable. Por lo tanto, los cambios de la teoría de los fines de la pena que pueden hacer que ésta alcance un renacimiento político criminal fructífero radican en la orientación hacia la realidad social (Roxin, 1997, p.p. 953-954).

¹ Sostenido por Claus Roxin en su categoría de la –Responsabilidad–.

² Lo que Schünemann denomina “decisionismo enmascarado”.

En otro sentido, se sostiene que la teoría de la determinación de la pena debe manifestarse, ante todo, como la dimensión cuantitativa (de grado) de un sistema de la teoría del delito, que por su parte deberá dejar de ser entendido en general como sistema binario: en primer lugar, que el marco penal abstractamente previsto se configura como la respuesta preconstituida a un conjunto de hechos que coinciden en constituir un determinado tipo de injusto penal, culpable y punible, en el que se contienen los elementos que fundamentan el merecimiento y necesidad de la pena marco. En segundo lugar, que injusto y culpabilidad (como punibilidad) constituyen magnitudes materiales graduables. Y en tercer lugar, que, desde esta perspectiva, el acto de determinación judicial de la pena se configura esencialmente como aquel en virtud del cual, se constata el concreto contenido de injusto, culpabilidad y punibilidad de un determinado hecho, traduciéndolo en una determinada medida de pena: la única política criminal que debe es la que discurre por el cause de las categorías dogmáticas.³

En un Estado de derecho las decisiones judiciales deben tener fundamentos explícitos que las hagan susceptibles de ser controladas según criterios de racionalidad, por ello resulta necesaria la construcción de bases teóricas que guíen el proceso de determinación de la pena. Lo que significa, que con mayor razón se

³ El desigual desarrollo de la teoría del delito y la teoría de la determinación de la pena se debe en parte a que, para un importante sector de la doctrina, la individualización judicial de la pena, no se relaciona con el sistema de la teoría del delito sino por el contrario con las teorías de la pena. En ésta línea Silva Sánchez, Jesús María; Hörnle, Krahl, entre otros. El referente próximo de cuanto aquí se indica es la denominada “Teoría de la Proporcionalidad con el Hecho”, expuesta inicialmente por Von Hirsch; Jareborg y Schünemann, ha sido desarrollada por Hörnle, quien pretende abordar la sistematización de las variables fácticas contenidas en los diferentes hechos concretos que realizan el tipo, con el fin de posibilitar una individualización dogmática de la pena. [SILVA SÁNCHEZ, año 2007, In Dret 2/ 2007].

deben explicitar los fundamentos que llevan a decidir a favor de determinada pena, pues solamente de ese modo será posible realizar el control de racionalidad de – esas razones-, requisito para salvaguardar las garantías.

CONCLUSIONES

Retomando los interrogantes planteados al comenzar con el presente trabajo, en este estadio surgen las siguientes conclusiones:

En la desobediencia civil, como fenómeno que despliega sus efectos al derecho penal, existe responsabilidad jurídico penal porque el sujeto es alcanzado por la llamada de la norma, es decir, puede actuar de otra manera. Pero por otro lado, por razones de política criminal y para los supuestos en que no resulte necesaria la pena, se considera debe ser eximido de pena el autor. Los derechos fundamentales pueden influir en la necesidad de pena y, en el marco de lo preventivamente tolerable pueden excluir la punibilidad. Surten el efecto de causas de responsabilidad excluida.

La integración de los derechos fundamentales en el sistema penal, constituye uno de los puntos más descuidados por la ciencia penal.

Quien en virtud de una convicción en contra pasa por encima de la ley, resulta en todo caso penalmente responsable- sólo se puede tener en cuenta en la medición de la pena-.

En cuanto a la determinación de la pena, al tratarse de conceptos valorativos, lo que no implica ámbitos de discrecionalidad, resulta imprescindible contar con la formulación expresa de los criterios jurídicos aplicados en la-determinación-, como constitutivos del control de racionalidad de las decisiones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- De Lucas, J (1985). Una consecuencia de la tesis de los Derechos: La Desobediencia Civil. *Doxa* Nº 2, Pág. 197-207.
- Dworkin, R. (1989). *Los Derechos en Serio*, Barcelona, España: Ed. Ariel S.A.
- Günther, H. (1995). *La clasificación de las causas de justificación en derecho penal*, en Causas de justificación y antijuridicidad en derecho penal Luzón Peña- Mir Puig (coord.), Aranzadi, Pág.45-66.
- Lambruschini, L. (2013) La Desobediencia y su relación con la teoría del delito, *Suplemento LA LEY PENAL Y PROCESAL PENAL, N°2*, Marzo.
- Mir, S. (1996). *Derecho Penal Parte General*, PPU, Barcelona, España, Pág. 6-12.
- Pérez, A. (1994). *Comentario a la Obra de José Antonio Estevez Araujo La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid: Ed. Trotta,
- Portela, J. (2005) *La Justificación lusnaturalista de la Desobediencia Civil y de la Objeción de Conciencia*, Bs. As: EDUCA.
- Ralws, J. (1986) *La Justificación de la desobediencia civil, en justicia como equidad. Materiales para una Teoría de la Justicia*, Madrid: Tecnos.
- Roxin, C. (1997) *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, España: Editorial Civitas, S.A.
- Roxin, C. (2007) *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*, traducción de Manuela Abanto Vásquez, Lima, Perú: Ed. Grijley.
- Serra, T. (2010) *La Desobediencia Civil: una lectura actual desde la teoría del delito*. Buenos Aires: Ed. Fabián Di Plácido.
- Shünemann, B. (1999). *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal*, en *El Sistema Moderno de Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*, Madrid: Ed. Tecnos.

- Silva, J. (2007) La Teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo, *InDret (Revista para el Análisis del Derecho)*, 2/2007.
- Silva, J. (1992) *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona: Bosch.
- Silva, J. (2001) *¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas*”, en *Modernas tendencias en la ciencias del derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, Pág. 559-575.
- Zaffaroni, R. (2010) *Derecho Penal y Protesta Social*, Buenos Aires: Ed. Fabián Di Plácido.