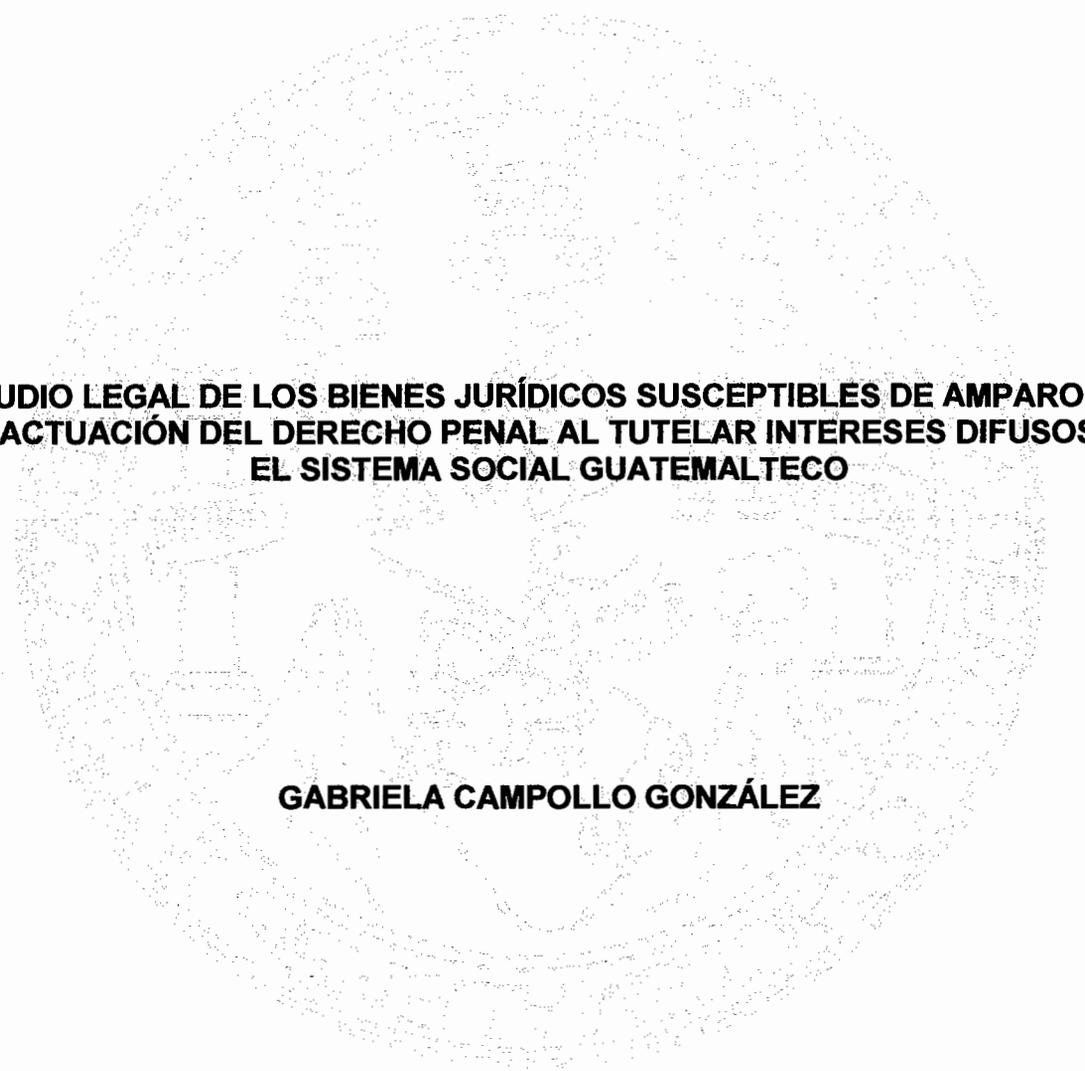


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**ESTUDIO LEGAL DE LOS BIENES JURÍDICOS SUSCEPTIBLES DE AMPARO Y DE
LA ACTUACIÓN DEL DERECHO PENAL AL TUTELAR INTERESES DIFUSOS EN
EL SISTEMA SOCIAL GUATEMALTECO**

GABRIELA CAMPOLLO GONZÁLEZ

GUATEMALA, MARZO DE 2016

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

**ESTUDIO LEGAL DE LOS BIENES JURÍDICOS SUSCEPTIBLES DE AMPARO Y DE
LA ACTUACIÓN DEL DERECHO PENAL AL TUTELAR INTERESES DIFUSOS EN
EL SISTEMA SOCIAL GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

GABRIELA CAMPOLLO GONZÁLEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, marzo de 2016

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

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

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



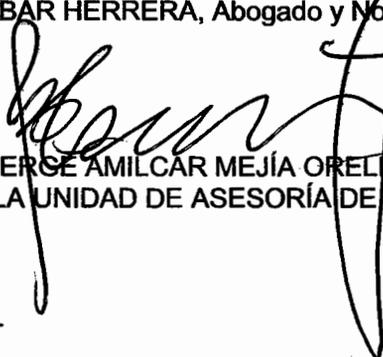
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.

UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 13 de febrero de 2013.

ASUNTO: GABRIELA CAMPOLLO GONZÁLEZ, CARNÉ No. 200411658, solicita que para la elaboración de su tesis de grado, se le apruebe el tema que propone, expediente No. 20121775.

TEMA: "ESTUDIO LEGAL DE LOS BIENES JURÍDICOS SUSCEPTIBLES DE AMPARO Y DE LA ACTUACIÓN DEL DERECHO PENAL AL TUTELAR INTERESES DIFUSOS EN EL SISTEMA SOCIAL GUATEMALTECO".

Con base en el dictamen emitido por el (la) consejero (a) designado (a) para evaluar el plan de investigación y el tema propuestos, quien opina que se satisfacen los requisitos establecidos en el Normativo respectivo, se aprueba el tema indicado y se acepta como asesor de tesis al Licenciado MARCO TULLIO ESCOBAR HERRERA, Abogado y Notario, colegiado No. 5521.


DR. BONERSE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS



Adjunto: Nombramiento de Asesor
cc.Unidad de Tesis
BAMO/sllh.

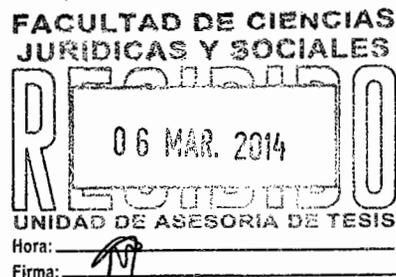
Marco Tulio Escobar Herrera

Abogado y Notario



Guatemala, 09 de octubre del año 2013

Doctor
Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



Doctor Mejía Orellana:

Respetuosamente me dirijo a usted, con el objeto de rendirle informe según nombramiento de asesor a su digno cargo de fecha trece de febrero del año dos mil trece, en relación a la tesis de la bachiller Gabriela Campollo González, para su graduación profesional, la cual se intitula: "ESTUDIO LEGAL DE LOS BIENES JURÍDICOS SUSCEPTIBLES DE AMPARO Y DE LA ACTUACIÓN DEL DERECHO PENAL AL TUTELAR INTERESES DIFUSOS EN EL SISTEMA SOCIAL GUATEMALTECO".

- a. La temática abordada en el trabajo de tesis reviste una gran importancia para la sociedad guatemalteca, ya que señala y analiza jurídicamente los bienes jurídicos que son susceptibles de amparo.
- b. Durante la elaboración de la tesis, la alumna demostró empeño, interés, seriedad y una rigurosidad científica mediante la utilización de los métodos y técnicas de investigación científicos acordes y necesarios para su trabajo de tesis, habiendo sido utilizado el método descriptivo, histórico y deductivo, así como la técnica de fichas bibliográficas.
- c. También, durante todo el contenido de la tesis la sustentante tuvo el cuidado de redactarla con un vocabulario propio de un trabajo de este nivel, haciendo uso y consultando para ese extremo los diccionarios jurídicos necesarios, y asistiendo a las bibliotecas del país a hacer las consultas necesarias.
- d. Considero muy interesante el trabajo de tesis, siendo los objetivos que señala puntuales y acordes con la realidad de la sociedad guatemalteca, y de igual forma indicó que la hipótesis planteada comprueba la necesidad de estudiar los intereses difusos en el sistema social guatemalteco.

Marco Tulio Escobar Herrera

Abogado y Notario



- e. Hago mención de que la introducción, márgenes, contenido, conclusiones, recomendaciones, y bibliografía son acordes al tema de tesis y de que se llevaron a cabo las correcciones sugeridas a la sustentante durante la asesoría de la misma, las cuales realizó acorde a lo indicado.

Estimo que el trabajo de tesis reúne los requisitos reglamentarios del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, y por lo tanto puede ser materia de discusión en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales y en tal sentido emito dictamen favorable.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para suscribirme con muestras de mi consideración.



Lic. Marco Tulio Escobar Herrera
Abogado y Notario
Colegiado 5521
Asesor de Tesis

Lic. Marco Tulio Escobar Herrera
Abogado y Notario
Col. 5521



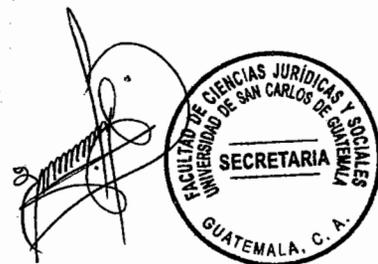
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 21 de abril de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante GABRIELA CAMPOLLO GONZÁLEZ, titulado ESTUDIO LEGAL DE LOS BIENES JURÍDICOS SUSCEPTIBLES DE AMPARO Y DE LA ACTUACIÓN DEL DERECHO PENAL AL TUTELAR INTERESES DIFUSOS EN EL SISTEMA SOCIAL GUATEMALTECO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs.





DEDICATORIA

A DIOS:

Por permitirme lograr una de muchas metas, gracias por darme la fuerza, sabiduría, y fortaleza por estar conmigo en los momentos difíciles a lo largo de mi carrera por ser mi luz en el camino.

A MI MADRE:

Morelia González Zepeda quien me dio el regalo de la vida, que con su amor, dedicación, paciencia, y sus oraciones ha demostrado estar siempre apoyándome en momentos difíciles gracias mamita por ser parte fundamental y ser mi motivación para lograr esta meta, la amo.

A MIS HERMANOS:

Juan Carlos y Astrid Carolina, agradezco su ayuda y apoyo incondicional, porque gracias a su cariño, comprensión, y consejos me han dado la motivación para seguir adelante en los momentos buenos y malos y nada de esto sería posible sin ustedes, los quiero mucho es una bendición tenerlos.

A MI FAMILIA:

Con cariño, admiración y respeto, que Dios los bendiga.

EN ESPECIAL A:

Las Licenciadas Claudia Ángel, Nely González, Jaquelyn Salazar, Mónica Román gracias por su amistad y cariño sincero y gracias a sus conocimientos, consejos, hoy puedo decir que



han sido un ejemplo para cumplir con esta meta de que a pesar de los obstáculos siempre creyeron en mí y me apoyaron siempre. Que Dios las bendiga.

A MIS AMIGOS:

Quienes me han demostrado su amistad y cariño sincero en todo momento.

A MI NOVIO:

Mynor José Girón Ortiz, por su amor y apoyo moral.

A:

La gloriosa y tricentaria Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por formarme académicamente como profesional.

A:

Todas las personas que de una u otra manera aportaron valiosos consejos y enseñanzas para mi vida.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Derecho penal.....	1
1.1. Definiciones.....	2
1.2. Reseña histórica.....	3
1.3. Importancia.....	10
1.4. Misión.....	11
1.5. Relación con otras disciplinas jurídicas.....	12

CAPÍTULO II

2. Bienes jurídico fundamentales.....	15
2.1. Ofensividad de los bienes jurídico fundamentales.....	17
2.2. Problemática constitucional.....	21
2.3. Problemática de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal....	23
2.4. Bienes penales fundamentales.....	26
2.5. Principios constitucionales para una política criminal del Estado social y democrático de derecho.....	33

CAPÍTULO III

3.	La actuación del derecho penal al tutelar intereses difusos.....	53
3.1.	Contenidos y límites.....	55
3.2.	Conflictividad.....	57
3.3.	Tendencias de la política criminal.....	62
3.4.	Función de la justicia criminal.....	64
3.5.	Directrices.....	67
3.6.	Política criminal.....	69

CAPÍTULO IV

4.	Los bienes jurídicos susceptibles de amparo y la actuación del derecho penal al tutelar intereses difusos en el sistema social de Guatemala.....	73
4.1.	Importancia de los bienes jurídicos susceptibles de amparo.....	73
4.2.	Conceptualización material.....	74
4.3.	Bien jurídico como elemento objetivo.....	75
4.4.	Análisis legal de los bienes jurídicos susceptibles de amparo y de la actuación del derecho penal al tutelar intereses difusos en el sistema social.....	75
	CONCLUSIONES.....	85
	RECOMENDACIONES.....	87
	BIBLIOGRAFÍA.....	89



INTRODUCCIÓN

El tema que se eligió determina la importancia de estudiar legalmente los bienes jurídicos susceptibles de amparo y la actuación del derecho penal al tutelar los intereses difusos en el sistema social de Guatemala, con la finalidad de orientar las actuaciones del hombre, a través de reglas generales de carácter penal, para que de esa forma se determine cuáles son los comportamientos reprimibles, ya que la finalidad del derecho penal consiste en evitar su realización.

Únicamente tienen que ser reprimidos penalmente los actos que pongan en peligro o lesionen bienes que sean fundamentales para la vida en común. De ello, deriva que se tome en consideración que toda norma jurídico-penal, tiene que fundamentarse sobre un juicio de valor positivo en relación a esos bienes vitales. Esa concepción, apareció en contra de la teoría tradicional que tomaba en cuenta a la infracción como un ataque contra los derechos subjetivos de la persona y cuyo fundamento se refería a la teoría del contrato social.

A la política criminal y al sistema de derecho penal, se le atribuyen una serie de caminos que se deben cumplir para alcanzar sus fines y una adecuada imputación objetiva que se circunscriba en la dogmática jurídico-penal, siendo la política criminal una disciplina valorativa, cimentada en el derrotero de la prevención de la criminalidad, en donde sus actos son todos aquellos que van a cooperar para lograr este propósito general, en relación a vislumbrar la acción criminal y prevenirla,



esgrimiendo los métodos inductivo y deductivo, apelando a discernimientos de las ciencias del ser y deber ser.

La hipótesis formulada se comprobó, al indicar que la noción del bien jurídico, se introdujo en la sistemática del derecho penal vinculando las tentativas actuales llevadas a cabo para una adecuada y mejor aplicación de su concepto.

Durante el desarrollo de la tesis se emplearon las técnicas documental y de fichas bibliográficas, con las cuales se recolectó la información jurídica y doctrinaria relacionada con el tema investigado. También, fueron utilizadas los métodos analítico, sintético, inductivo y deductivo.

El desarrollo de la tesis se llevó a cabo en cuatro capítulos: el primero, es referente al derecho penal, definiciones, reseña histórica, importancia, misión y relación con otras disciplinas jurídicas; el segundo, indica los bienes jurídicos fundamentales, ofensividad de los bienes jurídico fundamentales, problemática de los bienes jurídicos fundamentales tutelados por el derecho penal, principios constitucionales para una política criminal del Estado social y democrático de derecho; el tercero, es relativo a la actuación del derecho penal al tutelar intereses difusos, contenidos y límites, conflictividad, tendencias de la política criminal, función de la justicia criminal, directrices y política criminal; el cuarto capítulo, analiza los bienes jurídicos susceptibles de amparo y la actuación del derecho penal al tutelar intereses difusos en el sistema social de la sociedad guatemalteca.



CAPÍTULO I

1. Derecho penal

Es un medio de control que abarca el conjunto de modelos culturales y actos para la superación de la problemática social y cualquiera que sea el sistema político-económico de una sociedad, es el Estado quien tiene que demostrar los elementos conflictivos potenciales, para la acreditación de la maquinaria de la circulación social.

El derecho penal como integrante del derecho en general, es empleado para la orientación, control y planteamiento de la vida en común. A través del mismo, se determinan y definen determinados comportamientos. Con la finalidad de conseguir que los miembros de la comunidad omitan o ejecuten esas actuaciones, se recurre a la amenaza de una sanción.

Lo que busca el Estado es la orientación de los comportamientos de los individuos, motivándolos a su realización de determinada forma, para así evitar la aplicación de diversos esquemas de la vida social y únicamente cuando fracasa su labor de evitar la realización de los actos no deseados, debe intervenir el funcionario judicial para hacer efectiva la sanción penal.

La actividad punitiva es relativa al dominio en el cual el Estado ejerce su poder, con la finalidad del establecimiento o conservación de las condiciones que son necesarias

para el normal y buen desenvolvimiento de la vida comunitaria. La orientación que le otorgue a su actividad penal, se encuentra determinada por las opciones sociales y políticas que hayan adoptado en cuanto a la organización de la comunidad en general. Por ende, la política criminal del Estado se encuentra condicionada por su política social general.

El ejercicio de la actividad punitiva por parte del Estado, comporta una grave afectación de derechos fundamentales de la persona. Además, debido a la naturaleza de la intervención penal, siempre ha existido la preocupación por determinar los límites al poder estatal, siendo ese esfuerzo el orientado a la búsqueda de la justificación de la pena y a la determinación de un criterio claro que permita el discernimiento de las acciones que tienen que ser prohibidas, para la fijación de las condiciones cuya preexistencia permita la imposición de la sanción, así como también la especificación de los casos en los que la actividad punitiva es oportuna, necesaria y positiva. Ello, lesiona los fundamentos jurídicos que informan el derecho penal, y debe resolverse a través del estudio del fin y de la naturaleza de la pena, la cual no es otra cosa que la finalidad de las denominadas teorías de la pena.

1.1. Definiciones

El derecho penal es el sector del ordenamiento jurídico que en garantía de las condiciones de existencia y desarrollo de la comunidad, atribuye efectos jurídicos propios relativos a las penas y medidas de seguridad.



"Derecho penal es la ciencia que estudia el sistema de normas jurídicas reguladoras del poder que determinan las penas a las acciones delictivas, las medidas de seguridad aplicables a los delincuentes y algunas indemnizaciones correspondientes a las víctimas".¹

"El derecho penal es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación correcta de las mismas a los casos de incriminación".²

1.2. Reseña histórica

En una época primitiva, anterior a la organización de los pueblos en estados o imperios, no se puede hablar propiamente de la existencia de un derecho penal, pero sí existía la venganza, siendo ésta algo parecida a la pena y que cumplía su función.

La venganza debió ser la primera manifestación de la justicia penal, teniendo la pena un sentido individualista. La venganza también se puede visualizar, no sólo como una manifestación o equivalente de la pena, sino como una guerra entre grupos sociales, siendo éstos organismos políticos primarios dotados de un rudimentario sistema de prohibiciones y sanciones.

¹ Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal**. Pág. 104.

² Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**. Pág. 34.

Pero esta venganza, ya sea individual o realizada por un grupo familiar contra otro, no puede considerarse como una auténtica forma de reacción propiamente penal, ya que ostenta un carácter puramente personal o familiar, permaneciendo el resto de la sociedad indiferente a ella. Sólo cuando la sociedad se pronuncia a favor del vengador, se pone de su parte y le ayuda, reconociendo la legitimidad de su reacción, y así es cuando ya se puede hablar de la venganza equivalente a la pena.

La venganza dio lugar a enfrentamientos y al exterminio de numerosas familias. Para evitar este mal, surgió una institución, a primera vista cruel y bárbara, pero que supuso un considerable avance estableciendo límites a la venganza que se denominó El Talión.

En virtud del muy conocido principio "ojo por ojo, diente por diente", o principio talional, no podía responderse a la ofensa con un mal superior al inferido a la víctima.

"Otra importante limitación al primitivo sistema de la venganza fue la composición en el área punitiva, mediante el cual el ofensor y su familia rescataban del ofendido y su familia el derecho de venganza mediante el pago de una cantidad. La enardecida venganza de sangre entre las tribus, basada sobre la reparación a la tribu ofendida, negociada primero, se convirtió después en obligatoria. Así, nace el segundo grado en el desenvolvimiento de la pena denominado sistema de composición".³

³ Fontán Barrera, Carlos. **Derecho penal**. Pág. 55.

- a) **La venganza privada:** es un movimiento natural y por mucho tiempo se consideró esta idea no sólo como natural, sino como legítima y necesaria. La misma, es realizada de familia a familia, de tribu a tribu, de clan a clan, por lo que se afirma que la responsabilidad penal, antes que individual, fue social.

Este período se caracteriza por que la acción penalizadora no se ejerce como función política del Estado, sino que el ofensor es víctima de una reacción desorbitada y sin medida, sin que la sociedad como organización política intervenga para nada. Es una reacción punitiva entre el ofendido y el ofensor, o entre un grupo familiar y el ofensor.

- b) **Ley del Talión:** al final de la primera edad de piedra, surge la era paleolítica, la cual nace de un orden fundado en principios que se concretaron en la Ley del Talión, la cual, al no permitir hacerle al ofensor mayor mal que el que había causado, constituye un avance en las instituciones represivas. De esta ley, se desconoce el lugar y tiempo exacto de su nacimiento.

"Esta Ley se encontraba escrita en el Código Hammurabi, 1927 a 2000 años antes de Cristo y con mayor desarrollo y perfección en algunas legislaciones antiguas, tales como la hebrea, la griega y la romana".⁴

⁴ **ibid.** Pág. 67.



La aplicación de ésta ley creó grandes conflictos, ya que no siempre era posible hacer cumplir al reo tal pena cual delito, en algunos delitos de lasciva, contra la propiedad o contra la honestidad, o en circunstancias especiales, como la de que el agresor le cortara un brazo a un manco o sacara un ojo a un tuerto.

- c) La composición: nace con el fin de evitar inconvenientes surgidos por la aplicación del Talión. Mediante ésta se buscaba reparar el daño con una suma de dinero negociable, como precio de la sangre. Con esta Ley, el agresor estaba obligado a reparar los daños por medio de recursos monetarios y el agredido estaba en obligación de aceptar la indemnización, con el fin de renunciar a la venganza.

Esta transformación de la pena en una reparación pecuniaria y privada, fue la fuente de los delitos privados que existían en muchas legislaciones, como la romana y más tarde los pueblos germánicos.

La venganza privada desaparece poco a poco, bajo las influencias de las ideas de la Iglesia, al derecho de asilo, y a un mayor y creciente poder público el cual brindaba mejores garantías al individuo; asegurando por medio de la defensa pública la defensa de la sociedad y se encargó de satisfacer los deseos de venganza de los ofendidos.

- d) **Período teológico-político de la venganza divina, pública y de la intimidación:** la autoridad pública toma para sí el encargo de sancionar las ofensas al derecho, pero ya éstas no la son solamente contra la víctima de la infracción, sino que como esa autoridad se presentaba con calidad de representante de la divinidad, se les estimaba dirigidas contra ella, es por eso que los actos menos graves eran considerados como turbadores del orden público y religioso y como tales castigados con penas rigurosas, con suplicios desatinados a calmar la divinidad o la autoridad ofendida. Se llenaba no sólo de dolor y sufrimiento al ofensor, sino de terror a los que en el futuro intentaran faltar al derecho.

Se castigaba con muerte por medio del fuego la blasfemia, el ateísmo, la herejía, el sacrilegio y la brujería. La penalidad desde la antigüedad hasta fines del siglo XVIII, se basaba en la idea de la venganza social y de la intimidación.

En este período es notoria la concepción mágica y divina de los fenómenos naturales y de la vida en general.

- e) **Antiguo derecho penal:** en este derecho no existía ninguna codificación y las influencias más notables fueron tomadas en consideración del derecho penal romano, del derecho penal germánico y del derecho penal canónico, donde perduraban la venganza pública, la arbitrariedad de las penas, así como la

existencia de lesa majestad divina y de lesa majestad humana, siendo impersonales las penas con una desigualdad en su aplicación.

Entre las penas aflictivas infamantes se encontraban:

- La muerte por descuartizamiento.
- La muerte por fuego.
- La muerte en la horca.
- Destierro perpetuo.
- Azotes públicos.
- La marca.
- Reclusión perpetua.

Las penas aflictivas no infamantes son las siguientes:

- Decapitación a los nobles.
- Tortura con o sin reserva de pruebas.
- Reclusión perpetua.
- Azotes públicos.



Las penas infamantes principales son las siguientes:

- Admonición.
- Interdicción o suspensión de un oficio público.
- Abstención de presentarse en ciertos lugares.
- Reparación del honor.
- Privación de privilegios.

Las penas accesorias son:

- Muerte civil.
- Degradación de la nobleza.
- Condenación de la memoria del difunto.
- Reprobación o vituperio.

f) Derecho penal revolucionario: la filosofía penal liberal nace revolucionariamente en el siglo XVIII, su acento fue primero crítico y buscaba destruir lo ya establecido, y más que edificar un derecho penal y carcelario nuevo, se censuraba lo existente.

La Revolución Francesa favoreció de manera decisiva el movimiento de reforma penal. Existió inspiración en el Contrato Social.

"Las primeras codificaciones penales que se percibieron en el mundo fueron en Europa, realizadas por grandes pensadores de la época. Existieron hechos que marcaron el cambio que daría las legislaciones, hechos que eran promovidos por personas que percibían la necesidad de un cambio como un desarrollo, que es lo que desde sus inicios busca la humanidad, tales hechos llevaron al hombre a grandes cambios necesarios en la evolución del hombre, entendiéndose por evolución a la modernización del pensamiento, algunos de estos hechos son la Revolución Francesa, las guerras napoleónicas, movimientos liberales, y los procesos de unificación o separación de naciones".⁵

1.3. Importancia

El derecho penal es fundamental debido a que encauza la conducta humana para hacer posible la vida en sociedad. y se manifiesta como un conjunto de normas que rigen la vida externa de los hombres en sociedad, que pueden imponerse mediante el empleo

⁵ *Ibid.* Pág. 104.

de la fuerza del Estado, y ello es de esa manera, debido a que los intereses que protege son fundamentales”.⁶

El derecho nace para la regulación de la ofensa física o moral que una persona inflige a otra, y para la regulación de la indemnización debida por el incumplimiento de una palabra dada.

1.4. Misión

El derecho penal no se reduce únicamente al listado de las conductas y tomadas en cuenta como delitos y penas que a cada quien sean correspondientes, sino que esencialmente su misión consiste en brindar protección a la sociedad. Ello se logra con medidas que por una parte llevan a la separación del delincuente peligroso por el tiempo que sea necesario, al lado que también reincorporan al medio social a aquellos que no se encuentran en ese ámbito, a través del adecuado tratamiento para así alcanzar esta finalidad.

De esa forma, se puede anotar que el derecho en estudio es el conjunto de normas que pertenecen al ordenamiento jurídico de determinado Estado, cuya finalidad primordial

⁶ Manzini, Vincenzo. *Tratado de derecho penal*. Pág. 90.

consiste en la regulación de las conductas punibles consideradas como delitos, con la aplicación de una pena.

1.5. Relación con otras disciplinas jurídicas

El derecho penal tiene relación con otras disciplinas jurídicas, siendo las mismas las siguientes:

- a) **Derecho constitucional:** al ser el Estado el único sujeto que en la actualidad se encuentra facultado para determinar y sancionar los delitos, guarda estrecha relación con el derecho penal, por encontrarse justamente en la Constitución Política, en cuanto a la forma en que se organiza el Estado y las facultades de determinados órganos en la determinación de las acciones señaladas como delitos y en la forma de sancionar a los que cometieron dichas acciones.

- b) **Derecho internacional:** el delito ha cobrado una importante vida internacional, siendo en la actualidad incuestionable la estrecha relación que guardan los Estados, producto de la inmediatez de los medios de comunicación y de los intereses económicos que enlazan a todos los pueblos de la tierra, por lo que inclusive se habla de la existencia de un derecho penal internacional que tiene el mayor de sus frutos con la no poco discutida creación de la Corte Penal Internacional, producto de la voluntad de varios Estados que se obligan inclusive

a la modificación de sus legislaciones internas, para ajustarse a los convenios que hayan sido pactados.

- c) **Derecho privado:** cuando el desconocimiento de las obligaciones civiles importa una perturbación del orden público, entra en función el derecho penal, debido a que el daño no es únicamente sufrido por el particular, siendo el mismo resentido por el interés general.

- d) **Derecho procesal penal:** consiste en la normatividad que fijan las formalidades y los procedimientos dirigidos a la determinación de la responsabilidad del infractor de la ley penal aplicando la consecuente sanción. Si el derecho penal se regula mediante normas, las conductas delictivas y sus correspondientes sanciones, el derecho procesal penal regula los trámites necesarios para la aplicación del derecho sustantivo.

- e) **Criminología:** estudia la criminalidad en relación a su génesis y desenvolvimiento como realidad social, así como también la reacción que ese fenómeno puede suscitar. La relación entre el derecho penal y la criminología es confusa, debido a que desde épocas anteriores se tiene la costumbre de trazar un estrecho vínculo entre ambas, debido a que siempre fueron penalistas quienes disputaron las mayores arduas controversias, buscando con ello la clarificación de los alcances y las limitaciones de esa relación.

"Siendo innegable el mérito de las Escuelas del derecho penal, por haberse encargado de la humanización y preocuparse por la personalidad del delincuente, también es cierto que al pretender hacer criminología dentro de los marcos conceptuales del derecho penal, se dificulta de forma considerable el estudio de los fenómenos propios de una y otra disciplina, ocasionando con ello una gran confusión respecto de los verdaderos alcances de ambas ciencias".⁷

- f) **Derecho administrativo:** por una parte, el derecho penal protege la actividad administrativa sancionando las conductas que atentan contra su debido funcionamiento; por otra, generalmente, el hecho de revestir el autor del delito autoridad administrativa agrava la pena. Después, el ejercicio de la persecución penal, al encontrarse a cargo de órganos administrativos, acerca también a estas dos ramas del derecho.

⁷ **Ibid.** Pág. 89.

CAPÍTULO II

2. Bienes jurídico fundamentales

Existe en la actualidad un interés en relación a las reflexiones teóricas y empíricas por parte de penalistas, sociólogos y filósofos del derecho, acerca del problema del bien jurídico. En torno a este problema, viene a la vez tematizada la función utilitaria y garantista del derecho penal como técnica de tutela de los ciudadanos contra la ofensa de derechos subjetivos e intereses fundamentales, sean individuales o colectivos. La idea del bien jurídico que se remite al principio de la ofensividad de los delitos como condición necesaria de la justificación, de las prohibiciones penales, se configura como límite axiológico externo, con referencia a bienes considerados políticamente primarios o internos, con referencia a bienes estimados y constitucionalmente protegidos del derecho penal.

Por otra parte, las políticas del derecho penal parecen orientarse hoy en sentido diametralmente opuesto. En efecto, prosigue la expansión incontrolada de la intervención penal que parece haber llegado a ser, el principal instrumento de regulación jurídica y de control social, aunque sólo sea por la total ineficiencia de los otros tipos de sanciones: civiles, administrativas, disciplinarias, políticas. Desde las pequeñas infracciones contravencionales, hasta las variadas formas de ilícitos en materia monetaria y comercial, desde la tutela del ambiente y de otros intereses colectivos hasta la represión de las desviaciones políticas y administrativas de los

poderes públicos, cada vez más la sanción penal aparece como la única forma de sanción y la única técnica de responsabilización dotada de eficacia y de efectividad. De ahí, ha resultado tal inflación de los intereses penalmente protegidos, que ha perdido toda consistencia conceptual de la figura del bien jurídico.

"Esta distancia entre las aspiraciones teóricas de la cultura penalista de inspiración garantista y las tendencias prácticas de los sistemas penales, exige que el problema del bien jurídico, que es el problema de los fines del derecho penal, sea repensado y analizado en los distintos niveles como lo son el axiológico, jurídico-positivo y sociológico de la reflexión penal".⁸

El bien jurídico es una palabra densamente valorativa. Decir que un determinado objeto o interés es un bien jurídico, equivale a expresar sobre él un juicio de valor; decir que es un bien jurídico penal, equivale a expresar un juicio de valor penal, es decir una justificación de su tutela mediante prohibiciones y puniciones de su infracción. Se entiende así el significado axiológico de límite o garantía del concepto de bien jurídico relativo a un objeto que debe ser un bien jurídico, porque su tutela penal se encuentra justificada.

Por ende, es esencial la determinación de los ámbitos de operatividad de tal concepto y, en relación con ello, los parámetros de legitimación jurídica y política de las normas penales, para ello es de importancia el estudio de los asuntos que corresponden a otros

⁸ Carrancá y Trujillo, Raúl. **Derecho penal mexicano**. Pág. 86.

tantos niveles de discurso y poseen por ello un diferente estatuto lógico y semántico que son:

- a) Si deben existir bienes, y cuáles, para justificar moral y políticamente las prohibiciones penales.
- b) Si existe un cierto ordenamiento en el que el vínculo normativo del daño es a determinados bienes, y la determinación de cuáles bienes para de esa forma legitimizar constitucionalmente las leyes penales.
- c) Si un cierto ordenamiento tutela legalmente los bienes determinados como se han fijado y la determinación de cuáles otros tutela dicho ordenamiento.

2.1. Ofensividad de los bienes jurídico fundamentales

El problema filosófico de la justificación axiológica externa de las prohibiciones penales fue un problema central en el pensamiento iluminista, el cual se formuló por primera vez con el principio de ofensividad penal sobre la base de una firme opción utilitaria. Únicamente el daño causado a otros puede justificar la prohibición y la punición de un comportamiento.

Es claro que ese principio, con el cual se postuló la secularización del derecho y su separación de la moral es ya de por sí un potente criterio de delimitación cualitativa de

la esfera penal que valió para excluir de ella todos los comportamientos inmorales, los actos contra uno mismo, los vicios y las inclinaciones mal sanas, los actos internos y los estados de ánimo.

Al mismo tiempo, en cuanto implica un balance entre el costo de las penas y el de los daños prevenidos por ellas, el principio de utilidad sirve además para delimitar cuantitativamente la esfera del derecho penal caracterizándolo como ius-necessitatis, que sólo es permitido como remedio extremo para las violaciones más graves y no prevenibles por otros medios.

El oficio de las leyes, que son reglas autorizadas consiste en hacer que los ciudadanos no se perjudiquen unos a otros, de modo que una ley que no es necesaria, por faltarle el verdadero fin de la ley, no es buena.

Es importante la determinación de cuáles deben ser los tipos de bienes cuya tutela justifica la prohibición, como delitos, de los comportamientos que los ofenden. Aquí el principio de utilidad, que responde al problema de si debe existir cierto bien como objeto de tutela de las prohibiciones penales, no ayuda en nada, en efecto, el problema es precisamente el de los criterios de utilidad con base en los cuales se tiene que reconocer un bien como merecedor de tutela penal.

"El objeto del delito deber ser necesariamente un derecho subjetivo natural de la persona, comprendiendo en esta expresión a los bienes fundamentales como aquellos

para cuya tutela se constituye el Estado, esto es la vida cuanto contribuye a su conservación, como la libertad y la salud”.⁹

El primer objetivo de la cultura penal-democrática de la segunda post-guerra fue por un lado restaurar la referencia semántica del concepto de bien a situaciones objetivas y a intereses de hecho, independientes de las normas jurídicas por una lado; y por el otro, restituir a dicho concepto relevancia crítica y función axiológica, aunque únicamente sea como límite interno referido a valores o bienes constitucionales. Esta identificación del horizonte axiológico de los bienes jurídicos con la constitución me parece, es una versión progresista del constitucionalismo ético. En efecto, si se comparte en todos sus sentidos el principio de separación entre derecho y moral, la determinación de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal no puede depender ni ser condicionada de lo que dicen las normas positivas, aunque sean de rango constitucional, sino que debe elaborarse autónomamente.

Es claro que aquí entran en juego las diversas concepciones y opciones políticas sobre las funciones del Estado en el tema del control punitivo y más en general sobre las relaciones entre Estado y ciudadano y entre poder y libertad. Una visión teológica o ética o de cualquier modo idealista del Estado, será llevada a reconocer un bien merecedor de tutela en cualquier cosa que sea de interés al soberano, y una ofensa en cualquier cosa que le disguste.

⁹ *Ibid.* Pág. 99.

Resultados no muy distintos, como se ha visto, ha tendido gran parte de la cultura penalista del último siglo, la cual, elaborando sobre bases jurídico-formales, doctrinas políticas o sustanciales del bien jurídico, llega a concebir el Estado como bien supremo y su interés o su voluntad como valores a priori, transmutando de este modo la legitimación externa con la interna y pasando del positivismo jurídico al estatismo ético. Por el contrario, una concepción laica y democrática del Estado y del derecho penal puede justificar solamente prohibiciones dirigidas a impedir ofensas a los bienes fundamentales de la persona, entendiendo por ofensa no únicamente el daño sufrido sino también el peligro corrido.

"Los bienes fundamentales de las personas, es claro que se tratan de una noción que incluye todos los derechos fundamentales, no únicamente los clásicos derechos individuales y liberales, sino también los colectivos y sociales, como los derechos al ambiente, a la salud, etc".¹⁰

Pero también incluye bienes que no son derechos, como el interés colectivo en una administración no corrupta de los asuntos generales, interés ciertamente fundamental para todas las personas. Entonces, se puede llamar principio de ofensividad personal a ésta reformulación del concepto axiológico de bien jurídico penal, tanto porque con base en él no se conciben objetos o sujetos dañables que no sean o no se refieran más o menos directamente a las personas, como por qué en base en él cualquier cosa es un

¹⁰ Fernández Carrasquilla, Juan. **Derecho penal liberal de hoy**. Pág. 87.

bien, sólo si lo es para las personas y refleja los intereses individuales o colectivos de éstas.

Naturalmente que el criterio resulta un poco genérico e indeterminado. Se le puede precisar afirmando que ningún bien justifica una protección penal, si su valor no es mayor al de los bienes que resultan negados mediante las penas. Obviamente tal comparación no es posible de modo riguroso sino únicamente a través de juicios de valor. Esto no quita, como veremos que el mismo pueda actuar como poderosa "navaja de Occam" en relación con la crisis inflacionaria que hoy obliga a la justicia penal.

2.2. Problemática constitucional

Es fundamental la indicación de si en un determinado ordenamiento existe el límite interno de la ofensividad de un cierto bien y cuáles son los bienes a cuya tutela las leyes están vinculadas. Ambas cuestiones atañen a las condiciones de legitimidad interna de las prohibiciones, tal como pueden apreciarse no por medio de juicios de valor sino a través de aserciones basadas en el análisis de las leyes positivas; y por ello admiten soluciones diversas según los ordenamientos de que se hable.

Por ejemplo, en muchos ordenamientos socialistas el requisito de la ofensividad aunque no sea personal se encuentra enunciado expresamente en los códigos penales, en los que sin embargo no figura como un elemento estructural del delito, sino como una

condición en cuya ausencia tiene lugar una discriminante sometida a la valoración prudencial equitativa.

"Para su existencia se requiere de la posibilidad de un resultado dañoso y peligrosos, como elemento estructural del delito. Más discutible es si dicho principio ha sido constitucionalizado en el ordenamiento jurídico. La Constitución Política, aún vinculando el contenido de las prohibiciones penales al respeto de muchos otros principios, no contiene ninguna norma que enuncie expresamente el vínculo de la ofensividad personal".¹¹

Pero, se ha sostenido autorizadamente que el principio en excluye que el bien constitucional primario de la libertad personal pueda ser privado por medio de penas detentivas, para tutelar bienes jurídicos que a su vez son constitucionalmente relevantes.

El valor constitucionalmente más relevante es el de la persona humana, así como la justificación externa de la ofensividad personal que recibe fundamento constitucional directo. En todos los casos, más allá de los argumentos textuales, sería ilógico pensar que constitucionalmente se puedan admitir privaciones del bien relevante que es la libertad personal, salvo para prevenir lesiones de bienes de rango igualmente constitucional. También el criterio de la comparación, mediante juicios de valor, entre

¹¹ Ibid. Pág. 110.

costos de las penas y costos de los delitos prevenidos por ellas tiene, consiguientemente, un fundamento constitucional.

2.3. Problemática de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal

Es una cuestión completamente diferente sí, y en qué medida, un determinado sistema jurídico satisfaga el principio de ofensividad, es decir, tutela legalmente los bienes, en particular constitucionales y más en particular los que interesan a las personas. La respuesta es negativa, lo cual equivale a una pesada censura de ilegitimidad, político constitucional del ordenamiento penal positivo.

El sistema actual se ha manifestado en una extensión de los bienes penalmente protegidos en tres direcciones: ha habido una expansión inflacionista de la cantidad de los bienes jurídicos penalmente tutelados.

Por un lado, a través del incremento de una expresión y de una concepción autoritaria del Estado de delitos sin daño, como los que ofenden entidades abstractas como la personalidad del Estado, la moralidad pública, etc.; por el otro, a través del aumento incontrolado, provocado por la incapacidad del Estado de intervenir con sanciones administrativas, de los delitos contravencionales, con frecuencia consistentes en infracciones de ilícitos de desobediencia. En segundo lugar, ha habido una extensión indeterminista del campo de denotación de los bienes tutelados, a través de uso de términos vagos, imprecisos o peor aún, valorativos, que derogan la estricta legalidad o

taxatividad de los tipos penales, permitiendo amplios espacios de discrecionalidad o de inventiva judicial. En tercer lugar, se tiene cada vez más difundida la anticipación de la tutela de los bienes, mediante la configuración de delitos de peligro abstracto o presunto, caracterizados por el carácter altamente hipotético y hasta improbable de la lesión del bien; con un reflejo inmediato sobre la taxatividad de la acción que se desvanece en figuras abiertas o indeterminadas del tipo de los actos preparatorios. Sin contar con la persistencia en el ordenamiento de residuos premodernos como las previsiones de delitos consistentes en hechos dirigidos contra sí mismo, además de todos los delitos de opinión.

El resultado de semejante inflación, apenas afectada por las distintas leyes de penalización promulgadas, es puramente la vanificación del concepto de bien penal como criterio axiológico de orientación de las opciones penales.

Una innumerable cantidad, del todo casual y contingente, de bienes equivale en efecto a la falta total de valor asociado a la idea del bien como límite axiológico del derecho penal.

El análisis de los bienes, valores o privilegios legalmente tutelados reviste por otra parte una importancia no únicamente científica, sino también política formando el presupuesto de toda valoración crítica del derecho vigente y de toda consiguiente perspectiva de reforma.

Si el derecho penal tutela efectivamente bienes jurídicos, ello es una cuestión empírica de tipo sociológico, que es resuelta sobre la base de lo que efectivamente ocurre en cuanto a que con referencia al derecho penal positivo de cada ordenamiento singular, una investigación semejante es muy problemática.

Para verificar si existen y cuáles son, los bienes jurídicos efectivamente protegidos en un ordenamiento penal tiene que existir capacidad de comprobar, ya no cuáles son las violaciones de las leyes penales descubiertas y penalmente sancionadas, sino por el contrario cuáles y cuántas son las observaciones de tales leyes inducidas por las mismas y por amenaza de las penas previstas en ellas.

En efecto, las funciones de tutela del derecho penal no son satisfechas por las penas sino por las prohibiciones en la medida en que se considere que las penas son instrumentos idóneos, al menos en parte, para hacer respetar las prohibiciones, es decir, en la medida en que se adapte el paradigma general preventivo de la función de las penas.

Los beneficios del derecho penal pueden ser únicamente supuestos equivaliendo a la falta de lesiones de bienes jurídicos asegurados por la existencia del derecho penal, o bien a las lesiones que por el contrario se producirían si faltara. Lo que se puede comprobar empíricamente en base a las violaciones penales y a sus puniciones son únicamente sus desventajas, es decir:

- a) El grado de ineffectividad de las prohibiciones penales, o bien la cantidad de las lesiones de los bienes jurídicos cometidas a pesar de la amenaza de la penas.
- b) Los costos del derecho penal para los transgresores, así como para los sujetos injustamente acusados, es decir, los sufrimientos y las restricciones padecidos por ellos en el proceso y con la pena.
- c) Los costos de la máquina penal para la sociedad.

2.4. Bienes penales fundamentales

Es de importancia señalar la distancia entre el principio axiológico de ofensividad enunciado en el plano ético político con referencia a bienes asumidos como fundamentales, y el grado de tutela efectiva ofrecida a tales bienes por la práctica penal. Se tiene que analizar: a) la distancia entre tal principio y el equilibrio aún constitucional de cada ordenamiento penal, en el que se estime que el vínculo de la ofensividad no esté normativamente incorporado en este; b) donde tal vínculo esté en cambio incorporado como principio constitucional, la distancia entre los bienes constitucionales a los que éste limita la tutela penal y las minadas de bienes incluso inconsistentes, tutelados por la ley; c) la distancia entre bienes legalmente y los efectivamente tutelados.

La primera diferencia contradice los fines justificantes del derecho penal o bien sus fundamentos axiológicos externos, y es, como tal, un factor de ilegitimidad ético-político;

la segunda diferencia, contradice sus fines constitucionales, o bien sus fundamentos axiológicos internos y es, en cuanto tal, un factor de ilegitimidad constitucional; el tercero, contradice sus fines legales y es por ello un factor de ilegitimidad legal.

Todas las falacias ideológicas que afligen a las doctrinas y a las discusiones alrededor del bien jurídico dependen, de no comprender estas diferencias y de las consiguientes confusiones entre los diversos niveles a que ellos se refieren o por adormecerse en la doctrina normativa meta jurídica o también constitucional del bien jurídico, ignorando la realidad de las leyes y de las praxis penales, o peor aún falseando la primera como descriptiva de la segunda, o por registrar descriptivamente los bienes y los no bienes tutelados o no tutelados por las leyes vigentes y por las prácticas efectivas bloqueando su dimensión axiológica violada y, en consecuencia, los perfiles de la ilegitimidad política y constitucional que son, en fin, falacias ideológicas por violación de la ley y que resultan de la indebida derivación del ser al deber ser y viceversa.

Por el contrario, una doctrina garantista del bien jurídico debe tematizar sus correspondientes perfiles de ilegitimidad, para procurar su eliminación o al menos su reducción. Es de este modo que la doctrina del bien jurídico puede valer como instrumento de crítica para que sea política o constitucional de las leyes y de las prácticas vigentes, en una perspectiva de derecho penal mínimo por las prohibiciones, como por las penas y los juicios. En esta perspectiva, toda nueva fundamentación del derecho penal debe partir de la valoración de la jerarquía de los bienes, base de la jerarquía de las prohibiciones vigentes y de las penas legalmente establecidas, y

proceder luego a reelaborar la lista de los bienes fundamentales considerados merecedores de tutela.

"Al mismo tiempo, semejante reformulación supone una revaloración de los bienes sustraídos a las penas, ya que, la relación entre delitos y penas señala no únicamente el valor social asociado a los bienes ofendidos por las primeras, sino también el valor asignado a los bienes sustraídos de las segundas. Y es claro, que el grado de civilización de un ordenamiento se mide sobre todo por este segundo valor y por ende, por la economía de las prohibiciones y de las penas, o bien por el grado de tolerancia social expresado ante la conducta desviada sobre todo si esta no ofende los derechos fundamentales de las personas".¹²

Un programa de derecho penal mínimo debe apuntar hacia una masiva deflación de los bienes penales actualmente tutelados por la ley, por lo tanto a una drástica reducción de las prohibiciones legales, como condición de su legitimidad política y jurídica. Para tal fin, el principio de ofensividad personal supone una noción de bien jurídico ciertamente más extenso que la del derecho subjetivo.

La primera minimización es de carácter cuantitativo. La clase más numerosa de delitos cuya prohibición resulta deslegitimada por el principio de ofensividad personal es la de todos los delitos sin valor, los cuales no justifican ni el procedimiento penal ni la pena. En particular, la entera categoría de las contravenciones y junto a ella la de los delitos

¹² Cuevas del Cid, Rafael. **Introducción al estudio del derecho penal.** Pág. 77.



solo punibles con multa o alternativamente con multa y prisión, las cuales serían todas despenalizadas en nombre de la máxima economía del instrumento penal y de la reducción de las prohibiciones al mínimo necesario.

En efecto, es evidente, en una perspectiva de derecho penal mínimo que si el legislador prevé un ilícito como contravención o fija para él una sanción pecuniaria, quiere decir que éste ilícito no es considerado por él como ofensiva de bienes fundamentales y que el derecho penal es un instrumento desproporcionado para prevenirlo, o sea, se puede decir que ningún bien o derecho que sea considerado fundamental, es decir, merecedor de tutela penal, puede ser monetizado de modo que la previsión misma de penas pecuniarias y de delitos sancionados con ellas indica o un defecto de punición si el bien protegido es considerado fundamental o un exceso de prohibición si tal bien no es fundamental y entonces contrasta en todo caso con el concepto mismo del bien penal protegido y con el relativo principio de ofensividad.

Existe un efecto de extraordinaria simplificación y racionalización del sistema penal que resultara de la supresión de esa enorme cantidad de ilícitos casi siempre artificiales, sobre todo si se reduce la esfera de los errores inevitables de la ley penal.

Con ello, se supera toda la compleja problemática teórica originada en las sanciones sustitutivas aplicables con discutible discrecionalidad o peor aún mediante pactos, como alternativa a las penas, así como también por los procedimientos sumarios previstos para tales delitos.

En fin, adquiere una mayor linealidad y unitariedad la relación entre delito, proceso y pena, en donde los ilícitos serían únicamente los delitos subjetivos y objetivos requeridos para ello; y penas serían únicamente las restricciones de la libertad de tipo detentivo o de otros tipos; procesos que serían únicamente el procedimiento dirigido a limitar la libertad personal para tutelar bienes penales fundamentales.

La segunda minimización es de carácter cualitativa. De las innumerables abstracciones catalogadas como bienes jurídicos, y como títulos de otras tantas clases de delitos, la personalidad del Estado, administración pública, la actividad judicial, la religión del Estado, la piedad de los difuntos, el orden público, la incolumidad pública, la fe pública, la economía pública, la industria y el comercio, la moral y las buenas costumbres, el pudor, la integridad y salud de la estirpe, la familia, el matrimonio, la moral familiar, el Estado de familia, la asistencia familiar y el patrimonio y, integran el principio de ofensividad personal que permite considerar al bien jurídico para las lesiones y se concreta en un daño para las personas, debido a que el hombre no fue hecho por el Estado o para otras abstracciones similares sino que el Estado y las otras Instituciones fueron hechas por el hombre.

En particular, la clase más notable de normas penales que resulta sin justificación si se sigue tal principio es aquella que fue producida por la codificación fascista y por la reciente legislación de emergencia bajo la etiqueta de los delitos políticos o contra la personalidad del Estado.

En la medida en que no existe ni una persona identificable con el Estado, ni mucho menos un bien o un valor asociable con ella en cuanto tal, estos delitos frecuentemente configurados en términos vagos y valorativos también están en su mayor parte privados de objeto y por ende de razón de ser. Precisamente algunos de ellos, como los delitos asociativos y los atentados, son duplicaciones de otros delitos o tentativas llamados comunes; otros, como los ultrajes en cuanto son castigados más duramente que las simples injurias y en general los delitos de opinión, están provistos para tutelar privilegios e inmunidades que no únicamente contradicen los principios de libertad o igualdad, sino que no integran ningún bien jurídico para ninguna persona y mucho menos para los ciudadanos comunes.

La tercera minimización es de carácter estructural y se deriva del cambio de estructura que impone el requisito de la ofensividad personal a varias clases de delitos.

Ello, en referencia a los delitos de atentado como actos dirigidos a realizar determinadas lesiones incluyendo allí aún los actos preparatorios y las ideaciones, sin tomar en cuenta el peligro corrido por los bienes atacados y que serían reformulados como actos idóneos para producir tales lesiones; es decir, que son transformados en figuras de tentativa y por lo tanto suprimidos, puesto que, la tentativa ha sido prevista en general para todos los delitos.

Pero, lo mismo cabe hacer con todos los llamados delitos de peligro abstracto o presunto en los que el peligro tampoco es requerido como algo concreto, por el bien

jurídico, sino que es presumido en abstracto por la ley, de manera que, en los casos en que ese peligro no exista de hecho, se castiga la mera violación formal de la ley por parte de una acción inofensiva de por sí.

Si se quiere aplicar el principio de ofensividad, también estos delitos tendrían que ser reestructurados como delitos de daño, por lo menos, de peligro concreto, según sea que el bien jurídico merezca una tutela limitada al daño o anticipada a su mera puesta en peligro.

Finalmente, en otros casos como los delitos de asociación, de conspiración, de instigación y de guerra civil no basta ni siquiera que sea expresamente requerida la comprobación del peligro por el bien jurídico tutelado, es decir, no basta que el peligro no sea presumido por la ley, como en el ordenamiento jurídico, sino que debe ser concretamente probado por el acusador o, al menos, desmentible por parte de la defensa.

En efecto, como ha sido observado, en tales casos el peligro concreto no se presta a una prefiguración legal taxativa, y su comprobación tiende inevitablemente a recalcar el modelo penal del tipo de autor, basado en la valoración inevitablemente arbitraria de la personalidad del imputado.

Los delitos asociativos, no conllevan una duplicación de la responsabilidad por los delitos comunes a través de los cuales se realizan las actividades subversivas o

insurreccionales, actúan de hecho como delitos y como sustitutos de otros delitos más concretos no sometidos a juicio por falta de pruebas. Esta es una razón que se agrega a la ausencia de autónoma ofensividad y a veces de materialidad que hace inaceptable todo proyecto de reforma estructural de los delitos y que más bien aconseja su supresión.

"El principio de ofensividad personal, entendido en el sentido que aquí se ha explicado, tiene el valor de un criterio polivalente de minimización de las prohibiciones y equivale, por ello, a un principio de tendencial tolerancia social de la conducta desviada".¹³

Si el derecho penal es el remedio extremo, deben reducirse a ilícitos civiles todos los actos que de alguna manera admiten reparación, y a ilícitos administrativos todas las actividades que violan reglas de organización de los aparatos, o normas de correcta administración, o que produzcan daños o bienes no primarios, o que sean sólo abstractamente presumidas como peligrosas.

2.5. Principios constitucionales para una política criminal del Estado social y democrático de derecho

Los principios de política criminal han sido las principales herramientas para combatir la política criminal autoritaria vigente desde el antiguo régimen, hasta las actuales políticas de emergencia, pasando por los regímenes totalitarios del siglo XX.

¹³ Castellanos Tena, Fernando. **Lineamientos elementales de derecho penal.** Pág. 56.

En ese sentido, todos los autores que los enunciaron y afinaron propugnaban reformas político criminales y proponían alternativas al derecho penal vigente. La base de esas reformas consistió siempre en intentar limitar el poder punitivo, o la violencia aplicada legalmente por el Estado, mediante reglas racionales, dando cuenta de ellas puede escribirse la historia del derecho penal liberal.

En los últimos años, y a raíz de la crisis de confianza en los fines instrumentales de la pena, aquel derecho penal liberal ha resurgido con su finalidad limitadora del poder punitivo. Ante las dudas sobre la capacidad utilitaria de la pena, las políticas criminales propugnadas por los autores democráticos han intentado basarse en la prudencia y en la limitación de la propia violencia estatal legítima. De esta manera, tales autores volvían sobre la senda del derecho penal liberal clásico.

Ello puede observarse en los autores del área que se engloban en las teorías cuyo nombre hace hincapié en la proporcionalidad, pero que en teoría no olvidan los otros límites.

"En tanto el proceso constitucional sigue estando parcialmente abierto y en tensión constante, es responsabilidad de los ciudadanos y actores políticos y sociales que además se encuentran amparados por los instrumentos internacionales, también se imponen sobre herencias históricas".¹⁴

¹⁴ Ibid. Pág. 123.

- a) Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos: la política criminal limitadora de la violencia estatal es la que permite el origen al derecho penal liberal. La reacción contra el arbitrio de los soberanos se advierte con elocuencia. Una de las formas utilizadas para limitar la arbitrariedad del poder penal del antiguo régimen consistió en declarar la prohibición de establecer penas que no tengan su fundamento en la existencia de un bien jurídico afectado. Para impedir la criminalización por motivos morales o religiosos se estipula, primero dogmáticamente y luego en las constituciones liberales, que no se puede crear un delito si la conducta perseguida no produce una lesión a un bien jurídico. Así aparece el límite material a la criminalización quizá más importante de la política criminal de la Constitución Política.

Esto es lo que se conoce como principio de lesividad y que es expuesto por el aforismo *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenali sine iniuria*. Esa necesidad de dañar a un tercero será el denominador de la cultura penal. La protección de derechos de terceros será el límite racionalizador señalado por la Ilustración.

La finalidad limitadora, en efecto, se ha visto frustrada por los diversos contenidos históricos que se le dieron al concepto de bien jurídico. Una lesión se considerará que afecta a un bien jurídico sólo si afecta materialmente a otro individuo y, además, implica una dañosidad social, esto es, que trascienda ese conflicto y su propio daño, provocando también un daño a la comunidad. Si bien esto último es necesario, no debe dejar de olvidarse el primer y principal

requisito de que provoque un daño al derecho de un individuo en forma directa o indirecta, pues de lo contrario se permitiría otra vez penar a conductas contrarias a valores morales, pero no dañinas. Los peligros actuales más evidentes en ese sentido se encuentran en la teoría funcionalista, que identifica al bien jurídico con el fin de la norma penal dentro del sistema relativo a la prevención general positiva mediante el aseguramiento de las expectativas generales fundamentales contra su defraudación.

De esa manera, cualquier cosa puede ser definida por el poder o el sistema como bien jurídico, término que perdería así su capacidad de limitar al propio poder y justificaría un derecho penal máximo o ilimitado.

De allí la crucial importancia de una definición también limitadora del concepto de bien jurídico que habilite la punición, siendo el mismo más limitado que el bien jurídico. Esta clase especial de bien jurídico debe implicar una lesión especialmente grave a alguno de los bienes individuales garantizados por la Constitución Política, en relación a que no puedan defenderse eficazmente de otra forma.

Esta limitación es especialmente importante puesto que muchos de los penalistas que también parten de la política criminal de la Constitución Política, no sólo derivan un límite del principio de lesividad, sino que del mismo principio hacen surgir la justificación o legitimación de la violencia estatal.

Para ellos no sólo es posible la criminalización sí y solo sí se ha vulnerado un bien jurídico, sino que también creen necesaria esa criminalización en tal caso. La existencia de bienes jurídicos de acuerdo a la política de derechos humanos diseñada constitucionalmente, justifica su protección, y esa protección se lograría mediante la criminalización de determinadas conductas lesivas.

En efecto, esta doble función de limitación, también forma parte de la historia del derecho penal liberal, pues la autolimitación del uso de la represión física en la función punitiva por parte del poder central, mediante las definiciones legales de los crímenes y las penas, forma parte de la nueva ideología legitimadora que, a partir del siglo XVIII, y se encuentra en el centro del pensamiento liberal clásico y de las doctrinas del derecho penal.

"El principio de lesividad a un bien jurídico penalmente tutelado como límite a la criminalización, no debe paralelamente legitimar a esta última ni obligar en todos estos casos a imponer una pena. En tanto quienes justifican en tal lesión la intervención del poder punitivo, no pueden justificar que esa intervención ponga a salvo al bien, debido a que en el mejor de los casos pueden señalar que no hay otro medio jurídico apto para tutelarlos".¹⁵

No es posible legitimar al poder punitivo con la teoría del bien jurídico. Es por ello que tiene razón cuando manifiesta que se debe rechazar la idea de

¹⁵ Rodríguez Manzanera, Luis. Fuentes materiales del derecho penal. Pág. 78.

bien jurídico tutelado, que es una inversión extensiva racionalizante del concepto limitativo de bien jurídico afectado y sólo corresponde sostener éste último como expresión dogmática del principio de lesividad, que requiere también una entidad mínima de afectación.

Es decir, se debe considerar a este principio un límite y no una legitimación para el programa criminalizante. Es decir, el criterio del bien jurídico ofrece sólo criterios negativos de deslegitimación, para afirmar que una determinada prohibición penal o la punición de un concreto comportamiento prohibido carecen de justificación.

- b) Principio de legalidad: es la principal expresión de un límite a la arbitrariedad del poder punitivo. Era la imposición de este límite a los jueces el principal reclamo de la Ilustración.

Este límite, señalado como *nulla poena, nullum crimen sine lege*, alcanza a toda la política criminal, ya sea en el punto de creación del delito y la pena, en el momento de su aplicación a un caso concreto por el juez ordinario determinado por la ley previa y en su caso frente a la ejecución de la pena.

Ello, hace mención a la ley escrita como única fuente válida del poder criminalizante. Lo anotado, implica la absoluta imposibilidad de aplicar ese poder por la vía de la costumbre, la jurisprudencia o los principios generales del

derecho. Y, evidentemente impide la creación de delitos por parte de los jueces. Esto es señalado como la principal consecuencia de la limitación impuesta bajo el auspicio del contractualismo y como garantía de la participación ciudadana en el poder punitivo.

El mismo fundamento otorga la exigencia de que la ley sea estricta, lo que implica un claro rechazo a la analogía como posibilitadora de la punición. La interpretación analógica de la ley penal queda prohibida, pero no solamente para limitar el poder abusivo de los jueces, sino también para permitir la necesaria comprensión del alcance de ese poder por parte de los individuos, y permitirles impedir su aplicación. Esa comprensión del contenido de la norma puede darse por el conocimiento cabal de la misma, por lo que este principio también obliga al legislador a ser claro en sus enunciados, imposibilitando además las cláusulas generales o indeterminadas, y el establecimiento de escalas penales inusitadamente amplias.

Finalmente, el último enunciado se refiere a la irretroactividad de la ley penal. Este alcance es claramente limitativo, pues puede limitar incluso a la mayoría o a sus representantes populares, que no pueden imponer penas para actos ya pasados.

En relación a ello, se ha señalado que es preciso que el sujeto pueda saber en el momento que actúa y si va a incurrir en algún delito o en alguna nueva pena.

Ello, se relaciona con la posibilidad de reprochar la conducta al sujeto, puesto que no se puede señalar a quien no pudo motivarse en la norma por desconocerla.

En cambio, es retroactiva la ley penal más favorable al acusado, puesto que la retroactividad limita a un poder punitivo que no se justifica ni para sí mismo.

El carácter limitador del principio se expone así con claridad y lo mismo cabe decir de la analogía si es aplicado a favor del acusado.

Lo que se deduce de ambos postulados es la obligación de interpretación restrictiva y prohibición de interpretación extensiva de los postulados penales.

Debe insistirse, junto a la mayoría de los penalistas democráticos, que el principio de legalidad encierra a todas las fuentes estatales de las que emane poder punitivo. Cierta discurso penal tradicional ha dejado fuera de este importante límite al poder bajo el derecho administrativo o policial.

El principio de legalidad también abarca al conocido como *ne bis in idem*, que es una garantía procesal que imposibilita que una persona que ya fue juzgada por un hecho y se libró de la pretensión punitiva, pueda ser sometida nuevamente a ese riesgo por el mismo hecho.

Este límite, se basa en la arbitrariedad que tal persecución múltiple comportaría, y por ello se relaciona con la legalidad. Asimismo, es este el fundamento que impide que dos sanciones punitivas recaigan sobre el mismo hecho: la segunda carecería de fundamento legal y con ello se vuelve a insistir, pues no importa que la naturaleza sea la sanción dolorosa aplicada por el Estado y la aplicación de un castigo que excluye a otro sobre el mismo hecho.

- c) Principio de la acción material: en efecto, un presupuesto de elemental racionalidad para requerir la imposición de un castigo es la existencia de un hecho o acción previa de parte de aquel que pueda recibirlo. Se conoce ello como *nonnullum crimen sine conducta* o *nulla injuria sine actione*, haciendo hincapié en la justificación utilitarista de que solamente las acciones y no los pensamientos.

De acuerdo a este principio limitador ningún daño, por grave que sea, puede estar previsto con la imposición de un castigo en la ley penal, si no es el efecto de una acción. En consecuencia, los delitos como presupuesto de la pena, no pueden consistir en actitudes o estados de ánimo interiores y ni siquiera genéricamente en hechos, sino que deben concretarse en acciones humanas, materiales, físicas o externas, es decir, empíricamente observables y describibles exactamente en cuanto tales por la ley penal.

Este principio también reconoce su origen en la Ilustración, pues fue entonces cuando se intentaron limitar las persecuciones de delitos contra la religión, o en general de opinión, así como la punición de rasgos de personalidad.

Desde entonces el principio de materialidad de la acción es el garantismo penal. Cumplió un papel fundamental en el siglo XIX para impedir la criminalización de herejes, judíos, y disidentes en general, y volvería a cumplirlo desde fines del siglo XIX cuando desde supuestas teorías científicas se propagó que los delincuentes eran una clase de los seres humanos.

El poder punitivo siempre ha seleccionado a las personas por sus características personales, y la historia del principio de la acción y sus violaciones, siendo ello lo que demuestra que no es un límite que pueda supeditarse al legislador sino que debe funcionar sobre este. Por lo tanto, no se puede señalar que son los tipos penales los que exigen la necesidad de una acción como presupuesto de delito, sino que su fundamento se halla en la Constitución Política y en los pactos internacionales de derechos humanos, e impide que el legislador tipifique algo distinto a una conducta.

- d) Principio de intervención mínima: también el legislador encuentra límites para tipificar cualquier conducta. Desde la época en que comenzaba a desarrollarse el Estado de derecho, se señala que el derecho penal ha de ser la ultima ratio del legislador, el último recurso que subsistirá al agotarse la imaginación para el uso

de medios menos lesivos de solución de conflictos. Ello, se manifiesta de dos formas: por un lado, la imposibilidad de prescribir sanciones penales siempre que se puedan esperar soluciones con la intervención de medios menos lesivos como respuestas no jurídicas, políticas sociales, o normas de derecho civil o administrativo; por el otro, la utilización de la norma penal menos gravosa frente a la existencia de otra de mayor contenido punitivo, siempre y cuando la primera basta para cumplir los fines de la intervención penal.

La intervención mínima reconoce a la vez la peligrosidad de la herramienta punitiva en cuanto a su necesidad, pero esto último ocurre únicamente frente a la ausencia de otras intervenciones no penales.

El principio de intervención mínima, del que se derivan el carácter subsidiario y el carácter fragmentario, significa que ni siquiera debe proponerse pena para todas las conductas que lesionen bienes jurídicos sino sólo frente a las más graves o modalidades más peligrosas.

De esta forma, el derecho penal liberal, desde sus orígenes, reconoce la tendencia reductiva y minimizadora de sí mismo. De cualquier forma, los procesos de despenalización pueden afectar las garantías individuales pues en muchas ocasiones tales procesos constituirán tan sólo un fraude, mediante el cual el poder sancionador continuará haciendo lo mismo, pero ahora sin los límites sobre todo procesales y propios del derecho penal. Esto es, lo que se

observa mediante la aplicación de medidas de derecho administrativo a inmigrantes, o de seguridad a jóvenes o incapacitados mentales.

- e) Principio de culpabilidad: este principio también fue reconocido por los penalistas ilustrados. Y no es extraño, por ello, que sobre él gire el propio derecho penal del Estado de derecho. Son por todos conocidos los criterios de aplicación de castigos previos a la Ilustración, y también los que sostuvieron a posteriori los criminólogos positivistas y quienes de acuerdo con ellos niegan la existencia del libre albedrío. Estos criterios vulneran, en realidad, la propia concepción de persona y la necesidad de reproche que será el fundamento inicial de cualquier teoría de la pena dentro de los Estados liberales. Es importante insistir en ello, pues no sólo en los regímenes antiguos sino también en los actuales, que en su política criminal revelan la violación de los principios sobre los que dicen erigirse, se observa el castigo por hechos ajenos.

Este tipo de medidas penales no son sólo autoritarias, sino también son irracionales, puesto que el derecho deja de ser en esos casos una indicación para la acción. Una norma penal, como cualquier otra norma regulativa, es sensata además de bien formulada, sólo si es, a la vez, observable y violable, y carece de sentido además de estar mal formulada, tanto si no es observable como si no es violable.

Es por ello que, en un Estado liberal, a ninguna persona le pueden ser imputadas acciones prohibidas por ley si dicha persona no ha tenido al menos la posibilidad de prever el resultado de su conducta, o si no le era posible conocer la prohibición legal o adecuar su conducta a tal prohibición en el momento concreto. Las consecuencias, por tanto, de este principio en materia dogmática penal son enormes.

No sólo se requiere que exista una acción material imputable al autor, sino que también se requiere que ese hecho haya sido querido por el autor o le sea reprochable por negligencia cuando el autor debió prever la posibilidad del resultado. Ello es denominado como principio de dolo o culpa, que influirá en el tratamiento de la tipicidad. Además, la falta de conocimiento de la norma cuanto la imposibilidad de introyectarla por motivos psíquicos o no demuestran una irreprochabilidad que es juzgada en el estrato de la teoría del delito denominado culpabilidad, en el cual se exige una posibilidad de haberse motivado en la norma.

Ello, demuestra la importancia del concepto de culpabilidad como un necesario filtro para evitar irracionalidades a la hora de aplicar penas. En efecto, la pena no puede ser impuesta para quien no sea responsable o culpable de haber cometido un acción típica y antijurídica. De esa forma, el principio de culpabilidad es un nuevo filtro que evita en muchos casos la imposición de penas a sujetos no responsables. Es por ello un error erradicar a la culpabilidad de los análisis

realizados por la agencia judicial, con el objetivo de conseguir una mayor racionalidad.

"La mayor racionalidad va a ser proporcionada por los mayores límites al poder punitivo, por los mayores límites a la violencia. Y esos límites no se amplían si se abandona la noción liberal y por ello es recibida por las constituciones y declaraciones de derechos de persona".¹⁶

Esta última implica la autodeterminación de los seres humanos, que es el punto de partida de la culpabilidad. Se ha visto históricamente el resultado de aquellas políticas criminales, que presuponían la determinación física o social de los individuos, amparadas por malas, pero a veces también buenas intenciones.

Tampoco puede limitarse la violencia punitiva con un criterio que evite la discusión entre libre albedrío y determinismo, eliminando el nexo necesario entre el delito y su autor, y reemplazándolo por necesidades sociales de la pena.

Por el contrario, para que el principio de culpabilidad constituya un mayor límite frente a la violencia estatal debe presuponerse un ámbito de autodeterminación, pero también incorporarse distintos elementos externos que dificultan esa autodeterminación en el caso concreto.

¹⁶ *Ibid.* Pág. 189.

La culpabilidad es el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre éste. Este juicio resulta de la síntesis de un juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho formulado conforme a elementos formales proporcionados por la ética tradicional con el juicio de reproche por el esfuerzo del agente, para alcanzar la situación de vulnerabilidad en que el sistema penal ha concretado su peligrosidad, descontando del mismo el correspondiente a su mero estado de vulnerabilidad.

De esta forma, el principio de culpabilidad es un principio aún más importante que cualquier justificación de la pena, lo que conduce con la importancia atribuida al concepto de persona humana en las distintas constituciones.

- f) Principio de proporcionalidad mínima: tras insistir en el principio de culpabilidad y como consecuencia de éste los ilustrados hacían hincapié en el principio de la proporcionalidad entre los delitos y las pena. La proporción de la pena con respecto al delito que la motiva es un límite que necesariamente no pueden superar las diversas justificaciones del castigo estatal, para no convertirse en sí mismas arbitrarias.

Es por ello, que el principio de proporcionalidad aparece unido a cualquier derecho penal liberal, más allá de la teoría de la pena que lo fundamente, y aún cuando la idea de proporcionalidad aparece mejor expuesta por las teorías retributivas que por las utilitarias para una explicación filosófica de unas. Su conflicto con la lógica de la prevención sólo tendrá lugar cuando consideraciones preventivas pudieran conducir a sanciones superiores a lo que demandará el valor de la proporcionalidad.

Las teorías utilitarias deben considerar algún criterio de justicia, sin el cual no podrían de ningún modo cumplir su finalidad de transmitir mensajes al condenado o a la población. Tanto en uno y otro caso la legitimación del derecho penal pasa por impedir la comisión de injusticias y arbitrariedades, mediante las cuales el Estado que impone penas sólo demuestra ser el más fuerte.

Pero, en fin, el principio de proporcionalidad adquiere mayor importancia si se afirma que los supuestos fines de la pena en nada se justifican con el derecho penal como limitador de la violencia punitiva. Es de acuerdo a ello, que el principio de proporcionalidad aparece como un límite y, por tanto, como una garantía contra la arbitrariedad y la violencia.

De tal forma, el principio de proporcionalidad mínima entre delito y pena aparece como un límite que impide la misma imposición de penas frente a hechos de poca relevancia, y también impide penas amparadas en necesidades de

prevención general o especial. La criminalización alcanza un límite intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto.

Tampoco el principio de proporcionalidad legitima al poder punitivo sino que, como se sostiene aquí, es simplemente un nuevo límite para la irracionalidad más manifiesta y de la punición.

- g) Principio de humanidad y respeto a la dignidad humana: todos los principios en particular el de acción y el de culpabilidad, serían impensables sin un reconocimiento a la esencia del concepto de persona.

Es así, que el respeto a tal concepto de persona humana fue la característica compartida por el movimiento ilustrado, tanto en sus representantes estrictamente jurídicos como en quienes se acercaban también a la materialidad del poder penal de su época desde perspectivas culturales más amplias. Es una humanización de las penas lo que se reclama, incluso socialmente, a partir del siglo XVIII. Y es esa humanización la que alejará a la materialidad de la pena de muerte y otras penas corporales. Pero el principio de humanidad en lo estrictamente referido a las penas no podía limitarse a ello que, por otro lado, no se logró aún en todos los países civilizados e, incluso, parece estar en un período de retroceso.

"El principio de humanidad aparece con una doble condición: por un lado, entonces, es impuesto como un límite a la legislación represiva desde la sensibilidad de los propios seres humanos; pero, por el otro, es un límite del programa político-criminal constitucional a las posibles demandas punitivas de los individuos".¹⁷

Y es que lo que está en juego si se rebasa este principio es la propia dignidad humana. Es por eso que este principio, debiera de ser el primero en un Estado democrático pues, es la dignidad del individuo, como límite material primero a respetar por un Estado democrático, lo que va fijando topes a la dureza de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causan en quienes las sufren. Aunque al Estado y hasta a la colectividad en general pudieran convenir penas crueles para defenderse, a ello se opone el respeto a la dignidad de todo hombre que debe asegurarse en un Estado para todos.

Se observa un aspecto del principio de humanidad referido a la esencia del Estado liberal, que se retrotrae y de acuerdo al cual ninguna persona puede ser considerada un medio para otro fin. En efecto, ese principio, llamado de la autonomía ética de la persona, es un principio garantista pero a la vez fundante de un tipo de Estado. Es así un aspecto legitimador. Al mismo tiempo es un principio que en su desarrollo sirve para la deslegitimación progresiva de la intervención del Estado, en cuanto tal autonomía ética, implique cada vez más un

¹⁷ Roxin, Claus. **Derecho penal**. Pág. 80.

vaciamiento del contenido coactivo de la intervención, justamente por su contradicción con tal autonomía ética de la persona.

Esta última posibilidad es quizás la más valiosa en consecuencia de la dignidad humana, pues en definitiva explica claramente la función reductora y limitadora de los principios constitucionales sobre el poder de coacción del Estado. Los principios constitucionales de la política criminal no legitiman el poder punitivo sino que lo limitan, lo que es lógico si se piensa que, a su vez, también el poder punitivo se enfrenta a límites constitucionales a los que siempre intenta superar y compatibilizar la legitimación de la pena con sus límites, en los cuales siempre caerá en contradicción pues el poder punitivo siempre limitará la libertad y, al legitimarlo, no se hace más que sembrar la semilla de destrucción de los límites que traza.

"No se cae en contradicción sino que se interpreta claramente al derecho penal de la Constitución Política, cuando se hace la comprensión del derecho penal como límite, como freno, como barrera a la arbitrariedad y al exceso, lo que exige la permanente reducción del poder punitivo".¹⁸

El debate democrático no puede autoimponerse límites, no puede aceptar un terreno de lo indecible, pues ello sería aceptar que no se puede mejorar la situación, que no habrá nuevas luchas que amplíen en el futuro la concepción

¹⁸ *Ibid.* Pág. 150.



actual de lo que son derechos. En lo que estrictamente importa la política criminal, también el derecho limitador de la Constitución Política puede ser el camino hacia una utopía jurídica que permita modificar la concepción de un derecho penal del enemigo y que sólo imponga dolor hacia otra que respete la dignidad de las personas y promueva soluciones no violentas.

La fuerza de esta utopía podrá, quizá, remover los obstáculos epistemológicos de las teorías represivas que justifican la pena, y facilitar la concepción de un derecho penal orientado en esta otra dirección.

Esta otra dirección apunta más allá de los confines que hoy encierran a la política criminal y, sin duda, muestra que su consecución es indisociable de la lucha por un mundo mejor.

De esta forma, el derecho penal mínimo, es el derecho penal de la Constitución Política, y no es sólo el programa de un derecho penal más justo y eficaz, es también un gran programa de justicia social y de pacificación de los conflictos.

CAPÍTULO III

3. La actuación del derecho penal al tutelar intereses difusos

La teoría de la imputación objetiva, al interpretar el acto típico como un riesgo no permitido en el marco del tipo y la estructura del injusto, se desprende de formas fenomenológicas ónticas, recurriendo a las funciones del derecho penal y a sus respectivas valoraciones que recién constituyen la acción típica.

Bajo ese espectro, se destaca, las diferencias dogmáticas de las concepciones sistémicas, que trascienden cuando se concibe lo tipificado como realización de un riesgo no permitido. Se deriva el acontecimiento como relevante para la tarea insoslayable del derecho penal, de evitar los riesgos socio-políticamente intolerables para el particular y la sociedad, destinada a preservar la paz social en justicia. Sin embargo, la idea de riesgo va más allá de la dogmática penal y considera los problemas fundamentales de la sociedad post moderna y de su control.

Su estructura, posibilita y exige se incluyan planteamientos político-criminales empíricos, que conducen hacia la dogmática encerrada en concepciones ahora dirigiéndolas a una nueva realidad.

Por lo demás, difícilmente puede estarse de acuerdo cuando se opina que a la reestructuración sistemática ocasionada no han seguido nuevas concepciones



dogmáticas que sean convincentes. En los delitos, se contemplan los problemas de la imputación objetiva como cuestiones del dolo. Si bien, eventualmente a los actores les falta el dolo típico, a pesar de haber previsto un posible resultado de lesiones o muerte o incluso han tenido esta intención, ello no radica en la falta de finalidad de su accionar, sino en que no existe un tipo objetivo al cual pueda referirse el dolo delictivo. Por ello, la materia es el tipo objetivo y no el dolo.

Otro cuestionamiento al sistema penal, en cuanto a sus fines, es que trabaja con reglas de imputación, y se dirige contra la supuesta indeterminación de sus conceptos. Detrás de aquella teoría se esconde actualmente, la colocación de conceptos generales confusos en lugar de la definición y sistematización precisa. Es cierto que pueden ser defendidas a veces distintas opiniones allí donde, tienen que deducirse decisiones valorativas de imputación a partir de premisas político-criminales y datos empíricos; esto es una peculiaridad de toda labor jurídica que jamás puede prever resultados matemáticamente seguros. Pero, aparte de ello, tal como muestran las nuevas investigaciones, la concepción funcional y racional en cuanto a sus fines ha llevado a una diferenciación sistemática y a una precisión en el ámbito del injusto, que han superado de lejos a todos los anteriores esfuerzos en cuanto a productividad y capacidad de consenso.

"No obstante, cuando se parte de que la culpabilidad es una condición necesaria para una punición, pero no suficiente, debe adicionarse todavía a la culpabilidad de quien comete pese a la asequibilidad normativa una necesidad preventiva de punición, tal



como ha sido trazada por el desarrollo jurídico y las modernas teorías de la pena. En todo caso, aquí queda un fructífero campo de trabajo para la política criminal y la imputación objetiva”.¹⁹

3.1. Contenidos y límites

La política criminal se distingue de la dogmática jurídico penal, en que se extiende más allá del derecho vigente, de su aplicación y de la criminología, cuando no valora y establece prioridades fruto de la evaluación de resultados empíricos.

De ello se deduce el perfil de la política criminal, como ciencia independiente en el marco de la justicia criminal y la política criminal aplicada. En este sentido, debe desarrollarse el bosquejo de una ciencia político criminal, en particular y no se trata de una incursión en la política diaria, si bien se escogen en este ámbito, sino del desarrollo de planes de política criminal trazados en la realización de conceptos del sector de la justicia criminal.

Existe una visión de la dogmática jurídico-penal ciertamente superadora del modelo positivista, y orientada a poner de relieve los aspectos creadores de la misma, vinculada por perspectivas ontologistas. Sin embargo, en la actualidad, pocos parecen dispuestos a rechazar la conveniencia integradora de consideraciones políticas y criminales en la construcción del sistema del delito de su contenido y categorías. En la

¹⁹ Castellanos. Ob.Cit. Pág. 186.

práctica ese modo de proceder en su sentido más amplio determina la orientación de la elaboración doctrinal de la teoría del delito a la obtención de ciertas finalidades prácticas en relación con la persecución de la criminalidad que siempre se ha dado, incluso cuando se declaraba que el sistema se construía en virtud de razonamientos puramente deductivos a partir de axiomas incontestables pertenecientes a una determinada ontología, esto es, de modo ese modus operandi que se ha dado siempre, y ello es porque resulta difícil negar que todo el derecho penal nace precisamente de exigencias de política criminal en concreto, relativas a la de hacer posible la convivencia pacífica en sociedad.

Ello, pone de relieve que cualquier profundización debe conducir a dilucidar qué quiere decir política criminal, cómo se accede a sus principios y cómo se orienta el sistema a los mismos.

Sin duda, su campo semántico admite acopios de sentidos, tan diferentes entre sí, que es irrelevante su agrupamiento bajo una denominación única. Frecuentemente, la ciencia político-criminal se ha asociado, identificándose con el sistema del derecho penal, a las consecuencias empíricas de su aplicación.

De hecho, se dan apuntes en este sentido al indicarse que la construcción del delito debe orientarse a los fines sociales de la pena de prevención general y de prevención especial.

3.2. Conflictividad

La discrepancia que surge en el seno de los sistemas teleológicos ha de situarse en dos puntos, por un lado, el relativo al modo de aproximación a los valores que, junto con las consecuencias empíricas, definen el telos del sistema; por el otro, el criterio de articulación de la realización de tales valores y de la obtención de las derivaciones empíricas.

A dichos valores cabe acercarse, de una parte, desde perspectivas principialistas. Pero éste enfoque se concreta en derecho penal en el desarrollo del iusnaturalismo racionalista por la Ilustración. Acentuarlo es substancial por dos motivos. En primer lugar, porque queda claro que, el principialismo no excluye una fundamentación instrumental del derecho penal, pues esto era lo propio del utilitarismo. Y, en segundo lugar, porque este principialismo, cuyo signo fundamental es el individualismo, se está debilitando como tal razonamiento de principios en algunas de sus modernas reconstrucciones, hasta el punto de establecer una pura referencia procedimental.

Cabe aproximarse desde otras perspectivas a las funcionalistas, que sostienen que los valores acogidos surgirían como producto de la propia lógica de auto conservación del sistema y del concreto contenido que se les atribuyera. Incluso, también parece claro que difícilmente cabría hallar en tales valores un enfrentamiento con la perspectiva estrictamente consecuencialista; más bien resulta que ésta los va integrando en la medida en que ello responde a la constitución o auto comprensión de la sociedad.

Cuando trata lo que se denomina bases de un proyecto sistemático teleológico-político criminal, se acomete su exposición aludiendo a la concepción de un sistema orientado a valores y su modelo no se precisa, en términos meramente consecuencialistas de prevención eficaz del delito, sino que en su concepto existe una política criminal valorativa, que integra las garantías formales y materiales del derecho penal. Un posible óbice aparece, sin embargo, cuando se trata de establecer si el método de atribución de contenido a los valores de garantía se aproxima al propio del funcionalismo o, por en contra, se vincula a un cierto principialismo.

Ello, permite diseñar la delicada cuestión de cuáles pueden ser y cómo habrán de operar los límites de la construcción normativista del sistema penal. No obstante, respecto a la existencia de límites en la construcción jurídica debe rotularse, en relación a que pocos problemas suscita el ingreso de los que tienen naturaleza inmanente o que responden a razones de coherencia.

En efecto, no se renuncia el espacio del relativismo o, por expresarlo de otro modo, de una evidente neutralidad. Ello puede percibirse con claridad y en la idea rectora de la respectiva constitución social. Esta rige el modo de construcción del sistema de imputación. Pero lo hace de modo distinto en las sociedades medievales, totalitarias o post modernas, etc. Y, no hay modo de seleccionar, de entre ellas, y en términos dogmáticos un modelo preferible. De manera que, junto a este primer límite, que se puede caracterizar como cultural y que muestra un relativismo espacial y temporal, se trata de considerar la posibilidad de límites más intensos y más permanentes.

En primer lugar, los límites derivados de las reglas del lenguaje, aunque éste se halla muy vinculado con la idea de cultura y de lo que cabría denominar reconstrucción social de la realidad y de la lógica formal. Y, en segundo lugar, los derivados de los conocimientos empíricos aportados por las ciencias fácticas y formales.

"Por lo tanto, cuando se trata de los límites de la construcción normativa se piensa en la existencia de una realidad permanente y previamente dada que pueda oponerse a una pretendida imputación desde perspectivas funcionales o político-criminales. Aquí, la elaboración de reglas de imputación social de responsabilidad hallaría murallas intransitables en la constitución de la materia y verbigracia, en la naturaleza del sujeto individual al que se pretende referir la imputación".²⁰

Se tienen que determinar cuáles son las perspectivas normativas que han de presidir la construcción del sistema de la teoría del delito, pues la naturaleza de las cosas exige soluciones adecuadas a la materia.

En primer lugar, es innegable que la elaboración jurídica no puede contradecir las estructuras del ser ni las del deber ser. De la materia, o de la naturaleza de las cosas, podrían obtenerse, pues, elementos de limitación de la construcción jurídica. Sin embargo, para que la estructura del ser pueda desempeñar su función limitadora, es preciso acceder a ella. Podría atribuirse valor limitador a la realidad, pero no como realidad en sí, que resulta inaccesible, sino como realidad representada.

²⁰ *Ibid.* Pág. 126.

Se tiene que partir de la premisa que no tiene ninguna garantía de que esa representación de la realidad, con la que se pretende limitar los juicios sociales de imputación, no esté contaminada por la propia percepción acerca de las necesidades de imputación. Contrario sensu, es más que probable que se produzca un fenómeno de circularidad.

El juicio social de imputación se basa en un determinado concepto sobre cómo distribuir las cargas entre individuos, o entre individuo, sociedad y Estado dentro del modelo social que corresponda.

No se puede descartar que en esa representación acerca de cómo esa realidad interfería un juicio normativo, acerca de cómo debe ser para posibilitar una imputación que se estima necesaria en atención al propio o general criterio sobre cómo distribuir cargas.

De igual forma, tampoco se tiene ninguna garantía acerca de que la consecución de un cierto nivel de intersubjetividad en esa representación de la realidad para que no aparezca entrelazada con un consenso sobre las necesidades sociales de imputación y a su vez, podría ser variable históricamente y no resultar demasiado distinto de lo que se precisa como constitución social.

Hasta aquí, la vinculación de las estructuras del ser por el consenso en la representación de las mismas conduciría, así, a un ontologismo, que posiblemente no

se diferencia demasiado del normativismo relativista. Es por este hecho que deba irse más allá, pues conserva buenas razones para entender que existen todavía espacios indisponibles.

No todo está abierto al consenso y al disenso. Paralelamente, a quienes se detienen en teorías consensualistas y procedimentales de lo verdadero o lo justo, y por ello parecen recomendables dos afirmaciones: por un lado, que hay algo que es la verdad empírica, lo correcto y normativo con independencia de la constatación de limitaciones epistemológicas para acceder a ese algo. Y, que los procedimientos discursivos no dejan de ser medios, palpablemente imperfectos pero quizá irrenunciables, para avanzar en tal aspecto.

Abonando lo anterior, conviene acentuar que hay realidades empíricas de modo inquebrantable en el consenso intersubjetivo, y no falseadas. Igualmente, hay realidades normativas permanentemente instaladas en el consenso intersubjetivo, y otras que han alcanzado dicho consenso modernamente, respecto de las cuales se tiene la convicción de que un eventual disenso futuro necesitaría de capacidad de alterarlas en su estatus, así lo relativo a los derechos humanos, o al propio concepto base de la dignidad humana.

Por último, todo ello ha de ejercer una vinculación sobre el derecho penal, el cual se sugiere y tiene un significativo espacio de libertad en su elaboración conceptual normativa. Además, no siempre es fácil sentar las derivaciones concretas de tales

enunciados pertenecientes a la realidad empírica o normativa y ponerlos en relación crítica con un determinado sistema de imputación.

La discusión abierta de este extremo, junto con la elaboración de las bases materiales de las reglas normativas de imputación objetiva y subjetiva constituye el reto fundamental de la dogmática jurídico-penal post moderna. He allí, el discreto aporte a su implementación dentro de los alcances de la ineludible elaboración y puesta en práctica de una política criminal y anticriminal.

3.3. Tendencias de la política criminal

"Se tiene que afrontar preventivamente la criminalidad en vez de punirla, tal como lo acentuara. Actualmente, la lucha contra la persecución del delito es aún limitada, su evitación general de carácter preventivo del delito conduce inexorablemente al ámbito de la política social. "²¹

Sin embargo, hay que reconocer el acercamiento que efectúa la política social general del Estado a la política criminal, tratando de influir en los factores sociales reconocidos como criminológicos. Pero, con esta colaboración no desaparece el delito, siendo posible mantenerlo bajo control, situación que a menudo se confunde y se subyace en el populismo punitivo de eficaz estrategia para réditos políticos que utilizan los gobiernos de turno.

²¹ Manzini. **Ob.Cit.** Pág. 100.

La criminología exige a la política criminal una respetuosa atención a la realidad compleja de los países emergentes. Lógicamente, debe superar la antigua comparación jurídico-elitista y la actual comparación sociológica para llegar al ideal ontológico de la persona igualitaria.

La atención a la criminología tercermundista aportará perspectivas y concepciones radicalmente distintas de las tradicionales acerca de la criminología en general y de sus nociones fundamentales en particular: criminalidad, factores etiológicos, controles sociales, violencia, no violencia, hambre, derecho al trabajo, desempleo, terrorismo, huelgas, etc.

La criminalidad pide que el punto de gravedad no se coloque en el tratamiento individual del delincuente, sino en la configuración social, de la repersonalización del individuo y, más aún, de la sociedad anómica que caracteriza el día de hoy y la forma que parte del espectro criminógeno.

No se puede que la criminología es un sector de la política criminal general, y además una parte del conjunto concreto de cada pueblo con su geografía y con su historia y su gente.

En efecto la misión del criminólogo, lejos de limitarse a conocer la verdad con sentido común, ha de aventurarse a tener el ideal de transformar la realidad social, sobre la base estructural y tradicional de cada país, en cuanto factor principal de la creación de

nuevas planteamientos de política criminal y ha de colaborar en la programación de un proceso de cambio estructural global que procure aspirar a la igualación de las oportunidades sociales políticas, económicas y culturales tanto en el plano nacional como en el internacional, sin pretender que esa evolución siga los itinerarios esbozadas por los países ya desarrollados.

3.4. Función de la justicia criminal

"El ámbito de los órganos del control de la criminalidad hoy especialmente puede aclarar la significación del principio del Estado de derecho para la justicia criminal en su totalidad. No hay una política criminal, en cierto modo, sin presupuestos que le otorguen legitimidad en sus planteamientos metodológicos y su factibilidad de aplicación".²²

Se trata de conservar y reajustar la trayectoria jurídica estatal del siglo XIX. La idea vinculante del Estado de derecho a su justicia criminal, fue mejorada sustancialmente construyéndose sobre los fundamentos de la filosofía y de la doctrina penal de la Ilustración.

No obstante, el pensamiento del Estado de derecho en esta expresión liberal tiene su origen al respecto en la relación de tensión individuo-comunidad y su núcleo es siempre la idea de libertad, el aseguramiento de una esfera individual frente a la omnipotencia del Estado.

²² Fontán. *Ob.Cit.* Pág. 104.

Así también, es perspectiva actual la función primordial del principio del Estado derecho que consiste en velar por la esfera de libertad y la seguridad jurídica del ciudadano, en particular, frente al poder del Estado. Sin embargo, la transición desde el concepto formal al concepto material de Estado de derecho está caracterizada porque se pretende la libertad y las seguridades individuales del ciudadano, no únicamente mediante la abstención del Estado y su apartamiento de la esfera de derecho individual, sino con la garantía positiva, a cargo del Estado, de una existencia digna del ser humano. De ello, resulta como finalidad la defensa de la dignidad humana y la garantía de la libertad general de acción. Con ello, se convierte en norma suprema y obligación fundamental de toda política criminal realizar el principio del Estado de derecho, respecto al ámbito de la justicia criminal.

En consecuencia, si el concepto de Estado de derecho está claramente perfilado en lo esencial, la cuestión es determinar el contenido del concepto del Estado social. Si en el Estado de derecho se debe renovar una rica y evidente tradición y modificarla en todo caso en orden a nuestras necesidades actuales, en cuanto al concepto de Estado Social, existe un estado evolutivo mucho más anterior e inmaduro.

Aquí debe darse primeramente el paso desde la frase programática hasta el principio de derecho manejable. Por ello, también en el ámbito de la justicia criminal son visibles solamente esbozos previos que, en particular, esperan aún el perfeccionamiento concreto. Tampoco, cabe efectuar un catálogo de pretensiones socio estatales dirigidas a la justicia penal, que pueden mostrar tendencias de la prevalencia del pensamiento

del Estado de derecho y la posterioridad del principio de Estado social, a tal respecto para que sean condicionadas por el reconocimiento de los derechos intrínsecos de la persona, reconocidos universalmente.

La problemática del principio del Estado social, se manifiesta en todas partes allí donde no basta al individuo la mera concesión de derechos de defensa frente al Estado para el aseguramiento de la existencia, sino donde es necesaria la promoción activa por el Estado.

De ello, se derivan importantes consecuencias para la configuración de la justicia criminal, dado que precisamente el Estado se presenta frente al individuo con su plenitud de poder, no bastando el mero aseguramiento jurídico-estatal del mismo; antes bien, ha de añadirse la concesión de una asistencia social allí donde el individuo la necesite.

Por lo tanto, en la praxis de la política criminal se halla al respecto en primer plano el ámbito de la persecución penal sobre la función pública de indemnización de las víctimas del delito como expresión del principio del Estado social y democrático de derecho y de la realización de la pena en su ejecución, desde la perspectiva normativa, principalmente filosófico-jurídica, su modelo para la determinación de la función la justicia punitiva.

3.5. Directrices

Debe exponerse, en primer lugar un catalogo de puntos de orientación y aspectos directrices de la política criminal. Sin embargo, no debe esperarse un orden de prelación ni ponderación sistemática. Antes bien, puede tratarse solamente de un programa que conlleve a la solución de problemas aislados como puntos de orientación y en conjunto, pueden ofrecer un marco de argumentación político-criminal.

Toda actividad estatal en el ámbito de la justicia criminal está siempre referida, directa o indirectamente, a la persona en convivencia. Por ello, al comienzo de todo bosquejo político-criminal se halla forzosamente un determinado concepto de persona.

El concepto que traza la Ciencia sobre la persona, sus cualidades y formas de comportamiento, con independencia tanto de su situación física y psíquica individual como de su situación sociocultural en el entorno es el aspecto de la antropología filosófica, que reúne en si numerosas ciencias particulares.

La noción de persona, resulta de la relación del individuo con la sociedad, en donde el hombre como persona es un ser individual y social.

También, para ello es posible solamente una exposición interdisciplinaria con participación de todas las ciencias particulares relevantes en la investigación jurídico sociológica.

Así, el concepto de persona está caracterizado por la determinación de su responsabilidad individual en el entorno social. La lucha por el concepto de la persona, decisivo también para la política criminal, busca una vía intermediaria entre individualismo y completa absorción del individuo por la sociedad.

De ello, resulta el concepto de persona, decisivo para la política criminal en donde la persona responsable de su comportamiento social, como ser bio-psico social, pero inserta necesariamente en una determinada estructura cultural y social, llamada a la realización de su individualidad en un entorno social en gran medida previamente dado, y que en el entrelazamiento social debe configurar su vida con responsabilidad frente al prójimo.

Las consideraciones expuestas, sobre el concepto de persona han dado por resultado que corresponde al individuo un ámbito de propia responsabilidad, atribuido sólo a él mismo, en relación con la sociedad, asegurando este ámbito en su núcleo elemental es la pretensión del principio de la intangibilidad de la dignidad de la persona como norma fundamental del ordenamiento jurídico.

Este concepto no ha recibido, hasta hoy contornos precisos; no obstante, cabe considerar algunos aspectos de la existencia humana como elementos asegurados, a saber, para garantizar determinadas condiciones de mantenimiento y desenvolvimiento de lo humano, irrenunciables hoy para la persona, la libertad y seguridad individuales de la persona en el Estado social y democrático de derecho, el bienestar y la justicia

sociales entre las personas en el Estado social, la legislación de signo político y la codeterminación de la persona en la democracia.

Ninguna dirección político-criminal debería reclamar para sí, cuando es elegida como motivo principal. No obstante, la idea rectora de la humanidad que es un patrimonio universal, no debe considerarse como definitivamente asegurado, sino que designa, una labor inconclusa en el presente y para el futuro, porque las sociedades están en continua evolución.

3.6. Política criminal

Es la ciencia o arte de gobernar en lo referente a los actos delincuenciales, o sea, a una parte de la política general, que pretende ser gravitante en el transcurrir de la convivencia de los seres humanos.

En consecuencia, política criminal o criminológica, es un término acuñado y relativo a la ciencia o el arte de seleccionar los bienes que deben protegerse jurídico-penalmente y los accesos para materializar lo que significa el sometimiento a crítica de los valores y caminos elegidos.

Pero en la práctica gubernamental, el aporte criminológico no pasa de ser una racionalización o discurso justificatorio; por lo tanto, la obra política condiciona a la

criminología, y no como debería suceder que la criminología la condicione, dado que las leyes surgen de la decisión política.

El bien jurídico tutelado elegido por decisión política, es el componente ideológico que señala el fin de la norma, siempre que se observe el principio de legalidad, el esclarecimiento de la decisión política será un elemento orientador de primordial importancia para determinar el alcance de la prohibición.

La ciencia criminológica ha terminado por aceptar los delitos situados en la categoría que corresponde a la criminalidad organizada en la post modernidad, preponderando su atención a los jefes que pertenecen al reducido grupo de la aristocracia que vive despreciando cánones morales y legislativos, en una pléyade de países, lo que dificulta su efectiva persecución, procesamiento y castigo penal. Lo mismo para sus miembros conspicuos de las instituciones del poder público.

Por su parte, las ciencias interesadas en el devenir del hombre, deben interpretar al delito en el medio que se exterioriza, recomendando intervenciones extra penales, pues la mejor política anticriminal, radica en una que repose en propuestas de cambio ético, económico y comunitario, con respuestas institucionales pre punitivas, que servirán para bloquear un número apreciable de hechos originados en la pauperización de amplios sectores del tejido social, que desesperados por urgentes necesidades acometen contra pobres o ricos sin diferenciarlos, con incesantes ataques de unos versus otros.

Ello obliga a implementar esquemas inmunizadores de carácter formativo, que se inicien en los hogares, con padres o familiares, responsables, que se preocupen en formar a las generaciones que los siguen, para que acaten las leyes vigentes y pugnen por otras, que de verdad alcancen a sancionar a los intocables, para que se cumplan igualdades.

Quienes conculcan los bienes protegidos penalmente, merecen ser sancionados y no solo los vulnerables, los más débiles, porque no es justo, y lo que se requiere son dispositivos integradores, y una correcta, por capaz y honesta, administración de justicia. Lo contrario llevará a seguir viviendo de quimeras lacerantes que se desintegran en el olvido y la intolerancia que tanto agobia y se contrapone a la justicia y el bien común en un Estado social y democrático de derecho.



CAPÍTULO IV

4. Los bienes jurídicos susceptibles de amparo y la actuación del derecho penal al tutelar intereses difusos en el sistema social de Guatemala

"Los bienes jurídicos consisten en los intereses protegidos, pudiendo ser materialmente definidos como los necesarios al ser humano para llevar a cabo su autorrealización. Los mismos, consisten en condiciones valiosas en las que se concretizan los presupuestos imprescindibles para una existencia en común".²³

4.1. Importancia de los bienes jurídicos susceptibles de amparo

La determinación de los bienes que tienen que ser protegidos penalmente, presupone un juicio de valor de parte de quien detenta el poder, y en el mismo no pueden despojarse de sus ideas, los anhelos y prejuicios políticos, religiosos y culturales.

Ante ello, existe una cuasi imposibilidad de determinar los criterios objetivos de utilidad para la formación de este juicio valorativo, siendo ello notorio al tomar en consideración que no todos los bienes reconocidos constitucionalmente deben ser penalmente protegidos. Pero, ello puede ser de utilidad como base y marco la actividad legislativa en materia penal.

²³ Bustos. Ob.Cit. Pág. 47.

Lo que se busca es no dejar en la medida de lo posible, en manos de quien detenta el poder, un arbitrio ilimitado en la determinación de los bienes que tienen que ser penalmente protegidos, así como establecer los bienes que deben ser penalmente protegidos y determinar los comportamientos que deben ser prohibidos.

4.2. Conceptualización material

La conceptualización material del bien jurídico consiste en cierta medida la forma de permitir una crítica de la actividad legislativa penal.

Además, los bienes jurídicos son tales, no debido a que el legislador los considere merecedores de protección jurídica, sino debido a que son presupuestos necesarios para la vida en común.

Los bienes jurídicos fundamentales se han precisado mediante la enumeración de las pretensiones reconocidas a las personas y a la sociedad y no se puede deducir que los mismos sean merecedores de protección penal.

"La forma en la cual sean comprendidos y como se utilice el derecho penal, son factores decisivos en la actividad legislativa. En la misma, se refleja la incertidumbre para la determinación del contenido y para la amplitud de la noción del bien jurídico".²⁴

²⁴ Cuello. **Ob.Cit.** Pág. 91.

4.3. Bien jurídico como elemento objetivo

El recurrir al criterio de bien jurídico como elemento objetivo para la determinación de las acciones prohibidas, implica de forma consecuente la admisión de la concepción de que únicamente tienen que ser reprimidas penalmente las acciones constitutivas contra bienes vitales para la vida comunitaria. En dicho sentido, únicamente las acciones socialmente dañinas son merecedoras de represión penal, o sea las que atentan contra un bien jurídico.

4.4. Análisis legal de los bienes jurídicos susceptibles de amparo y de la actuación del derecho penal al tutelar intereses difusos en el sistema social

Es fundamental el análisis de los bienes jurídicos susceptibles de amparo y de la actuación que realiza el derecho penal, para tutelar intereses difusos en el sistema social guatemalteco.

No puede deducirse que la producción penal de una acción se encuentre bajo la dependencia de su carácter inmoral, debido a que la admisión de ese criterio significaría retroceder al delito.

Las leyes penales no comprenden todos los actos inmorales graves y en las mismas se toma en consideración el dominio del hecho penal complementario, en donde muchas acciones son de tipo inmoral; pero, es necesario evitarlas.



"La influencia de esas reglas, así como también el ideal imperante en el grupo social que gobierna, es bastante notable en diversos aspectos del sistema penal. Sus dominios son coincidentes de forma parcial de manera que sus relaciones pueden establecerse".²⁵

Únicamente los atentaos contra los bienes jurídicos pueden ser tomados en consideración como merecedores de represión penal. Por ende, es impreciso el criterio de distinción entre derecho y moral, relativo a indicar que el primero se ocupa del comportamiento externo y el segundo del interno. La evolución del derecho penal se caracteriza por su tendencia constante de los factores internos de la acción delictuosa.

La tarea del derecho penal consiste en la protección de los bienes vital para la vida comunitaria, para asegurar la vigencia inquebrantable de los valores como medios efectivo para alcanzar una protección perdurable de los bienes jurídicos.

El derecho penal tiene carácter fragmentario, en el sentido que no tiende a la protección de todo bien jurídico, ni a la defensa de los bienes electos frente a cualquier tipo de ataque.

De la accesoriad del derecho penal, no se puede deducir su independendencia del resto de ramas del ordenamiento jurídico, debido a que entre las mismas existe una estrecha interrelación, distinguiéndose en relación a los medios de reacción como lo son las

²⁵ **Ibid.** Pág. 123.

medidas de seguridad en derecho penal, y su sistema conceptual se encuentra fuertemente determinado por la peculiaridad de sus finalidades específicas.

Doctrinariamente, al llevar a cabo un estudio relativo a las funciones del sistema penal, se contraponen, de forma tradicional.

Si por política se comprende que es la ciencia o arte de gobernar, por política criminal debe entenderse lo referente a la prolifera y preocupante actividad criminal, o sea, una parte de la política general.

Junto con el límite al ius puniendi, absolutamente necesario pero eminentemente formal, que conlleva el principio de legalidad penal, resultan imprescindibles otras restricciones de carácter material, esto es, relativas al contenido de la potestad punitiva del Estado, para evitar que el papel activo que debe desempeñar el mismo en lucha contra la criminalidad se convierta en un intervencionismo opresivo y antidemocrático, que sacrifique al individuo en post de los intereses colectivos.

Se reconoce por la doctrina el denominado principio de ofensividad, lesividad o principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Se trata de una implicación de la síntesis del Estado social y democrático de derecho, fundamentalmente de su condición democrática, en cuya virtud el delito no sólo debe conllevar la exteriorización y materialidad de un hecho, sino que además tal hecho debe ser apto para producir un daño u ofensa en un bien jurídico digno, susceptible y necesitado de protección. Ello

excluye del ámbito de relevancia penal de las actitudes meramente internas y también los hechos externos que no son susceptibles de lesionar los bienes jurídicos. En definitiva, toda infracción penal debe comportar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

El principio de ofensividad o lesividad es un denominador común a la cultura penal ilustrada, que ve un daño causado a terceros las razones, los criterios y la medida de las prohibiciones y de las penas.

Ello lleva a conceptualizar el delito como lesión de un derecho subjetivo, con la intención de limitar el poder punitivo estatal. Sin embargo, a pesar de que esta idea ya era una constante en el pensamiento de la Ilustración, el concepto del bien jurídico, en sus orígenes mediados del siglo XIX, no nace con estas pretensiones limitadas, el bien jurídico, en sus orígenes mediados del siglo XIX, no nace con estas pretensiones limitadoras, sino más bien en un sentido dogmático, como el objeto de protección que elige la ley.

Se trataba, por lo tanto, de un planteamiento eminentemente formal, incapaz de limitar el poder punitivo del Estado pues no pretendía encontrar qué objetos eran dignos, susceptibles y necesitados de protección penal, sino más bien una explicación de lege data. Los diferentes intentos de dotar de contenido material a este concepto, concibieron al bien jurídico como un interés previo a la norma e impuesto por la realidad

social, no resistieron los embates del positivismo jurídico, que en su formalismo llevado a la realidad social, y no resistieron los embates del positivismo jurídico, que en su formalismo llevado al extremo lo consideró como un mero elemento de sistematización e interpretación.

Ello, inició una senda peligrosa que desembocó en un vaciamiento de contenido de este concepto que, a su vez, permitió justificar la política de terror penal de los sistemas totalitarios.

Los desastres y las consecuencias dramáticas que ello trajo consigo, han llevado a a otorgar una enorme trascendencia al concepto de bien jurídico, haciéndose serios esfuerzos por dotarlo de un contenido material que suponga un límite efectivo al ius puniendi, en una labor esencial que, al margen de los supuestos extremos de ausencia de lesividad, ha dado escasos frutos.

A los efectos de dotar de un contenido material y concreto al bien jurídico, son diversas las posturas que se han ensayado. El pensamiento tendió a identificar el bien jurídico con el concepto de derecho subjetivo.

Sin embargo, existen delitos en los que es posible verificar la lesión de un derecho subjetivo y en los que resulta incuestionable que se lesiona o pone en peligro un bien

jurídico digno, susceptible y necesidad de protección. También, se ha identificado el concepto del bien jurídico digno, susceptible y necesitado de protección y la idea de interés que en sentido propio comporta la idea de utilidad y de beneficio para alguien. Sin embargo, estrictamente, ambos conceptos no son equiparables. Así, por ejemplo, la vida de una persona es un bien jurídico que el derecho le reconoce y puede darse en el caso de que el titular de la vida no se halle interesado en ella y por ende pueden imaginarse supuestos de bienes por los que nadie tenga interés, incluso tratándose de la misma vida que se ha propuesto, sin que ello legitime para terminar con ella. Parece que el concepto de bien jurídico debe aproximarse más a la idea de valor, pero no entendido en un sentido metafísico o exclusivamente ético, sino comprometiéndolo material, interindividual, personal, socializado, histórico y dinámico propios de una perspectiva moderna del bien jurídico.

El término política criminal o criminológica, se entiende a la ciencia o el arte de seleccionar los bienes que deben protegerse jurídico-penalmente y los caminos para materializar dicha tutela, lo que significa el sometimiento a crítica, de los valores y caminos elegidos.

En la práctica gubernamental, la contribución criminológica no pasa de ser una racionalización o discurso justificatorio; por lo tanto, se condiciona a la criminología, y no como debería suceder, que la criminología la condicione, pues las leyes surgen de la decisión política, teniendo en cuenta el sentido oportunista de los propios intereses o la rentabilidad electoral de los reclamos populares.



La política criminal y anticriminal, debe recoger y organizar programas preventivos sectoriales que lleven a cabo tanto las conductas antisociales desviadas como las punibles, en resguardo del bienestar social, basada en pautas culturales, en clara procuración de la armoniosa vida social.

La política criminal se materializa en programas criminológicos sectoriales, en atención a los diversos problemas que se afrontan socialmente, y para procurar una mayor eficacia, hace uso de los progresos que van logrando las ciencias sociales, en los campos de la salud, educativo, psicológico, sociológico, ergológico, estadístico, criminalístico, etc., porque convergen en alimentar a la criminología y por ende, a los programas que se forjarán bajo su orientación humanista.

Además, se vale de la intermediación de la criminología, para poder utilizar óptimamente los conceptos, métodos y técnicas.

Resulta lógico, que para modificar la normatividad penal, las comisiones encargadas de elaborar los anteproyectos y proyectos o las reformas que se consideran indispensables estén compuestas por especialistas de diferentes ramas del saber.

Elo, debido a que estas leyes innovadoras serán aplicadas al conjunto social y es mejor construirlas con sus ideas u opiniones realistas a fin que tengan perdurabilidad y acierto en su propósito final, que es lo que se desea.

El derecho penal y la dogmática penal se encargan de la represión, en cambio la criminología reflejada en la política criminal tiene que afrontar, tanto la prevención como la penalidad, en sus exposiciones ex ante y ex post facto, con criterios dominantes de evitación criminógena.

Para amortiguar la creciente actividad criminal, es preferible prevenir que castigar formulándose una eficaz política que se apoye en la labor educativa de la gente, o sea, prevención que se ajuste a las necesidades, demandas y los grados piramidales de la sociedad, por lo que necesita de inspirada instauración.

Los programas de prevención deben concentrar sus objetivos en atender el proceso de socialización, en vista de las carencias que están presentando los hogares, núcleos fundamentales del colectivo y proseguir su tarea destinada a todos, sin distinciones de edades y niveles socio-económicos.

El fundamento de la política criminal en el sistema penal, se centra en la realización de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Vale decir, la búsqueda de un espacio de seguridad para que los congéneres puedan desplegar sus potencialidades, y los poderes públicos legitimen su desempeño en el bienestar de la población con óptica preventiva, de allí que una política criminal fundada en el castigo, sin contar con los límites que le impone el Estado social y democrático de derecho se convierte ineluctablemente en una política criminal represiva. La realidad jurídico-sociológica,



indica que no existe correlación entre la severidad de las penas y la significativa de procedimientos delincuenciales.

Por lo tanto, una seria crítica a la legislación penal forzosamente tiene que proceder de la multidisciplinaria propia de la política criminal para la clara determinación de los bienes jurídicos susceptibles de amparo y de la actuación del derecho penal al tutelar intereses difusos en el sistema social guatemalteco.





CONCLUSIONES

1. La presencia impositiva de la protección otorgada por la ley a los bienes jurídicos ha sido determinante para que la mayor parte de los juristas reconozcan en ella la labor primaria y fundamental del derecho penal, no olvidando que a través del derecho penal el Estado busca que las personas se comporten de conformidad con ciertos esquemas sociales relativos a forjar y consolidar la conciencia social.
2. El derecho penal al ser manipulado como un medio totalmente independiente de los recursos restantes y del proceso que integra el arsenal del control social estatal, constituyendo relaciones y condiciones sociales determinantes de las causas de las acciones delictuosas que no permiten la protección de los bienes jurídicos fundamentales.
3. El sistema penal no cumple con su capacidad de inculcar en la población determinados valores y juicios, los cuales a su vez se manifiestan en esquemas comunes de conducta moral y constituyen una barrera contra las tendencias de orden delictivo que originan transgresiones a la actuación del derecho penal en la tutela del sistema social.



4. La negación de que un acto sea determinante para que se considere penalmente reprimible no quiere decir un desconocimiento de la estrecha relación existente entre el sistema jurídico penal y el sistema social de una sociedad en donde las reglas morales son constitutivas de la misma manera que el derecho penal, como uno de los medios que encausan el comportamiento de las personas.

RECOMENDACIONES

1. A través del gobierno de Guatemala, se tiene que señalar la presencia impositiva de protección que otorga la ley a los bienes jurídicos es determinante para que los juristas puedan reconocer la labor primaria del derecho penal, no olvidando que mediante el mismo se busca estatalmente que las personas se comporten de acuerdo a esquemas sociales necesarios para consolidar la conciencia social.
2. El Ministerio Público, es el encargado de la determinación que el derecho penal no tiene que manipularse como medio independiente de los recursos y del proceso que integran el arsenal del control social, constituyendo relaciones y condiciones sociales que determinan las causas de las acciones delictuosas, que no permiten proteger los bienes jurídicos fundamentales.
3. Por medio del gobierno guatemalteco, se tiene que indicar que el sistema penal no cumple con su capacidad de inculcar en la población valores y juicios que se manifiestan en esquemas comunes de conductas morales, los cuales constituyen una barrera contra las tendencias de orden delictivo, que pueden originar transgresiones del derecho penal al tutelar el sistema social.



4. Que el Ministerio Público, establezca que la negación de que un acto sea determinante para que se considere penalmente reprimible, no significa un desconocimiento de la relación que existe entre el sistema jurídico penal y el sistema social de una sociedad en la cual una de las reglas constituyen la misma forma que el derecho penal protector de intereses difusos.



BIBLIOGRAFÍA

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Ariel, 1989.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. **Derecho penal mexicano.** México, D.F.: Ed. Porrúa, 1980.

CASTELLANOS TENA, Fernando. **Lineamientos elementales de derecho penal.** México, D.F.: Ed. Porrúa S.A., 1981.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Bosch, 1988.

CUEVAS DEL CID, Rafael. **Introducción al estudio del derecho penal.** Guatemala: Ed. Universitaria, 1954.

DE LEÓN VELASCO, Héctor y José Francisco De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco.** Guatemala: Ed. Editores, 2002.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. **Derecho penal liberal de hoy.** Madrid, España: Ed. Jurídicas, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teorías del garantismo penal.** Madrid, España: Ed. Trota, 1997.

FONTÁN BARRERA, Carlos. **Derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot, 2001.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediar S.A., 1988.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1981.



RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. **Fuentes materiales del derecho penal.** México D.F.: Ed. Porrúa S.A., 1984.

ROXIN, Claus. **Derecho penal.** Madrid, España: Ed. Civitas, 1999.

SANTOS, Julio Andrés. **La humanización del proceso penal, una propuesta desde la victimología.** México, D.F.: Ed. Legis, 2003.

Legislación:

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

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

Código Procesal Penal. Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992.

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