

**BIEN JURÍDICO Y PRINCIPIO DE LESIVIDAD. BASES HISTÓRICAS Y
CONCEPTUALES SOBRE EL OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA NORMA
PENAL**

Prof. Msc. Carlos Sánchez Escobar

*Profesor de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (El Salvador)
y de la Universidad Salvadoreña Alberto Masferrer*

SUMARIO: Introducción. **I.** Desarrollo histórico dogmático del bien jurídico. **II.** El concepto de bien jurídico. **III.** Las funciones del bien jurídico. **IV.** Cualidades del bien jurídico. **V.** La protección del bien jurídico en el Estado Constitucional de Derecho. **VI.** Bien jurídico y principio de mínima intervención. **VII.** Bien jurídico y política criminal. **VIII.** Merecimiento de tutela y bien jurídico. **IX.** Principio de lesividad. **X.** Rango constitucional del bien jurídico. **XI.** Fundamentación del principio de lesividad. **XII.** Fundamento limitativo del principio de lesividad. **XIII.** Lesividad del bien jurídico, tipo y tipicidad. **XIV.** Bien jurídico y lesión. **XV.** Bien jurídico y simbolismo penal. **XVI.** Principio de lesividad en la configuración del merecimiento. **XVII.** Principio de lesividad respecto de la afectación del bien jurídico. **XVIII.** Bien jurídico y dosimetría penal. **XIX.** Creación de infracciones penales sin bienes jurídicos.

RESUMEN: El presente artículo se realiza con el propósito de rendir homenaje al profesor Francisco Castillo González, uno de los más connotados juristas en América Latina. El trabajo se centra en un desarrollo sobre el bien jurídico penalmente protegido. Para esto, primeramente se hará un repaso sobre el desarrollo histórico del bien jurídico; luego, se presentan unas apostillas sobre su significación, y se retoman los hilos de pensamiento de algunos autores que han formulado importantes consideraciones en torno a este tópico. Para finalizar, se examinan algunas cuestiones sistemáticas entre el objeto de protección

criminal y otras instituciones del derecho penal, tratando de presentar una perspectiva crítica.

PALABRAS CLAVE: bien jurídico, principio de lesividad, principio de mínima intervención

ABSTRACT: This article is done in order to pay tribute to Professor Francisco Castillo González, one of the most prominent jurists in Latin America. The paper focuses on the development of the legally protected asset. For this purpose, first, we will review the historical development of the legal asset; then, we present some notations concerning its significance, and some threads of thoughts of some authors who have made important considerations on this topic. Finally, it discusses some issues between the object of criminal protection and other institutions of criminal law, trying to present a critical perspective.

KEYWORDS: legal asset, principle of harmfulness, principle of minimum intervention.

Fecha de recepción: 5 de octubre de 2013.

Fecha de aprobación: 9 de octubre de 2013.

INTRODUCCIÓN

Las reflexiones que se exponen a consideración de la Academia, tratan de uno de los temas que siempre resultan actual, complejo y polémico, puesto que las discusiones históricas, filosóficas, políticas, sociales y jurídicas –entre otras– que se desarrollan en torno al objeto jurídico de protección de las normas penales, parecen seguir el rumbo de Sísifo, tratando de dar contenido y justificación, a cuál es el marco idóneo a ser tutelado por el derecho subjetivo del Estado para castigar. En esa línea de pensamiento se inscribe las ideas que se exponen: a ese fin se hace un repaso sobre el desarrollo histórico del bien jurídico, se presentan igualmente unas apostillas sobre su significación;

posteriormente –de manera discrecional– se retoman los hilos del pensamiento de algunos autores que han formulado consideraciones sobre la cuestión del bien jurídico; y para finalizar se examinan algunas cuestiones sistemáticas entre el objeto de protección criminal y otras instituciones del derecho penal, tratando de presentar una perspectiva crítica.

Tales pensamientos, se presentan con la finalidad de honrar el magisterio de uno de los juristas más connotados en las ciencias penales en nuestra América Latina, el Doctor Francisco Castillo González; su obra es vasta, y demuestra la pasión de su autor por las ciencias penales que tan pulcramente ha cultivado, por ello, es loable, este inmenso gesto de la Academia costarricense de honrar a uno de sus hijos más insignes, lo cual dignifica también a la misma, y a toda la comunidad jurídica costarricense.

No ha sido fácil entre tantos tópicos que el homenajado ha escrito, escoger uno de ellos sobre el cual presentar nuestras ideas, pero me pareció oportuno referirme al tema del bien jurídico –siempre vigente y polémico– sobre el cual Don Francisco ha escrito una excelente monografía intitulada “El bien jurídico penalmente protegido”; de esta manera me permito añadir mi respeto al agasajado; y agradezco a Don Javier Llobet la invitación para honrar a Don Francisco Castillo, de quien se puede afirmar ha cumplido en la Academia con toda justeza la máxima Kantiana “ *Habeoeris aude Sapere tui ratio*” o “Ten el valor de servirte de tu propia razón”.

I. DESARROLLO HISTÓRICO DOGMÁTICA DEL BIEN JURÍDICO

En la actualidad un sector mayoritario de la doctrina reconoce que el Principio de Exclusiva Protección de bienes jurídicos significa un verdadero límite al *ius puniendi* del Estado y en tal sentido se erige como un principio político

fundamental dentro de un esquema de derecho penal que aspire a ser democrático⁶⁰⁹.

Sin embargo tal línea argumental no siempre campeó en el derecho penal, previo al periodo del iluminismo, en la época del absolutismo no ilustrado, el delito constituía un ataque a la divinidad, mediante la agresión a su vicario, el rey; en tal sentido el daño se infringía al orden divino y únicamente podía ser reparado por la pena que tenía carácter expiatorio⁶¹⁰. El ámbito de protección del delito, como se advierte, era el orden divino, tal como aconteció en un Estado de orden teocrático⁶¹¹.

1. La protección de los derechos subjetivos de Feuerbach

Quebrantado el Estado Feudal de orden absolutista, mediante la ideología del iluminismo, la base política-ideológica del contrato social se mediatizó en el derecho penal, legitimando su intervención sobre la base de la exclusiva protección de derechos subjetivos, esa fue la visión liberal y garantista propuesta por Feuerbach como misión del derecho penal. En esa percepción el delito tendrá como eje central las conductas que dañen derechos subjetivos que pueden ser particulares o del Estado⁶¹². Tal discurso significó un límite al poder

⁶⁰⁹ En tal sentido puede verse: HASSEMER, Winfried. "Fundamentos del Derecho Penal". Editorial Bosch, Barcelona, España, 1984 p 37; HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal". Tirant Le Blanch. Barcelona. España, 1989 p 103; MIR PUIG, Santiago. "Introducción a las Bases del Derecho Penal", Editorial Bosch. Barcelona. España. 1976 p 128. MIR PUIG. Santiago. "Función de la Penal y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho". Editorial Bosch. Barcelona. España. 1976 p 30; STRATENWERTH, Günter, "Derecho Penal. Parte General". Volumen I, Editorial Edersa, Madrid, España, 1982 p 3. ROXIN, Claus y TIEDEMANN, Klaus. "Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal". Editorial Ariel. Barcelona. España. 1989 pp 22 a 23.

⁶¹⁰ Confrontar con: HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal". Primera Edición. PPU. Barcelona. España. 1991 p 14.

⁶¹¹ Sobre ello CASTILLO GONZÁLEZ Francisco "El bien jurídico penalmente protegido". Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2008 p 3.

⁶¹² Ver FERNÁNDEZ Gonzalo D. "Bien Jurídico y Sistema del Delito". Editorial. B de F. Montevideo. Uruguay. 2004 pp 11 a 13

penal del Estado reflejado en el área del derecho sancionador, pues reducir la actividad punitiva del poder penal respecto de las conductas que lesionen derechos subjetivos, trajo como consecuencia una restricción de lo punible en el marco del derecho, puesto que aquellas conductas que afectaban orden religioso o moral, salieron de la esfera del derecho penal para quedar relegadas a la esfera policial; así al derecho penal le correspondería actuar cuando la conducta lesione efectivamente un derecho y a la policía le correspondería una actividad preventiva para evitar la puesta en peligro de los derechos, lo cual se aduce en aquellas conductas de desobediencia al Estado⁶¹³.

Bajo la visión de Feuerbach el objeto jurídico de protección del delito se construye sobre la base de los derechos subjetivos, asumiendo una función garantista de corte liberal frente al poder penal del Estado⁶¹⁴; pues por una parte sólo se tiene como delito aquellas conductas lesionadoras de derechos subjetivos, y en tal sentido se frena la arbitrariedad estatal en la descripción delictiva, enervándose la indeterminación de las acciones delictivas; y por otra, se otorga un ámbito de protección a las libertades del hombre, quien ya no queda a merced de las decisiones discrecionales del poder estatal⁶¹⁵. En suma, para FEUERBACH, la base material del delito, es decir, su objeto de protección, radica en la lesión de los derechos subjetivos, cuya tutela corresponde al derecho penal⁶¹⁶.

2. La Visión de la Restauración. La tesis de que el sustrato material del delito radica en la lesión de derechos subjetivos, fue rápidamente cuestionada

⁶¹³ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. "Bien Jurídico..." Op cit p 15.

⁶¹⁴ Ver NIÑO Luis Fernando "El Bien jurídico como referencia garantista". Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2008 p 3.

⁶¹⁵ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. "Bien Jurídico..." Op cit pp 17 a 18.

⁶¹⁶ FEUERBACH, Paul. Johann, Anselm Ritter Von. "Tratado de Derecho Penal". Traducción al castellano de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer del Tratado de Derecho Penal Común vigente en Alemania. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1989 pp 64 a 65.

por la ideología sustentada en el movimiento de la restauración, pues para sus fines políticos, el derecho penal debería tener un carácter expansivo, es por ello que a partir del fundamento de las ideas Hegelianas (racionalismo histórico) van a dotar de contenido al delito, considerando que este debe construirse no a partir de las lesiones de derechos subjetivos, sino de la desobediencia normativa, es decir, el objeto de la dañosidad que ampara la norma penal es la voluntad general que emana del Estado, la cual debe ser obedecida según el mandato normativo⁶¹⁷.

3. El enfoque de Birnbaum. El aporte del concepto bien jurídico. La anterior visión que muestra un derecho penal más expansivo y autoritario, fue reformulado por JOHANN MICHAEL FRANZ BIRNBAUM quien introdujo en la esfera del derecho penal la categoría de bien jurídico⁶¹⁸; para el precitado autor, las acciones u omisiones consideradas delictivas, no lesionan derechos subjetivos, sino que afectan bienes jurídicos⁶¹⁹, los cuales le son concedidos al hombre, ora por el orden natural, ora por la organización social, y en tal sentido tienen un carácter pre-jurídico. Bajo este orden de ideas, clasifica los delitos en naturales

⁶¹⁷ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Bien Jurídico...” Op cit pp. 24 a 25.

⁶¹⁸ De communis opinio sobre la paternidad de Birnbaum respecto de la noción de bien jurídico: CASTILLO GONZÁLEZ Francisco “El bien jurídico penalmente protegido” Op cit p 24; FIANDACA Giovanni MUSCO Enzo “Derecho Penal. Parte General. Quinta Edición. Traducción de Luis Fernando Niño. Editorial Temis. Bogotá. Colombia. 2006 p 33; STRATENWERTH Günter “Derecho Penal. Parte General. I. El hecho punible. Cuarta edición totalmente reelaborada. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 2005 p 65; MIR PUIG Santiago “Derecho Penal. Parte General. 7 Edición. Reimpresión. B de F. Montevideo. Uruguay. 2005 p 129; FERNÁNDEZ Gonzalo D. “Bien Jurídico y Sistema del Delito” Op cit p 14; ROXIN, Claus. “Derecho Penal, Parte General. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito”. Tomo I. Traducción de la Segunda edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García, y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid. España. 1997 55;

⁶¹⁹ BIRNBAUM Johann Michael Franz “Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito”. Editorial B de F. Montevideo. Uruguay. 2010 pp 58 a 59.

y sociales, según provengan de la fuente de la razón social, y en individuales y colectivos, según atentan contra un bien jurídico colectivo⁶²⁰.

En síntesis, BIRNBAUM concluye que las lesiones personales o colectivas, son el objeto de protección del delito, lo cual satisface el Estado mediante la amenaza de la norma penal. En tal sentido se avala también la incriminación moral o religiosa, las cuales se insertan en los bienes colectivos, cuyo sustrato es un sentimiento ético del pueblo⁶²¹;

El concepto de bien jurídico, acuñado por BIRNBAUM se va a vincular con el pensamiento positivista, pues para esta corriente del pensamiento (último tercio del siglo XIX) el Estado ha asumido una función decididamente intervencionista, ello significará que en el área del derecho penal, la extensión del poder punitivo del Estado, y el delito se construirá sobre la base de los bienes jurídicos, pero sobre aquellas valoraciones que el Estado estime como necesarias atendiendo a sus propios fines, pero con un sentido de dañosidad social⁶²². La noción del bien jurídico dentro del positivismo se erigirá en dos corrientes distintas, la del racionalismo positivista de KARL BINDING y el positivismo iusnaturalista de FRANK VON LISZT⁶²³.

⁶²⁰ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "Bien Jurídico..." Op cit p 28.

⁶²¹ Los fundamentos de la teoría del bien jurídico propuesta por Birnbaum, es objeto de reflexión para hurgar si en esencia la determinación de los bienes como sustrato de la norma penal, significa un límite al poder punitivo estatal, o si por el contrario contribuyó a dotar de una base más sólida al movimiento de la restauración en el sentido de legitimar la intervención punitiva del Estado; esta última parece ser la opción más correcta, puesto que en el pensamiento de Birnbaum se reconoce que el único sujeto capaz de dar sentido a los bienes jurídicos es el Estado como titular de la soberanía. Sobre ello BIRNBAUM Johann Michael Franz "Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito" Op cit p 59.

⁶²² En tal sentido SCHÜNEMANN Bernd "El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación" en HEFENDEHL Roland "La teoría del bien jurídico". Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos". Marcial Pons. Madrid. España. 2007 p 207.

⁶²³ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "Bien Jurídico..." Op cit p 39.

4. Positivismo y Bien Jurídico. La Tesis de Binding. Para la tesis de BINDING, el bien jurídico es un producto conceptual exclusivamente jurídico –entiéndase normativizado– pues resulta de la voluntad del legiferante contenida en la creación de la norma penal⁶²⁴, en tal sentido el bien jurídico como objeto protegido por la norma, ya no tiene un contenido metajurídico, sino objetivado a partir del mundo del derecho y justificado por sí mismo, por ser una creación del Estado⁶²⁵. En suma, los bienes jurídicos se definen como los objetos cosificados de los derechos que constituyen bienes en el plano jurídico⁶²⁶; es decir, son las normas las que conforman la esencia del derecho penal, y las mismas son deducibles de la ley penal, pero son precedente a ellas; tal orden normativo consiste en los imperativos de prohibir o mandar a realizar una conducta.

En tal sentido, se afirma que las acciones y omisiones del delincuente no contravienen la ley penal, sino que la cumplen, siendo que, lo infringido son las normas, aunque en el ámbito de la lesión BINDING aclara que la dañosidad recae sobre los bienes jurídicos que están contenidos en la norma penal⁶²⁷.

En resumen, la teoría Bindigniana, señala que el delito se constituye por una infracción al deber de obediencia que el ciudadano tiene con el Estado⁶²⁸, el cual es el titular de ese derecho subjetivo público, en pero el delito no lesiona ni

⁶²⁴ Confrontar NIÑO Luis Fernando “El Bien jurídico como referencia garantista” p 9; FERNÁNDEZ Gonzalo D. “Bien Jurídico y Sistema del Delito” p 18; CASTILLO GONZÁLEZ Francisco “El bien jurídico penalmente protegido” Op cit p 25.

⁶²⁵ Sobre ello FERNÁNDEZ Gonzalo D. “Bien Jurídico y Sistema del Delito” Op cit p 19.

⁶²⁶ Para un estudio más pormenorizado de la teoría de las normas de Binding, resulta ilustrativo las referencias de KAUFMANN Arminn “Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna”. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1977.

⁶²⁷ NIÑO Luis Fernando “El Bien jurídico como referencia garantista” Op cit. p 10.

⁶²⁸ Precisamente por ello se materializa una especie de deber de obediencia de los súbditos ante la autoridad en este caso expresado por el imperio de la norma –Recht auf Botmässigkeit– y la desobediencia genera la lesión del derecho; por ello es que el delito se constituye como una infracción del deber, más precisamente como una violación a un deber jurídico –Pflichtverletzung– siendo la infracción a ese deber de obediencia los más importante. Sobre ello FERNÁNDEZ Gonzalo D. “Bien Jurídico y Sistema del Delito” Op cit p 19.

la norma, ni el derecho subjetivo, sino los bienes jurídicos que le sirven de sustrato; en tal sentido, si toda norma penal tiene a su base un interés jurídico, toda desobediencia a la norma constituye una lesión para el bien jurídico que la misma contiene⁶²⁹.

5. La Postura de von Liszt. La comprensión del bien jurídico para FRANK VON LISZT –que sigue una línea de pensamiento positivista iusnaturalista⁶³⁰– es opuesto al contenido formulista contenido por BINDING; para aquél autor, el bien jurídico “es una creación de la vida y como tal un interés vital del individuo o de la comunidad a la que la protección del derecho le da la calidad de bien jurídico”.⁶³¹

La concepción del interés jurídico expuesta, entraña un contenido sociológico, pues el marco referente para la creación de los bienes jurídicos, no lo es el mundo del derecho, sino el mundo social, del cual el legislador los obtiene –los bienes– mediante una decisión política en coherencia con el sustrato social, tiene entonces una amplia base material⁶³²; ello es entendible, pues para VON LISZT el derecho penal está íntimamente vinculado con las distintas ciencias penales, dentro de las que destaca la política criminal⁶³³, y precisamente en los límites del derecho penal y la política criminal, tal autor sitúa el bien jurídico.

En suma von Liszt, conceptualiza el bien jurídico como los intereses vitales del individuo o del colectivo social que se encuentran tutelados por el

⁶²⁹ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Op cit pp 39 a 42.

⁶³⁰ NIÑO Luis Fernando “El Bien jurídico como referencia garantista” Op cit p 11.

⁶³¹ LISZT, Frank von “Tratado de Derecho Penal”. Tomo II. Editorial Reus. Madrid. España 1926 p 2. Sobre ello también SCHÜNEMANN Bernd “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación” Op cit p 209.

⁶³² FIANDACA Giovanni MUSCO Enzo “Derecho Penal” Op cit p 34.

⁶³³ CASTILLO GONZÁLEZ Francisco “El bien jurídico penalmente protegido” Op cit p 25.

derecho penal, distinguiendo que estos bienes no son exclusivos del derecho sino de los hombres⁶³⁴.

6. El Periodo Neokantista y el posterior desarrollo de la Escuela de Kiel. Durante mucho tiempo la consideración de que el derecho penal, tenía como objeto la protección de bienes jurídicos se mantuvo en el discurso del sistema bajo el esquema de BINDING–LISZT; sin embargo, ante la visión positivista, el método científico experimental, y la visión empírica demostrativa, surge una nueva formulación valorativa⁶³⁵, que se opone a la visión naturalista del fenómeno del delito, y sostiene que las “ciencias del espíritu se rigen por principios diferentes –entre ellos el de normatividad– los cuales son diferentes al paradigma positivista⁶³⁶.

En tal sentido, en sus fundamentos filosóficos metodológicos, se sostiene que las ciencias culturales –entre ellas la jurídica– resultan explicables, no en una fórmula demostrativa natural, sino mediante análisis valorativos, se trata de disciplinas con un profundo sentido axiológico, que solo resultan satisfactoriamente comprensibles, desde una perspectiva valorativa ideal⁶³⁷ al grado que el derecho entendido como ciencia de los valores o normativa⁶³⁸.

⁶³⁴ Para una lectura completa de esta concepción ver: LISZT, Frank von “Tratado de Derecho Penal”. Op cit p 324 y siguientes.

⁶³⁵ En tal sentido es fundamental la determinación de si el daño social debe quedar restringido a derechos personales, o debe ser visto desde una dimensión diferente, es decir como lesión al orden valorativo. Sobre ello MOLINA FERNÁNDEZ Fernando “Antijuridicidad Penal y Sistema de Delito”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia 2001 p 269 y ss.

⁶³⁶ Ciertamente la reacción se ha calificado como de anti-positivista y fue abanderada por la llamada Escuela de Badem o Sudoccidental Alemana. Ver sobre ello LARENZ Karl “Metodología de la Ciencia del Derecho”. Traducción de M. Rodríguez Molinero. Ariel. Barcelona. España. 2001 p 113 y ss.

⁶³⁷ Sobre ello DILTHEY Wilhelm “Introducción a las Ciencias del Espíritu. Traducción de Eugenio Imaz. Fondo de Cultura Económica. México. D.F. 1944 p 56 y ss.

⁶³⁸ Ver MAYER Max Ernst “Normas jurídicas y normas de cultura”. Traducción de José Luis Guzmán Dalbora. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina p 61.

Dentro de esta visión Neokantista, fue *Honing* quien propuso una visión del bien jurídico en sentido reducida, como formulación de sintética que expresa una especie de esencia *legislatoris*, determinando la finalidad de la norma, mediante categorías comprensivas, por lo cual, el bien jurídico solo presenta un mero sentido interpretativo, sin capacidad limitadora⁶³⁹. Por su parte *Wolf* presenta una visión trascendente del bien jurídico, puesto que la función de tal categoría se expresa en la defensa de los bienes culturales, los cuales son anteriores, al derecho, siendo este la expresión de concreción de aquellos para su tutela, así la lesión de una norma de cultura –valores éticos sociales– expresa la lesión jurídica, puesto que el fin del derecho es dispensarles tutelad a las normas de cultura, expresión de las normas jurídicas⁶⁴⁰.

Debe señalarse entonces que desde esta visión Neokantista hasta el período del nacional socialismo, se sentaron bases para la exclusión del bien jurídico, como objeto de protección, pues los fundamentos teleológicos –*Honing*– o culturales –*Wolf*– no significaban una verdadera limitación al poder penal, de ahí, las posturas del nacionalsocialismo desembocaron en una desmaterialización del contenido del bien jurídico sintetizándolo al máximo como expresión meramente metodológica⁶⁴¹.

En efecto, el impulso de una visión totalitaria significo el sometimiento del Estado de Derecho, y el quebrantamiento de la ley ante la expresión del poder⁶⁴²; en ese estado de cosas proclamado desde la Escuela de Kiel⁶⁴³ –*Kieler-Schule*–

⁶³⁹ NIÑO Luis Fernando “El Bien jurídico como referencia garantista” Op cit p 15.

⁶⁴⁰ WOLF Erick “El carácter problemático y necesario de la ciencia del Derecho”. Traducción de Eduardo A. Vásquez. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina p 54 y ss.

⁶⁴¹ CASTILLO GONZÁLEZ Francisco “El bien jurídico penalmente protegido” Op cit p 26.

⁶⁴² Sobre ello RADBRUCH Gustav “Relativismo y Derecho”. Traducción de Luis Villar Borda. Temis. Bogotá. 1992 p 12.

⁶⁴³ BUSTOS RAMÍREZ Juan “Introducción al Derecho Penal. Segunda Edición. Temis. Bogotá. Colombia. 1994 p 154 a 157

el bien jurídico fue prácticamente aniquilado, el fundamento del derecho es el intuicionismo fuente reconocida para legitimar la función penal a partir del “*el sano espíritu del pueblo*”⁶⁴⁴; el derecho penal se estructura a partir de una especie de voluntarismo⁶⁴⁵ –*Willensstrafrecht*– por el cual la esencial del delito proviene de la contrariedad subjetiva ante el deber jurídico –como lo expone *Schaffstein*– o se sustenta en la llamada “rebelión subjetiva contra la comunidad y la ley interna de ésta”, según la afirmación de *Dahm*; en tal sentido, el bien jurídico como categoría de límite, pierde su función, puesto que el delito no ofende bienes jurídicos, sino una especie de aspectos espirituales de contrariedad al derecho de la comunidad, y por ello, el delito es expresión de lesión a deberes ante la comunidad.

Con lo anterior se indica la instrumentalización de que puede ser objeto el bien jurídico, y las nocivas consecuencias que pueden devenirse tal como se demostró en el corto período del Nazismo y de la Escuela de KIEL.⁶⁴⁶; desmontándose el Estado de derecho y sus principios sustanciales, los derechos fundamentales, y la seguridad jurídica⁶⁴⁷. La reacción al período del oscurantismo nazi, estaría encaminada por dos corrientes: la impulsada por HELLMUNTH MAYER (visión neohegeliana) y la de Hans Welzel (visión fenomenológica).

7. La Visión de Hellmuth Mayer. Para MAYER el núcleo del delito está fundado en el desvalor de acción, el cual no alcanza a ser comprendido en toda su extensión por la dañosidad social; en tal sentido no suscribe la tesis de que el

⁶⁴⁴ MIR PUIG Santiago “Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método. 2° edición. B de F. Montevideo. Uruguay. 2002 p 235 y ss.

⁶⁴⁵ Ver JIMÉNEZ DE ASÚA Luis “El Criminalista”. Editorial La Ley. Tomo VII. Buenos Aires. Argentina. 1947 pp 75 a 76.

⁶⁴⁶ Ver las ideas sobre este período que expone HORMAZABAL MALARÉE. “El Bien Jurídico...” Op cit pp 63 a 71.

⁶⁴⁷ Amplia y magistralmente sobre ello LLOBET RODRÍGUEZ Javier “Justicia Penal en el Estado Arbitrario. La reforma procesal penal durante el nacionalsocialismo. Editorial Jurídica Continental. San José Costa Rica. 2004 p 42 y ss.

derecho penal tendrá por objeto principal la protección de bienes jurídicos; tal función del poder penal se la concede a la vigencia del orden moral del pueblo. Así, aunque no niega que el derecho penal protege bienes jurídicos, mediatiza su tutela a la del orden moral del pueblo. Si la norma penal resulta afectada por la acción disvaliosa, también se afectará a los bienes jurídicos, los cuales son referentes de la vida social del pueblo.⁶⁴⁸

8. El Esquema de Hans Welzel. Para el profesor WELZEL el fundamento del delito no está en la exclusiva protección de los bienes jurídicos, sino en el quebrantamiento de los deberes de carácter ético-social⁶⁴⁹, en tal sentido el derecho penal cumple una finalidad ético-social al asegurar “la real vigencia (observancia) de los valores de acto de la conciencia jurídica... “y también” dar forma al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalecer su conciencia de permanecer en la fidelidad jurídica”; así la sanción por el derecho a la inobservancia normativa garantiza la protección de los bienes jurídicos a los cuales se refieren los valores, confirmándose la fidelidad normativa⁶⁵⁰.

Como se advierte, WELZEL no excluye de la esfera del derecho penal al bien jurídico, pero no lo inmediatiza como su objeto principal de tutela, sino que lo subordina a las infracciones con un disvalor de carácter ético-social, de ahí la distinción entre desvalor de acto y desvalor del injusto. Pues bien, para este autor el bien jurídico constituye un bien vital de la comunidad⁶⁵¹, aunque la autoridad del derecho penal está dirigida a otorgar protección a los valores de conciencia de carácter ético social, la cual se logra a través de la escogencia y defensa de los bienes jurídicos, sobre todo en el aporte que tendrá como elemento central de la antijuridicidad material, tal posición de Welzel fue objeto de críticas las

⁶⁴⁸ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Bien Jurídico...” Op cit pp 77 a 80.

⁶⁴⁹ FERNÁNDEZ Gonzalo D. “Bien Jurídico y Sistema del Delito” p 39 a 40.

⁶⁵⁰ Ver WELZEL Hans “Derecho Penal Alemán”. Parte General. 11° edición. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 1993 p 3.

⁶⁵¹ NIÑO Luis Fernando “El Bien jurídico como referencia garantista” Op cit p 21.

cuales giraron sobre la base eticista en la cual insertó el derecho penal y que privilegió sobremanera en ese esquema⁶⁵².

9. Los Enfoques Funcionalistas. Al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se han opuesto diferentes matizaciones, las teorías funcionalistas, las cuales tratan de explicar y legitimar al derecho penal desde una perspectiva sociológica⁶⁵³, abandonando los cimientos filosófico-políticos que sirvieron de base al derecho penal; su fundamento lo han encontrado en el funcionalismo antiguo y actualmente en el llamado funcionalismo sistémico.

Para el funcionalismo sistémico, la realidad social no se integra esencialmente por cosas, sino por sistemas que se constituyen a través de la interrelación de las conductas de sus miembros, en ese sentido, la sociedad conforma un sistema total; este sistema se ve formado por una pluralidad de actores que interactúan en situaciones específicas motivadas por recíprocas expectativas. Los fines de los sujetos interactuantes son los fines del sistema que resulta privilegiado por encima del hombre. Estos fines se alcanzaran o se perturbaran según los sujetos cumplan con la función o no que les otorgue el sistema y por ende con las expectativas creadas, según el rol que cada uno tenga que asumir⁶⁵⁴.

En esta visión resultan importantes los conceptos de función y disfunción, son funcionales todas las condiciones que permitan y ayuden al desarrollo del sistema, y serán disfuncionales aquellas condiciones que afecten o resten eficacia al mantenimiento del sistema. Ahora para lograr un funcionamiento sistémico, es necesario un factor de conexión que integre a los sujetos del

⁶⁵² Sobre ello CASTILLO GONZÁLEZ Francisco "Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2008 p 35.

⁶⁵³ FERNÁNDEZ Gonzalo D. "Bien Jurídico y Sistema del Delito" Op cit pp. 56.

⁶⁵⁴ *Ibíd* p 57.

sistema; tal factor se hace recaer en los aspectos morales que generan un sistema de valores asumidos por los sujetos del cuerpo social.

Para las teorías del funcionalismo sistémico, el cumplimiento de las expectativas ya no puede dejarse en la confianza que el sujeto cumplirá con su función, dada las complejidades de las sociedades post industriales, así los márgenes de confianza para que el sistema funcione debe descansar en el ámbito institucional y en tal sentido el cumplimiento recíproco de las expectativas que permita conexión social se confiere al sistema normativo. De tal suerte que la violación normativa defraudara las expectativas de confianza a la cual sólo se verá renovada con la reafirmación del derecho como reacción a las conductas disfuncionales⁶⁵⁵. En suma, y en lo que aquí nos interesa destacar, son eventos disfuncionales, todos los fenómenos –incluido el delito– que afecten el sistema social y escindan el equilibrio sistémico. Desde esa noción, el bien jurídico resulta relativizado a la más mínima expresión, pues lo que interesa proteger es la funcionalidad del sistema, lo cual se realiza mediante la vigencia del orden normativo. Así para los que se inscriben en el pensamiento funcionalista, el concepto de bien jurídico y su función resulta preocupantemente mediatizado por los fines de la vigencia de la norma.

10. El pensamiento de Karl Amelung. Para AMELUNG el contenido del bien jurídico resulta condicionado por lo que es socialmente dañoso⁶⁵⁶, y esta situación se determina por la disfunción de las conductas (acciones y omisiones disvaliosas) que contradicen las normas que tienen por objeto mantener la cohesión de la sociedad. La dañosidad de esas conductas lo serán en cuanto afecten al sistema y no al individuo⁶⁵⁷. Es por ello que AMELUNG entiende como bien jurídico *“las condiciones de existencia de la vida social”*, e indica que el bien

⁶⁵⁵ Sobre los fundamentos funcionalistas HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Bien Jurídico...” Op cit pp 93 a 106.

⁶⁵⁶ FERNÁNDEZ Gonzalo D. “Bien Jurídico y Sistema del Delito” Op cit p 59.

⁶⁵⁷ NIÑO Luis Fernando “El Bien jurídico como referencia garantista” Op cit pp 47 a 48.

jurídico sólo individualiza al objeto dañado por el delito, pero tal objeto es determinado por el legislador atendiendo a una valoración de dañosidad social⁶⁵⁸, en tal sentido el legisferante tiene amplios poderes de configuración para determinar que objetos son merecedores de protección, según su noción de nocividad social.⁶⁵⁹

11. La Postura de Jakobs. Para GÜNTHER JAKOBS, el bien jurídico no es el instrumento conceptual idóneo para legitimar la función del derecho penal, tal fundamento lo acuerda para la vigencia de las normas, el bien jurídico no es un elemento legitimador del derecho penal⁶⁶⁰. En tal sentido, se indica que el derecho penal desde la vigencia de sus normas –que sería lo esencial– aporta lo necesario para mantener la unidad del sistema social, lo cual se logra asegurando que las expectativas no queden defraudadas mediante las conductas disfuncionales.

En este contexto, se propone reemplazar la función del bien jurídico como objeto de protección de la norma por la vigencia de la norma misma, constituida ergo en un bien para el derecho penal.⁶⁶¹

⁶⁵⁸ Así, AMELUNG Knut “El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos” en HEFENDEHL Roland “La teoría del bien jurídico”. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos”. Marcial Pons. Madrid. España. 2007 p 228.

⁶⁵⁹ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Bien Jurídico...” Op cit pp 109 a 111.

⁶⁶⁰ CASTILLO GONZÁLEZ Francisco “Derecho Penal. Parte General” Op cit p 36.

⁶⁶¹ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Bien Jurídico...” Op cit pp 112 a 113. Para tener un panorama aproximativo de la visión de Jakobs sobre la función normativa como garante de la confianza y de las expectativas y su importancia justificativa para el sistema penal, conviene citar algunas de sus particulares consideraciones, así dice él profesor De Bonn “(B) Protección de normas: ¿Por qué la confirmación de la identidad normativa que realiza el derecho penal resuelve un problema social? Porque la constitución de la sociedad (del mismo modo que la de las personas o incluso de sujetos) tiene lugar a través de normas... Dicho de modo extremo: el Derecho debe proteger lo más sagrado, es decir, aquello que “hoy y siempre con sentimientos cada vez más intensos, une cada vez más a los espíritus”... ¿y qué es lo que une? Ciertamente el punto de partida aquí escogido no es una garantía de que las normas en cuestión, sean normas jurídicas en sentido nefático; lo que es su punto de mira es comprender la normatividad en sí. El ulterior reproche de que el asesino “no se le castiga en primer

Al excesivo normativismo predicado por el funcionalismo sistémico, se le han opuesto las denominadas teorías sociológicas por las cuales se devuelve su centralidad al bien jurídico como objeto de protección de la norma penal y como instrumento de racionalidad, limitador ante el poder penal del Estado.

12. La Posición de Roxin. También es oportuno señalar una línea de pensamiento que fundamentan el objeto de protección en el marco constitucional, de entre los más destacados puede citarse a CLAUS ROXIN, quien fundamenta el bien jurídico desde la perspectiva del Estado Constitucional de Derecho⁶⁶²; indica que la actividad estatal tiene como objetivo asegurar las condiciones de vida en comunidad de sus integrantes, lo cual se realiza con la amenaza de la pena, lo cual es legítimo si es para resguardar bienes jurídicos. En ese sentido define estos como *“circunstancias, dudas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en un marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”*.⁶⁶³ En suma, ROXIN propone que el Estado como garante de la vida social, debe otorgar protección a los bienes jurídicos fundamentales.

13. La Especial visión de Hassemer respecto del Bien Jurídico. El principal expositor de esta direccionalidad es HASSEMER, quien en primer lugar coloca al bien jurídico en un contexto histórico cultural determinado, excluyendo las perspectivas formulísticas, y erigiendo el bien jurídico como un principio límite

lugar por revelarse contra la norma del 211 StEB sino por destruir una vida humana (Hirsch loc.cit) evidentemente no tiene en cuenta que es “destruir una vida humana” por eso no es más que un mero hecho natural; tan sólo la presencia de una norma –con independencia de cómo ésta esté fundamentada– convierte al sistema psicofísico “ser humano” en un ser humano que no debe ser matado sin razón.” JAKOBS, Günter. “Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un derecho penal funcional”. Primera edición. Editorial Civitas. Madrid. España. 1996 p 25.

⁶⁶² FERNÁNDEZ Gonzalo D. “Bien Jurídico y Sistema del Delito” Op cit p 49.

⁶⁶³ ROXIN, Claus. “Derecho Penal, Parte General. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito”. Op cit p 56.

del Estado de Derecho⁶⁶⁴; señalando que esta valoración histórica-cultural es necesaria al momento que decisiones político criminales elevan un objeto a la categoría de bien jurídico penal, en tal sentido, la protección del sistema penal mediante la designación de bienes jurídicos protegidos debe tomar en cuenta a los individuos propios que actúan en el sistema, debe situarse “en el campo de tensión entre individuo y sociedad y estado recordando que son intereses humanos que requieren protección penal”.⁶⁶⁵

HASSEMER expresa que el bien jurídico como objeto de protección de la norma penal debe reconocer aquellos intereses humanos requeridos de protección penal,⁶⁶⁶ y partiendo de una visión personal del bien jurídico (teoría personalista del bien jurídico) reconoce que además de intereses jurídicos personales, concurren otros de carácter universal o colectivos, los cuales admiten siempre que sean congruentes con los bienes jurídicos personales, y que sirvan para tutelar los intereses del hombre⁶⁶⁷; esta justificación la entiende referida al reforzamiento de los bienes jurídicos individuales.⁶⁶⁸

⁶⁶⁴ NIÑO Luis Fernando “El Bien jurídico como referencia garantista” Op cit pp 35 a 38.

⁶⁶⁵ HASSEMER, Winfried. Citado por HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Op cit p 117.

⁶⁶⁶ Respecto de la protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal dice Hassemer “Menos pretenciosas es la opinión que vincula al derecho penal con la protección de bienes jurídicos. Según estas tesis, es suficiente con que el derecho Penal proteja “Bienes vitales” como la vida, la libertad, la salud, la propiedad o la seguridad en el tráfico”; bienes por tanto “que son indispensables para la convivencia humana en sociedad a través de la pena pública.” HASSEMER, Winfried. MUÑOZ CONDE, Francisco. “Introducción a la Criminología y al Derecho Penal”. Op cit p 103; “Como fundamento del merecimiento de castigo penal de una conducta, al legislador no puede bastarle la referencia a la vulnerabilidad de una norma ética o divina, antes bien tiene que demostrar la lesión de un bien jurídico, es decir tiene que presentar una víctima y mostrar que a la misma le han sido lesionado bienes o intereses”. HASSEMER, Winfried. “Fundamentos del Derecho Penal” Op cit pp 37 a 38.

⁶⁶⁷ CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo “Perspectivas para una Teoría del Bien Jurídico en el momento actual. Un aporte a la discusión de la reforma penal en Costa Rica” en “Democracia, Justicia y Dignidad Humana. Homenaje a Walter Antillón Montealegre. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2004 p 46.

⁶⁶⁸ Partiendo de la clasificación monista del bien jurídico que distingue entre la creación del bien como exclusiva función estatal y la que concibe al bien jurídico como necesaria en cuanto concedan prohibiciones a las personas para su desarrollo, Hassemer indica

14. El Esquema de Ferrajoli.

La concepción Ferrajoliana del bien jurídico, es que el principio de exclusiva protección de bienes se constituye en un límite material para la actividad del *ius puniendi* estatal, en tal sentido el derecho penal criminalizador sólo resulta legitimado desde planos internos, si la tipificación delictiva obedece al merecimiento de tutela de bienes jurídico-penales; pero además siempre y cuando sea imprescindible dotar al bien jurídico de esa tutela reforzada.

Así, se esboza una doble dimensión en el sentido que los crímenes y las penas no sólo tienen como límite el *nulla crimen, nulla poena sine inuria*, sino además el *nullum crimen nulla poena sine necessitas*⁶⁶⁹. A partir del principio de bien jurídico se indica que se hace realidad la separación entre derecho y moral, señalando que la exigencia de que el delito se construya a partir de los bienes jurídicos impone la carga de la demostración en cuanto lesividad del resultado, para concluir que la adopción del bien jurídico como límite la poder penal es una de las manifestaciones del derecho penal mínimo⁶⁷⁰.

que los bienes universales resultan justificados en cuanto sirvan “al desarrollo personal del individuo”, matizando la reflexión siguiente: “Entre las teorías monistas han sido los bienes jurídicos universales (economía, medio ambiente) los que dominando la discusión político criminal de los últimos años. Ello es sin duda consecuencia de “modernización del derecho penal” este ha tenido que adaptarse a la evolución y cambio social. Pero esto no es nunca razón o motivo para concebir el bien jurídico desde el prisma de los bienes jurídicos universales y considerar que los bienes jurídicos individuales no son más que los derechos que de aquellos se derivan. Más bien sucede lo contrario: en una época en que la socialización es cada vez mayor, el derecho penal debe reflexionar sobre si los intereses de las personas no deben ser favorecidas frente a los de la sociedad y el Estado”. HASSEMER, Winfried. MUÑOZ CONDE, Francisco. “Introducción a la Criminología y al Derecho Penal” Op cit p 108.

⁶⁶⁹ Así se postula el principio de máxima economía en la creación de los tipos penales el cual tiene rancio abolengo dentro del pensamiento ilustrado destacando la cita que se hace de Montesquieu al señalarse que: “Todo acto de autoridad de hombre a hombre que no se derive de la absoluta necesidad es tiránico” . FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón”. Teoría... Op cit p 465.

⁶⁷⁰ *Ibíd.* p 467.

Pero además de ello, Ferrajoli en la estructuración de los bienes jurídicos, postula por una visión personalista, en el sentido que aún los bienes jurídicos de índole comunitario tienen que tener para estar dotados de legitimidad un referente personal, así entiende que el derecho penal en cuanto dispensador de merecimiento de bienes, debe erigirse sobre el fundamento de la persona humana, y solo en tal sentido, las prohibiciones podrán estar justificadas cuando se constituyan sobre la lesión de un bien jurídico que represente un derecho individual o social, entendiéndose por tales, los derechos fundamentales o las derivaciones de los mismos –con carácter metajurídico–lo cual permite en la realidad que la lesión sea verificable, dándole un parámetro de razonabilidad⁶⁷¹.

De ahí que se postule la adopción de unas tipificaciones que importen o una verdadera lesión al bien jurídico o una puesta en peligro bastante, descartándose en consecuencia la estructuración de tipos de peligro presunto⁶⁷².

⁶⁷¹ En tal sentido se señala: “El primero y más elemental criterio es el de justificar las prohibiciones sólo cuando se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social y, en todo caso, externos al derecho mismo, entendiéndose por ataque no sólo el daño causado, sino también –por ser inherente a la finalidad preventiva del derecho penal– el peligro que se ha corrido. Entre los bienes externos al derecho penal cuya lesión es necesaria, aunque por sí sola no sea suficiente, para la justificación de las prohibiciones penales, están por razones obvias todos los derechos fundamentales, es decir, no sólo los clásicos derechos individuales y liberales, sino también los colectivos y/o sociales, como el derecho al medio ambiente o a la salud. Pero también han de incluirse aquí los bienes que no son derechos, como el interés colectivo, y ciertamente fundamental, a una administración no corrupta de asuntos generales. En cualquier caso, debe tratarse de un daño o un peligro verificable o evaluable empíricamente partiendo de las características de cada concreto comportamiento prohibido, y no considerando en abstracto sólo el contenido de las prohibiciones”. FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón”. Teoría... Op cit p 472.

⁶⁷² En tal sentido se indica: “Lo mismo puede decirse de todos los denominados <<delitos de peligro abstracto>> o <<presunto>>, en los que tampoco se requiere un peligro concreto, como <<peligro>> que corre un bien, sino que se presume, en abstracto por la ley; de modo que allí donde de hecho una acción inocua en sí misma. También estos tipos deberían ser reestructurados sobre la base del principio de lesividad como delitos de lesión, o al menos de peligro concreto, según merezca en bien en cuestión una tutela limitada al perjuicio o anticipada a la mera puesta en peligro. Ibíd p. 479. En el mismo sentido se pronuncia Dall’Anese cuando señala: “Hasta aquí tenemos un segundo apartado de conclusiones: primero: no puede haber tipos de peligro abstracto como límite legislativo. Siempre que el juez enfrente un tipo de peligro abstracto y tenga una comprensión clara de su papel en el Estado constitucional de

15. La visión de Francisco Castillo.

Para el profesor Castillo, el bien jurídico es un producto social cuando el mismo alcanza el rango de protección penal, según el sistema diferenciado de tutela fragmentaria que debe acompañar al ejercicio estatal de punir⁶⁷³, para ello insiste en las conductas penales jurídicamente relevantes tienen que tener a la base el carácter de dañosidad social⁶⁷⁴, lo cual concede legitimidad al objeto de protección del derecho penal, puesto que su merecimiento descansa ya no solo en una visión del Estado de Derecho, sino en el Estado Constitucional y social de derecho.

Se presenta entonces una categoría de bien jurídico capaz de incidir en los ámbitos de la incriminación penal en cuanto a su configuración y aplicación, señalándose la capacidad de rendimiento del bien jurídico en el sentido de desarrollar óptimamente las funciones de legitimación, interpretación, y de crítica

derecho y el papel del bien jurídico a nivel constitucional –creo yo– está obligado a hacer la consulta de constitucionalidad a efecto de que se declare la nulidad del delito que no afecte bienes jurídicos tutelados”. DALL’ANESE Francisco “Bien Jurídico Tutelado y Democracia” en Cuadernos de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica. N° 5. Poder Judicial. San José. Costa Rica. 2001 p. 67. Para efectos comparativos en El Salvador el control de Constitucionalidad admite una doble formulación por una parte el denominado control concentrado que parte del Artículo 183 Cn. que literalmente dice “La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano”. Y el llamado control difuso que corresponde a los tribunales ordinarios quienes de manera particular tienen la potestad de controlar la constitucionalidad de la normativa infraconstitucional mediante su inaplicación, con fundamento en el artículo 185 Cn. que reza: “Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales en los casos en que tengan que pronunciar sentencia declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos contraria a los preceptos constitucionales”.

⁶⁷³ CASTILLO GONZÁLEZ Francisco “El bien jurídico penalmente protegido” Op cit p 13.

⁶⁷⁴ *Ibíd* p 20.

respecto de las normas penales, así como la capacidad de contenido material del bien jurídico⁶⁷⁵.

Castillo entiende que el derecho penal solo encuentra un fundamento razonablemente legitimador, si su finalidad esencial es proteger bienes jurídicos⁶⁷⁶, es decir relaciones fácticas o de contenido social, que sirvan de manera directa o indirecta a los intereses más primigenios del ser humano, por tanto adscribe su pensamiento a la defensa de la teoría personal del bien jurídico⁶⁷⁷, matizando que la defensa del interés jurídico de protección penal, es compatible tanto con bienes de cuño individual, como también aquellos de carácter colectivo, siempre que tengan una finalidad trascendente para el ser humano como destinatario final de la protección penal⁶⁷⁸, cuidándose de señalar que una visión clásica de la defensa de los bienes jurídicos en un sentido meramente individual no permite una respuesta adecuada a fenómenos actuales de criminalidad, con lo cual se muestra crítico.

16. La perspectiva de Chirino Sánchez.

Abordando la realidad del bien jurídico desde un sentido material, el profesor Chirino, presenta al bien jurídico no solo como un instrumento de defensa de los bienes jurídicos personales, sino que lo entiende como un principio importante para la limitación del ejercicio del poder punitivo del

⁶⁷⁵ CASTILLO GONZÁLEZ Francisco “Derecho Penal. Parte General” Op cit pp 28 a 29.

⁶⁷⁶ CASTILLO GONZÁLEZ Francisco “El bien jurídico penalmente protegido” Op cit p 132.

⁶⁷⁷ CASTILLO GONZÁLEZ Francisco “Derecho Penal. Parte General” Op cit p 31.

⁶⁷⁸ CASTILLO GONZÁLEZ Francisco “El bien jurídico penalmente protegido” Op cit p 75 y ss.

Estado⁶⁷⁹, en cuanto a las esferas de protección que del mismo se pueden extender en demasía.

Centrando su ideario en la defensa del bien jurídico como núcleo de tutela estrictamente personal, se presenta una visión reductora del poder penal, en el sentido más crítico del ejercicio democrático del *ius puniendi* en tal sentido, admitiendo que el derecho penal protege bienes jurídicos, no se endosa tal protección a cualquier tipo de interés, sino aquel que presente una visión más estrechamente ligada al carácter antropocéntrico en defensa del ser humano⁶⁸⁰, por lo cual, se muestra sumamente crítico de la punición de delitos con bienes jurídicos colectivos, con delitos configurados mediante formas de ataque de peligro abstracto, y contra la criminalización de conductas que se anticipen a la lesión del bien jurídico, es decir a la punición de los estadios previos a la lesividad real del objeto de interés penal⁶⁸¹, en tal sentido también se han pronunciado aunque con diferentes matices otros preclaros juristas del liceo penal costarricense⁶⁸².

II. EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO

17. Sobre el concepto de bien jurídico pueden acordarse diversidad de significaciones, todas según la ideología que se sustente, y no obstante lo añejo

⁶⁷⁹ Sobre ello CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo “Perspectivas para una Teoría del Bien Jurídico en el momento actual” Op cit p 34.

⁶⁸⁰ CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo “Del Derecho Penal Liberal y la Política Criminal para el Ser Humano” Prólogo al libro Humanismo y Derecho Penal. In Memoriam del Profesor Henry Issa El Khoury Jacob. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2007 p 17.

⁶⁸¹ Sobre ello: CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo ARCE VÍQUEZ “Los Problemas de la Política Criminal del Peligro: Consideraciones en torno a la punibilidad de los llamados “actos preparatorios” como delitos independientes” Nueva Doctrina Penal. 1999-A Editores del Puerto Buenos Aires. Argentina. 1999 pp 38 a 39

⁶⁸² Por ejemplo ARROYO GUTIÉRREZ José Manuel, CHAN MORA Gustavo “Derecho Penal y sociedades disciplinarias: El debilitamiento del principio de lesividad como tendencia del derecho penal moderno” en “Democracia, Justicia y Dignidad Humana. Homenaje a Walter Antillón Montealegre. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2004 pp 18 a 23.

de las propuestas conceptuales, en nuestros tiempos todavía se plantean discusiones importantes sobre el significado del objeto de protección penal. Por ello, en este apartado, se reflejarán algunos conceptos sobre el bien jurídico – con un criterio discrecional– a fin de presentar una aproximación a la elaboración de la herramienta teórica que define una de las cuestiones esenciales del delito, tratando de presentar una visión cosmopolita del bien jurídico.

Una aproximación importante data desde la época de Beccaria quien sostuvo la necesidad de que la creación de los crímenes se encontraran justificados por la lesión, o daño social, así se señala la figura del delito, no es de absoluta disposición del legislante, sino que el mismo a su base tiene que tener dañosidad social, sea que este carácter perjudicial se cause a bienes “naturales” o de origen social, sin que ello necesariamente tenga que considerarse una infracción moral o religiosa, en tal sentido, se proponía desde entonces una vinculación del legislador respecto de la protección de bienes al momento de crear el delito⁶⁸³.

Carrara denominándolo objeto del delito afirmó: “El derecho abstracto que se viola es el único y verdadero objeto del delito [...] Solo un derecho puede ser objeto del delito, y un derecho al cual la ley le haya concedido expresamente su tutela con una prohibición y con una sanción; y de esta manera, la ley protectora y el derecho protegido se compenetran para formar la idea que viene a constituir el objeto del ente jurídico llamado delito, acto delictivo, crimen, infracción, no porque agravie al hombre o a la cosa sino porque viola la ley”.⁶⁸⁴

También denominándolo como objeto jurídico del delito Rocco entendió por el: “[...] el bien o interés, eventualmente un verdadero y propio derecho subjetivo, protegido por una norma jurídica impuesta bajo sanción penal y violada

⁶⁸³ Para una lectura completa y versada sobre el punto Ver LLOBET RODRÍGUEZ Javier “Cesare Beccaria y el Derecho Penal de Hoy”. Segunda Edición. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2005 pp 183 y ss.

⁶⁸⁴ CARRARA Francesco “Programa de Derecho Criminal. Parte General. Volumen I. Reimpresión. Editorial Temis. Bogotá. Colombia. 2004 pp 52 y 54

mediante una acción delictuosa. Naturalmente, además y por lo mismo, objeto jurídico del delito es también la norma jurídica que tutela el bien o interés y en cuya transgresión consiste el delito, lo es también la obligación o deber que de aquella norma deriva y a cuyo cumplimiento el ciudadano está obligado, lo es también la pretensión jurídica que corresponde a esta obligación, lo es también la relación jurídica que deriva de aquella obligación y de esta pretensión”.⁶⁸⁵

Para Jescheck: “[...] el bien jurídico ha de entenderse como un valor abstracto y jurídicamente protegido del orden social, en cuyo mantenimiento la comunidad tiene un interés, y que puede atribuirse como titular, a la persona individual o a la colectividad. Además el bien jurídico es, como categoría puramente formal, el género de todos los objetos individuales incluidos en la finalidad protectora de la norma”⁶⁸⁶; Bustos de manera sintética señala que: “El concepto de bien jurídico designa el objeto protegido por el sistema penal”.⁶⁸⁷; Mir Puig sostiene como bienes jurídicos : “[...] Los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del derecho [...]” y los refiere como: “[...] condiciones de vida en la medida en la que afectan a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social”⁶⁸⁸.

Fernández expresa dándole un sentido *iushumanista*: “[...] el bien jurídico es un valor de la relación social, necesariamente conformado por alguno de los derechos humanos reconocidos a las personas o a los pueblos que se tablifican en las declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos [...]”

⁶⁸⁵ ROCCO Arturo “El objeto del delito y de la tutela jurídica penal. Contribución a las teorías generales del delito y de la pena. Traducción de Genaro Seminaro. Editorial B de F. Montevideo. Uruguay. 2001 pp 11 a 12.

⁶⁸⁶ JESCHECK Hans-Heinrich “Tratado de Derecho Penal. Parte General. Cuarta Edición. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares. Granada. España. 1993 pp 232 a 233

⁶⁸⁷ BUSTOS RAMÍREZ Juan “Derecho Penal”. Tomo I. Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del delito y del sujeto responsable”. Segunda edición. Editorial Leyer. Bogotá. Colombia. 2008 p 409.

⁶⁸⁸ MIR PUIG Santiago “Derecho Penal. Parte General. 7 Edición. Reimpresión. B de F. Montevideo. Uruguay. 2005 pp 128 a 129.

en tal virtud los bienes jurídicos son valores de relación social indispensables para el desarrollo de la sociedad y para la autorrealización del sujeto en ella, que nacen y coinciden con los derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional”⁶⁸⁹.

Fiandaca y Musco entienden respecto del objeto de protección penal una dimensión dinámica y señalan: “En general se define como bienes jurídicos los bienes socialmente relevantes que se consideran merecedores de protección jurídico-penal en razón de su importancia [...] La definición que refleja mejor el carácter tendencialmente dinámico del bien jurídico en el sentido mencionado es aquella que lo considera “unidad de función”. En efecto, destacar el aspecto funcional del bien jurídico equivale a poner en evidencia su específica función instrumental en el proceso de interacción social. Es decir puede considerarse bien jurídico solo aquel interés o conjunto de intereses por cuyo medio es posible alcanzar determinado objetivo útil para el sistema social o para una parte de él”⁶⁹⁰.

Otto define al bien jurídico como: “[...] una determinada relación real de una persona con un valor concreto reconocido por la comunidad jurídica, descrita de manera apropiada en los tipos penales particulares –“unidad de funciones sociales”– por la cual el sujeto jurídico personalmente se desarrolla con la aprobación del orden social”⁶⁹¹; Para Khalo el bien jurídico debe ser entendido en un sentido real y además relacional, y afirma: “[...] puede decirse que los bienes jurídicos constituyen vínculos reales posibilitadores de la libertad externa

⁶⁸⁹ FERNÁNDEZ Gonzalo D. “Bien Jurídico y Sistema del Delito”. Editorial. B de F. Montevideo. Uruguay. 2004 p 144.

⁶⁹⁰ FIANDACA Giovanni MUSCO Enzo “Derecho Penal. Parte General. Quinta Edición. Traducción de Luis Fernando Niño. Editorial Temis. Bogotá. Colombia. 2006 pp 30 a 31.

⁶⁹¹ OTTO Harro “Grundkurz Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre”. Berlin/New York 1996 § 1, Rdn. 29. Así citado por Castillo González Francisco “El bien jurídico penalmente protegido”. Op cit p 43.

de una persona y por ello valiosos, constituidos a partir del actuar intersubjetivo (de las prácticas sociales”⁶⁹².

Sobre esta misma línea señala DÍEZ RIPOLLÉS que todo bien jurídico es en sí un juicio de valor positivo sobre una situación o relación de la realidad social, poseyendo un componente ideal; “tal juicio supone integrar esa relación o situación en un lugar preciso dentro de una determinada ordenación valorativa de las realidades sociales. Esas situaciones o relaciones de la realidad social son el substrato del bien jurídico, substrato que, cuando se habla en términos globales del bien jurídico de un precepto, sufre un proceso de abstracción o generalización que lo desvincula de sus concretas formas de manifestación; la materialidad ahora no aparece en primer plano por razones meramente lógicas, y no como antes por realizarse su componente valorativo”⁶⁹³.

BACIGALUPO indica que el bien jurídico serán: “todas aquellas situaciones o valores que el legislador quiera proteger, prácticamente todo delito, es decir, toda amenaza de pena referida a un comportamiento determinado, protegerá un bien jurídico que será lisa y llanamente la finalidad perseguida por el legislador... son intereses vitales, intereses del individuo o de la comunidad: los intereses no los crea el ordenamiento jurídico sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a bien jurídico”.⁶⁹⁴

⁶⁹² KHALO Michael “Sobre la relación entre el concepto del bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal” en HEFENDEHL Roland “La teoría del bien jurídico”. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos”. Marcial Pons. Madrid. España. 2007 p 56

⁶⁹³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La Contextualización del Bien Jurídico Protegido en un Derecho Penal Garantistas. En: “Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica”. Año 10, Número 15, Diciembre, 1998. Continúa diciendo el autor supra citado, que las manifestaciones concretas de ese substrato son materiales, si eliminamos esa abstracción, esas relaciones sociales se diferencian en “unidades socialmente delimitables”, las cuales pueden ser dañadas de un modo “empírico-socialmente constatable”, en este sentido, entendiendo la dañosidad en un sentido sociológico, no natural; lo que da lugar por lo general a la privatización de la posibilidad de realizar determinados comportamientos sociales.

⁶⁹⁴ BACIGALUPO, Enrique. “Manual de Derecho Penal”. Segunda reimpresión, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1994 p 9. Este mismo autor indica que: “Toda selección y ordenación de bienes jurídicos, por tanto, presupone una concepción social y

18. Después de ese repaso conceptual, no podemos dejar de indicar que, esta gama de valores protegidos por el derecho es cambiante conforme evoluciona la sociedad; sin embargo la protección de los mismos mediante el sistema penal debe responder a un modelo garantista; hace unos años por ejemplo no se pensaba que la tecnología avanzaría al punto en que nos encontremos hoy, y que esto obligue a luchar contra “nuevas formas de la criminalidad mediante el uso de la tecnología informática” los cuales ejecutan sus acciones por medio de redes de computación principalmente. Lo anterior ha obligado a las legislaciones a ir incorporando dentro de los ordenamientos penales, tipos que traten de proteger nuevos bienes jurídicos importantes para la actual convivencia en sociedad, y que se ven gravemente afectados.

Por lo dicho hasta ahora, podemos señalar entonces que, la normas penal tiene una función protectora de bienes jurídicos, y para con ella, eleva por medio a delitos, los comportamientos que lesionan o ponen en peligro de manera más grave, los bienes jurídicos que se consideran más importantes, para lograr la convivencia de los seres humanos en sociedad.⁶⁹⁵ De lo hasta ahora expuesto es plausible adelantar una primera conclusión, el concepto de bien jurídico es

consecuentemente también ética. La decisión del legislador de penalizar ciertos comportamientos lesivos de intereses, es decir, los reputa merecedores de tutela y, además, les asigna un rango de importancia en el orden de intereses, rango del que deduce la legitimidad de protegerlos mediante una amenaza penal” p 10. También en este sentido, y dándole un contenido de antijuridicidad al concepto de bien jurídico, se pronuncia Díez Ripollés señalando “El concepto de bien jurídico, surgido en la idea de la antijuridicidad material frente a la mera antijuridicidad formal propia del más estricto positivismo jurídico, se ha configurado en los últimos tiempos como un instrumento técnico-jurídico de primordial importancia en la determinación penal de los presupuestos esenciales para la convivencia social. Por medio de él se dotaría al Derecho penal de un catálogo de bienes con las cualidades necesarias para acomodarse a los principios estructurales de la intervención penal, singularmente al de lesividad, y capaces por otro lado de configurar en su torno preceptos que describan conductas que los lesionen o pongan en peligro”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “La Contextualización del Bien Jurídico Protegido en un Derecho Penal Garantista” Op cit.

⁶⁹⁵ En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco. “Teoría General del Delito”. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1984 p 49.

fundamental en el ámbito del derecho penal, y es una garantía en el sentido de límite respecto del poder penal⁶⁹⁶.

19. En la jurisprudencia costarricense la Sala Constitucional ha definido los bienes jurídicos tutelados por las normas penales como “*relaciones sociales concretas y fundamentales para la vida en sociedad*.”⁶⁹⁷; más recientemente se ha dicho por la Sala Tercera: “[...] El bien jurídico dice nuestro Tribunal Constitucional, en otro importante fallo, es una relación social concreta y fundamental para la vida en sociedad. En tanto que es una relación de disponibilidad, significa para el individuo una garantía de autodeterminación; pero al mismo tiempo la oportunidad de conocimiento de qué es lo que se protege mediante el uso de la *última ratio* del derecho penal.”⁶⁹⁸. En la jurisprudencia salvadoreña también se ha afirmado consistentemente la necesidad de que las normas penales protejan bienes jurídicos y la primacía constitucional del principio de lesividad de los bienes jurídicos⁶⁹⁹ con lo cual se afirma que no hay crimen ni pena sin bien jurídico afectado.

⁶⁹⁶ Así se sostiene que “sin la presencia de un bien jurídico de protección prevista en el concepto punitivo, el propio Derecho penal, además de resultar materialmente injusto y ético – socialmente intolerable, carecería de sentido como tal Orden de derecho”. POLAINO NAVARRETE, Miguel. “El Bien jurídico en el Derecho Penal”. Anales de la Universidad Hispalense, Sevilla, España, 1974 pp 21 a 22.

⁶⁹⁷ Sala Constitucional, voto 6410-96, de las quince horas doce minutos del 26 de noviembre de 1996.

⁶⁹⁸ Sala Tercera. Corte Suprema de Justicia voto de las nueve horas y treinta y cinco minutos del seis de abril de dos mil uno.

⁶⁹⁹ En tal sentido se ha señalado: “En conexión con lo expuesto es viable afirmar que el establecimiento normativo de la desviación punible no es totalmente libre en sede legislativa; es decir la determinación de las conductas sobre las cuales aplicar una sanción no queda librada a la plena discreción de su configurador normativo, sino que debe obedecer a los lineamientos impuestos por la Constitución: uno de ellos es el principio de lesividad según el cual la tipificación de una conducta como delictiva debe obedecer a una prohibición de realizar conductas que, según las consideraciones del legislador sean dañosas, es decir, que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos fundamentales o instrumentales [...] En un Estado de Derecho, el Derecho Penal ha de servir como instrumento jurídico democráticamente delimitado con el fin de dirigir la vida social hacia la protección de bienes jurídicos fundamentales e instrumentales; así la justificación del poder punitivo del Estado y la definición de delitos y penas se encuentra

III. LAS FUNCIONES DEL BIEN JURÍDICO

20. La función del bien jurídico como instrumento garantizador se manifiesta en los apartados siguientes: a) Limitador del *ius Puniendi* Estatal. Se le reconoce una función limitadora del poder penal del Estado, en tal sentido limita al poder legislativo productor de normas a que la elaboración de la norma penal tenga como fundamento, la exclusiva protección de bienes jurídicos.⁷⁰⁰; b) Instrumento Rector de la interpretación. También se le reconoce una función teleológica, es decir, de regirse en mecanismo de interpretación de los diferentes tipos penales, los cuales en cuanto a su extensión sólo pueden ser correctamente definidos por el interés jurídico que resguardan.⁷⁰¹ Esa función interpretativa permite agrupar las especies de delito según la jerarquía de los bienes fundamentales a los cuales se les otorgue protección jurídico penal, así la vida, la integridad física, la libertad, etc. De igual manera, se selecciona la forma de ataque a dichos bienes, acordado su gravedad según la mayor o menor

en la dañosidad social de las conductas caracterizadas legalmente como delito [...] Del modo expuesto, el Derecho Penal desarrolla su finalidad última a través de la tutela de los presupuestos imprescindibles para la existencia común que se concretan en los bienes jurídicos. Dicho concepto condiciona al derecho a la protección, en cuanto esto haga posible la tutela de los derechos de los individuos, máxime en el marco de un Estado Constitucional de Derecho [...] El principio de lesividad constituye el fundamento axiológico en la estructuración del delito, pues las prohibiciones legislativas a cuya infracción se atribuye una pena, se justifican únicamente si se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social, entendiéndose por ataque no solo el daño causado, sino también el peligro que se ha corrido; en cualquiera caso, debe de tratarse de un daño o peligro verificable o evaluable empíricamente, partiendo de las características de cada comportamiento prohibido. El principio de lesividad se postula por tanto, como la formulación constitucional que impide al legislador el establecimiento de prohibiciones penales sin bien jurídico, es decir excluye la responsabilidad penal por comportamientos sin resultado dañoso". Ref. Inc. 52-2003/56/2003/57-2003 Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras, de la Sala de lo Constitucional de las quince horas del uno de abril de dos mil cuatro.

⁷⁰⁰ Ver: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Cuarta Edición, PPU, Barcelona, España, 1994 pp 107 a 108.

⁷⁰¹ En tal sentido, aunque de manera restringida JESCHECK, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal". Tomo I. Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Bosch. Barcelona. España. 1981 p 325.

puesta en situación de daño, desde la perspectiva del autor, por ejemplo estructuras dolosas o culposas.

Se señalan también: c) Función crítica de la Política criminal. También se le concede al bien jurídico una función crítica respecto de la política criminal, pues en la medida en la cual la teoría del bien jurídico sea capaz de responder que bienes resultan protegidos y cuál es la razón de otorgar dicha protección, se posibilita una revisión del funcionamiento de las normas, y en tal sentido es posible apreciar la necesidad de políticas de descriminalización de ciertas conductas, o la criminalización de aquellas que lo ameriten.⁷⁰²; d) Función de Legitimación del Derecho Penal. Un sector de la doctrina también señala que el bien jurídico cumple una función de legitimación material de las normas penales, misma que señala debe imperar en un Estado Democrático.⁷⁰³

Por último es conveniente indicar que la función de tutela sobre los bienes jurídicos obedece al cumplimiento de tres importantes requisitos: 1) Que los bienes jurídicos son “merecedores de protección” con ello quiere significar, que los bienes deben poseer un verdadero valor positivo atribuido por la sociedad en un período determinado. 2) Que los bienes jurídicos sean “necesitados de protección”, sea alude aquí a una “*necesitas*” de mayor eficacia –del derecho penal– cuando los restantes ámbitos del ordenamiento jurídico sean insuficientes para otorgar una adecuada protección ante los ataques más intolerables, en ese sentido se acentúa la instrumentalización del derecho penal como mecanismo verdadero de ultima ratio. 3) Que los bienes jurídicos sean “capaces de ser protegidos”. Significa entonces, que dichos intereses, deben tener idoneidad para ser tutelados, en el sentido que la protección no debe

⁷⁰² TERRADILLOS BASOCO, Juan. “La Satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal”. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, España p 149.

⁷⁰³ En tal sentido HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Bien Jurídico...” Op cit p 151.

significar una mayor afectación e otros bienes vitales o una lesión del mismo bien que se pretende resguardar⁷⁰⁴.

IV. CUALIDADES DEL BIEN JURÍDICO

21. Ahora bien, antes de continuar con los aspectos esenciales del principio de lesividad, es menester por los menos aproximar algunas cuestiones relevantes sobre el bien jurídico, por cuanto éste el fundamento material del principio de lesividad. Conviene indicar primero alguna aproximación al concepto de bien jurídico teniendo en cuenta que tal tarea ha sido ingente en la sistemática penal y dependiente de la visión que se adopte respecto de la función que debe desempeñar el denominado objeto de protección.

Por bien jurídico se ha entendido “todas la categorías conceptuales que asumen un valor contienen un sentido o sustentan un significado positivamente evaluados, dentro de una consideración institucional de la vida regulada por el derecho, como merecedor de la máxima protección jurídica representada por la conminación penal de determinados comportamientos descritos en los tipos legales⁷⁰⁵.

Desde una perspectiva material el bien jurídico es comprendido como “relaciones sociales concretas de carácter sintético protegidas por la norma penal que nacen de la propia relación social democrática como una superación del proceso dialéctico que tiene lugar en su seno” a partir de lo cual se ha afirmado que el bien jurídico tiene un doble carácter sintético como síntesis normativa y como síntesis social⁷⁰⁶.

⁷⁰⁴ Ver: MUÑOZ CONDE, Francisco. “Introducción al Derecho penal”. Editorial Bosch, Barcelona, España, 1975 pp 72 a 75.

⁷⁰⁵ En tal sentido POLAINO NAVARRETE Miguel “El Injusto Típico en la Teoría del Delito”. Editorial MAVE. Corrientes. Argentina. 2000 p 488.

⁷⁰⁶ HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán “Bien Jurídico” Op cit p 152.

22. Conviene ahora que se señalen algunas de las propiedades que se asignan en la generalidad a la noción de bien jurídico⁷⁰⁷: a) carácter substancial. La significación del carácter de objetividad del bien jurídico enuncia –desde nuestra perspectiva – que el bien jurídico no es creación del derecho, es decir que tiene una connotación meta-legal –según la antigua y democrática visión liszcziana– con lo cual se indica que ni el legislador ni el derecho crea los bienes jurídicos, y que por la mismo la noción de bien jurídico no puede estar divorciada de la realidad.

Precisamente esta caracterización no autopoietica del bien jurídico es lo que le confiere una legitimidad como principio limitador de las potestades estatales en la creación del delito, por cuanto obliga al legislador a crear incriminaciones que atenten contra hechos relevantes que están en la realidad social, y que por el merecimiento, necesidad e idoneidad para ser protegidos son dignos de ser elevados a la categoría de bienes jurídicos.

23. Las características más relevantes que podrían señalarse respecto de la lesividad de los bienes jurídicos serían las siguientes: Carácter normativo. No obstante su objetividad, el bien jurídico cuando es elevado a la categoría de bien jurídico-penal, presenta unas cualidad valorativas, y es que necesariamente toda vinculación al orden jurídico debe entrañar una connotación axiológica de la cual tampoco escapa el bien jurídico –y la cual debe reconocerse– sin que por ello pierda su aspecto empirista; como bien jurídico penal la esencia del mismo, se cimienta en la capacidad valorativa de lo que se protege, es decir en su contenido de deber ser.

Carácter dinámico. La cualidad de relatividad del bien jurídico, permite descubrir su vocación democrática, por cuanto no significan unas relaciones inmutables, de ahí que la variabilidad sea una característica fundamental de los bienes jurídicos, pero este aspecto debe de estimarse desde una amplitud

⁷⁰⁷ Sobre las características del bien jurídico de manera amplia POLAINO NAVARRETE Miguel “El Injusto Típico en la Teoría...” Op cit pp 496 a 523.

histórico-social, en el desarrollo de la existencia del ser humano en un contexto y época determinada, las mutaciones que vayan sufriendo los aspectos de tutela de los bienes jurídicos estarán influenciados por las modificaciones del orden social. Sin embargo debe predicarse un mínimo de inmutabilidad en cuanto a la relación del bien jurídico con la persona humana, el bien jurídico mantiene esa esencia de ser un medio para la realización de las personas con respeto a su dignidad.

La llamada Poliformidad del objeto de protección. Dicha cualidad del bien jurídico atañe a su ámbito de tutela, que puede estar dispensada para intereses personales, pero así mismo puede alcanzar la protección de bienes supra-individuales, en todo caso una concepción legitimadora del bien jurídico se sustentara ulteriormente siempre en el interés humano, por cuanto el Estado como tal es sólo un forma instrumental que no tiene intereses propios, sino que siempre de manera más mediata o inmediata están al servicio del ser humano.

V. LA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

24. Parte de la función del Estado Constitucional de Derecho, es la protección de los bienes jurídicos que se consideran importantes, o de mayor relevancia para la sociedad; y parece ser que es por medio del derecho penal, donde más evidente se hace esta actividad, así se ha dicho que si “bien es cierto el derecho penal se configura como un orden fragmentario, donde sólo se toman en cuenta aquellos bienes jurídicos preeminentes para la convivencia, debemos seguir en el discurso, que sólo esos bienes preeminentes pueden ser protegidos por el derecho penal”.⁷⁰⁸

708 CHIRINO SÁNCHEZ, Eric Alfredo. Política Criminal, Criminalización, Descriminalización y Medios Sustitutivos a la Prisión. Análisis Concreto de la Problemática Contravencional. En: “Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica”. Año 1, Número 1, Diciembre 1989.

Respecto del programa de Política criminal en un Estado Constitucional de Derecho y su relación con el bien jurídico en cuanto objeto de merecimiento de tutela se ha expresado que “la política criminal de un Estado de Derecho como el costarricense debería tomar en cuenta estas situaciones de índole político y social. Debería de ser consciente de que hay una serie de normativas que están en abierta contradicción con el espíritu de nuestra última Constitución liberal, y que es momento de empezar a reconducir los ámbitos de protección penal a los bienes jurídicos más importantes para las legislaciones futuras, en una palabra, reconducir los esfuerzos punitivos del Estado a la protección de la vida de relación, garantizando una oportunidad de vida para las generaciones futuras”⁷⁰⁹.

Bajo el orden del esquema anterior debe reconocerse que dentro de los sistemas de control social, el derecho penal viene a ser parte integrante de él, persiguiendo los mismos fines de búsqueda de orden social, como los otros integrantes, sirviéndose de instrumentos como normas de sanción y de proceso. Sin embargo, no podemos pesar que el derecho penal debe de atribuirse la mayor carga en este proceso; es por eso que su utilización debe ser la “*última ratio*”, protegiendo únicamente bienes jurídicos relevantes, de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente, incluyendo como base los derechos fundamentales que predica la Constitución, y siguiendo un Sistema Penal Garantistas⁷¹⁰.

La visión del bien jurídico en la perspectiva constitucional, sin perder de vista la función de limitación del poder penal, ha presentado una evolución de la

⁷⁰⁹ *Ibíd.*

⁷¹⁰ En este sentido se pronuncia Díez RIPOLLÉS al indicar que: “el auge actual del Derecho penal garantista quizás sea explicable, no tanto por tratarse de un modelo de intervención penal que asume planteamientos eclécticos sobre la legitimación del Derecho penal, con el efecto aunador de voluntades que tales posturas suelen suscitar, cuanto porque se muestra escéptico respecto a las posibilidades del Derecho penal como instrumento de control social. Esta actitud es la que permite entender la autolimitación tan característica del garantismo, expresiva menos de las interrelaciones recíprocas entre las diversas fuentes de legitimación que del deseo de no agotar las potencialidades de cada una de ellas”⁷¹⁰

defensa de los bienes jurídicos individuales hacia aquellos que presentan un enfoque colectivo, aunque siempre en el orden de la tutela de bienes referidos a la utilidad del ser humano; el Estado de Derecho en su sentido liberal, ha pasado a un Estado con sentido social con todos los desafíos que se presentan en la modernidad y las necesidades de una tutela diferenciada en este nuevo orden, en el cual la visión del Estado liberal da paso a un enfoque de Estado de Derecho Constitucional y social⁷¹¹; con lo cual, se pretende que la visión clásica individualista del ser humano sea superada por la prevalencia de la justicia social, y de los derechos de ese orden que se dimanan en las nuevas sociedades⁷¹².

VI. BIEN JURÍDICO Y PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN

25. Como se extrae de lo indicado hasta aquí incluye que el derecho penal este dirigido también por el principio de mínima intervención, basado en un cierto reconocimiento de “deslegitimación” del mismo como controlador del orden social⁷¹³. La justificante del Estado para intervenir con el derecho penal para

⁷¹¹ Así sobre este Estado Social se ha dicho: “[...] no solo tiene a su cargo las funciones que podemos denominar clásicas, cuya relación, por otra parte está sometida a un proceso de diversificación, sino que asume las de procura existencial, es decir, la satisfacción de las necesidades de la existencia que ni el individuo ni los grupos pueden asegurar por sí mismos, y la de la estabilidad y desarrollo de la sociedad industrial y post-industrial, incapaz de auto regulación. Bajo este supuesto, sus funciones se han extendido a la dirección y regulación de la economía nacional, al apoyo logístico del crecimiento económico, a la intervención estructural y coyuntural en la producción y en el mercado, etc.; la generación y gestión de prestaciones sociales; a la promoción de la investigación y desarrollo, a la amplia y diversificada difusión de la cultura para todos los niveles de la sociedad, etc.; tareas cada una de las cuales encierra, a su vez, una amplia gama de complejidad” GARCÍA PELAYO Manuel “Las transformaciones del Estado contemporáneo. Obras completas. Tomo II. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. España. 1991 p 1723.

⁷¹² Sobre ello ver DÍAZ Elías “Estado de Derecho y sociedad democrática”. Editorial Taurus. Madrid. España. 1998 p 84.

⁷¹³ CHIRINO SÁNCHEZ, Eric Alfredo. Política Criminal, Criminalización, Descriminalización y Medios Sustitutivos a la Prisión. Op cit.

controlar la vida de las personas, es la protección de su convivencia en sociedad; sin embargo esta labor no puede llevarse a cabo únicamente por el ordenamiento penal, sino que este es ayudado por diferentes ramas del derecho, pues el ámbito penal es el que posee la protección de los bienes jurídicos que la sociedad ha destacado como los más relevantes, utilizando en la mayor medida la intervención coactiva de la administración.

Es por lo dicho anteriormente, que el derecho penal debe estar guiado por principios como el de mínima intervención, “ya que sus intervenciones en la esfera de los derechos de las personas son las más graves que permiten el Ordenamiento jurídico. El derecho penal sólo debe intervenir, por tanto, en aquellos casos de ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes y siempre que sean insuficientes las otras barreras protectoras que deparan el orden social y, las demás ramas del Ordenamiento jurídico. En la medida que estas barreras sean suficientes para cumplir esta función protectora, podrá prescindir del derecho penal.”⁷¹⁴

26. En la jurisprudencia del Derecho comparado es importante el reconocimiento que se ha otorgado al Principio de Mínima Intervención, así como al de racionalidad como entes de un derecho penal garantistas y de un sistema democrático en tal sentido se ha dicho, por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica: “De indudable punto de partida para esta labor de interpretación lo son los principios de intervención mínima y racionalidad que se predicán en el derecho penal en todo Estado de Derecho, estrechamente relacionados con el conjunto de valores, objetivos y aspiraciones de la sociedad, plasmadas, a nivel general en la Constitución Política, como fuente principal, tanto de los bienes jurídicos merecedores de tutela –materia en la que se entienden integrados además los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales -, como de aquellos objetivos que se predicán de la organización social y que deben inspirar el ejercicio del poder y el desarrollo de

⁷¹⁴ JESCHECK, Hans Henrich “Tratado de Derecho Penal”. Tomo I. Op cit pp 11 a 12.

las competencias a cada uno de ellos asignadas, teniendo como norte el principio de libertad y democracia consagrado en el artículo 1 de nuestra Carta Magna.⁷¹⁵.

27. En este mismo sentido, la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica ha sido clara al indicar que los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal cumplen una doble función garantistas: “Para el individuo el bien jurídico implica por un lado, el derecho a disponer libremente de los objetos penalmente tutelados y, por otro, una garantía cognoscitiva, esto es, que tanto el sujeto en particular como la sociedad en su conjunto han de saber qué es lo que se protege y el porqué de la protección. Para el Estado implica un límite claro al ejercicio el poder, ya que el bien jurídico en su función garantizadora le impide, con fundamento en los artículos 39 y 28 constitucionales, la producción de tipos penales sin bien jurídico protegido y, en su función teleológica, le da sentido a la prohibición contenida en el tipo y la limita. Estas dos funciones son fundamentales para que el derecho penal se mantenga dentro de los límites de racionalidad de los actos de gobierno, impuestos por el principio republicano-democrático. Sólo así se puede impedir una legislación penal arbitraria por parte del Estado.”⁷¹⁶

VII. BIEN JURÍDICO Y POLÍTICA CRIMINAL

28. La relación entre política criminal y derecho penal ha distado de ser pacífica, sin llegar a desconocer la importancia que la política criminal ha tenido en la evolución de las ideas penales.⁷¹⁷. Por mucho tiempo se reconoció una

⁷¹⁵ Sala Tercera, voto 219-F-98, de las nueve horas cincuenta y cinco minutos del 6 de marzo de 1998.

⁷¹⁶ Sala Constitucional, voto 6410-96, de las 15:12hrs. del 26 de noviembre de 1996.

⁷¹⁷ La forma de definir el delito y de reaccionar por parte del poder estatal, alude ya a un diseño consciente, implícito o explícito en el esquema penal, desde el Estado Liberal, con una política de protección del mismo y bienes jurídicos fundamentales considerados como derecho individuales; se pasó del Estado intervencionista (positivista) que tenía como discurso político criminal la defensa del orden social dando origen al peligrosismo. En el Estado del bienestar, el objetivo político criminal es la obtención del consenso

línea claramente divisoria entre política criminal y dogmática penal, y aunque se admitían ciertas vinculaciones entre ambas disciplinas, se reconocía una separación clara en cuanto a la elaboración de sus concepto; la relación se mantuvo en el ámbito externo, bajo el paradigma que la política criminal encontraba sus límites infranqueables en el derecho penal y su marco de garantías.

Sin embargo, esa separación entre la esfera de lo político criminal y el derecho penal, cada vez más se ha ido desdibujando, para establecer una relación de íntima conexión entre ambas disciplinas que se señala como

mediante un sistema de clave valorativa, la política criminal en ese periodo estaría dirigido a la recuperación del desviado para insertarlo posteriormente al tejido social, la línea es la de la prevención especial. Con el Estado del bienestar y esclarecidas las desigualdades sociales también es opción la bipartición del delito buscando la protección no sólo de bienes jurídicos individuales, sino de los colectivos. Al surgir el Estado autoritario, la política criminal es puesto a la orden del régimen como una política de estricta defensa de los intereses del Estado y de persecución para todos aquellas no acomodables a sus fines. Es una regresión al Estado absolutista. La nueva opción significa abrazar un modelo de estado Constitucional, Democrático y Social de Derecho; es decir un Estado de garantías, en la cual las opciones político criminales deben respetar este marco irreductible. Para una idea más esclarecedora ver: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. "Lecciones de Derecho Penal". Volumen I. Editorial Trotta. Madrid. España. 1997 p 30; actualmente se debaten grandes líneas político criminales, una anclada en las ideas básicas del garantismo iluminista denominada "principialismo" y otra con un claro matiz sociológico, anclado en el funcionalismo y que se denomina "consecuencialismo"; ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús María en "Política Criminal en la Dogmática, Algunas Cuestiones sobre su Contenido y Límites. En: "Política Criminal Y Nuevo Derecho Penal". Libro Homenaje a Claus Roxin. José María Bosch. Editor. Barcelona, España. 1997 pp 20 a 21. Pero además las últimas tendencias sobre las direcciones de la política criminal apuntan a los ejes del poder globalizante, como una nueva forma del orden mundial, fundamentado en la ideología del pensamiento único que predica la primacía del orden económico, sobre el orden político, con ello las perspectivas de una política criminal globalizada y expansiva no parecen ya lejanas. Sobre el poder globalizante y la línea de pensamiento único o fundamentalismo del mercado ver: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Globalización y las actuales orientaciones de la Política Criminal. En "Nueva Doctrina Penal". Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1999 pp III a XXIV; además BUSTOS RAMÍREZ, Juan. HORMAZÁBAL, MALARÉE, Hernán. "Lecciones de Derecho Penal" Op cit pp 20 a 22.

necesaria⁷¹⁸, indicadora que la construcción del derecho penal y de la teoría del delito debe formularse desde una visión de la política criminal.⁷¹⁹

Se destaca como uno de los pioneros de esta nueva línea de pensamiento en el sistema penal, a CLAUS ROXIN, quien entiende que la política criminal y la dogmática jurídico penal resultan ser disciplinas estrechamente vinculadas, señalando que una visión moderna de la dogmática penal es rediseñada en su parte nuclear (la teoría del delito) a las exigencias y formulaciones de la política criminal.⁷²⁰

29. Antes de precisar algunas consideraciones sobre las tendencias actuales de la política criminal, y su relación con la teoría del delito, es oportuno hacer una precisión conceptual sobre lo que se denomina política criminal. Desde un sector de la doctrina la política criminal se ha definido como *“Aquel aspecto de control penal que tiene relación con el poder del Estado para caracterizar un conflicto social como crimen”*,⁷²¹ más modernamente la política criminal se entiende como gestión del crimen o del delito, entendido como un conflicto social.

También se ha reconocido que los modelos Político-Criminales pueden adoptar diversas modalidades y orientaciones, sin embargo de entre todas ellas

⁷¹⁸ Así se dice “Por eso la decíamos que política criminal es ejercicio de poder, de un poder que se concreta en la criminalización de que se trate. Por eso no resulta admisible considerar como aspectos separados derecho penal y política criminal, ambos se integran de modo indisoluble en el sistema penal” *Ibíd* p. 29.

⁷¹⁹ Confrontar SILVA SÁNCHEZ, Jesús María “Política Criminal en la Dogmática, Algunas Cuestiones sobre su Contenido y Límites” *Op cit* p 17.

⁷²⁰ Los aportes de Roxin en este sentido pueden ser consultados de manera resumida en el laudatio de Santiago Mir Puig dedica Roxin en “Política Criminal y Nuevo Derecho Penal”. *Op cit* pp 31 a 32. Además el Programa de política criminal de Roxin puede estudiado a profundidad en ROXIN Claus “El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo” traducción de Juan Queralt en MIR PUIG Santiago y otros en “Política Criminal y Reforma del Derecho Penal”. Temis. Bogotá. Colombia. 1982 pp 5 a 27.

⁷²¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. “Lecciones de Derecho Penal” *Op cit* p 29.

es factible trazar dos grandes corrientes: en la primera se separa una política criminal dirigida –con más o menos acento– a la limitación del *ius puniendi* estatal y a su vez protectora de los derechos y garantías de las personas; en la segunda vertiente se inscribirán las tendencias político criminales que están dirigidas a potenciar la actividad represiva del Estado mediante el poder penal y que a su vez resulta limitadora de los derechos y garantías fundamentales.⁷²²

Como se anuncia las tendencias actuarles sobre la política criminal y dogmática penal, atienden a la consecuencia de que el sistema conceptual de la dogmática penal sea construido a partir de claves político-criminales. Sobre estas nuevas opciones, se indican dos corrientes fundamentales, una de ellas es situada bajo la denominación de la vía principialista, la cual se conecta en el derecho penal bajo el desarrollo del pensamiento ius naturalista-racionalista de la ilustración.⁷²³ Esta dirección si bien reconoce modernamente que el derecho penal puede tener una función instrumental, limita tal actividad desde la perspectiva de la política criminal al respeto de los principios fundamentales que informan la tradición iluminista, en otras palabras las decisiones político criminales, encontrarán un pensamiento limitativo en el reconocimiento de los derechos y garantías fundamentales positivadas a partir del orden constitucional. Diríamos que este modelo supone un sistema penal garantista y se condiciona recíprocamente con un modelo político criminal propio de un Estado Constitucional, en el cual las decisiones político criminales de cómo construir el derecho penal respetando las garantías fundamentales, acordadas por la constitución.⁷²⁴

⁷²² Una visión de una política criminal garantista puede verse *Ibíd* pp 32-34.

⁷²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Política Criminal en la Dogmática, Algunas Cuestiones sobre su Contenido y Límites” *Op cit* p 20.

⁷²⁴ Sobre el funcionamiento de un sistema penal –incluida dogmática penal y la política criminal– ver: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. “Lecciones de Derecho Penal” *Op cit* pp 32-33.

30. La otra dirección propuesta para la construcción de la dogmática penal desde la política criminal, está vinculada al funcionalismo, para esta corriente los valores que construirán el sistema penal surgen como derivaciones del sistema social, y se justifican por el aporte de la conservación del sistema, es decir, son funciones para permitir el desarrollo de la actividad social.⁷²⁵

En la construcción del modelo político criminal como redefinidor de la dogmática penal, principalismo y funcionalismo convergen en un solo punto, la necesidad de un orden que permita la coexistencia social. Sin embargo, hasta ahí llegan las coincidencias, el cómo lograr ese orden divide sustancialmente ambas líneas de pensamiento; sobre la base que se indica el funcionalismo, la instrumentalización del hombre para el alcance de esos fines, es decir, los fines del Estado privan sobre el de las personas, el individuo deja de ser el fin y el contenido esencial para el Estado, y por ello para la construcción del derecho penal, la finalidad suprema del funcionalismo está en la cohesión social y para ello el elemento esencial es la protección normativa.

Dentro de la corriente funcionalista, debe señalarse la particular visión de ROXIN, para este autor la postura de una reconstrucción de la dogmática jurídico penal a partir de opciones político criminales no debe significar una pura racionalidad instrumental tanto del derecho penal como de la política criminal, el sistema que se presupone admite claves valorativas para su construcción; claves que se vinculan la prevención eficaz del delito a límites extremos, que están dados por el reconocimiento del programa constitucional y sus principios; en otras palabras, ROXIN se aparta del monismo normativo propuesto por JAKOBS (elaboración estrictamente jurídico de los conceptos jurídico penales) aceptando que la construcción de los conceptos en la dogmática penal está limpiando desde afuera (ámbitos externos) cuya realidad reconocer como ontológica (del mundo del ser).⁷²⁶ Sólo para señalar como ejemplos, en la posición Roxiniana

⁷²⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María "Política Criminal en la Dogmática, Algunas Cuestiones sobre su Contenido y Límites" Op cit p 21.

⁷²⁶ *Ibíd* p 23.

resultan esenciales los límites que imponen principios como el de protección exclusiva de bienes jurídicos⁷²⁷, o el principio de culpabilidad⁷²⁸.

VIII. MERECIMIENTO DE TUTELA Y BIEN JURÍDICO

31. También en la perspectiva realística de la íntima vinculación que coexiste entre el derecho penal y la política criminal para la construcción de los conceptos jurídico penales, es importante el enfoque expuesto por HASSEMER desde la perspectiva de conducta merecedora de pena como objeto de la política criminal.

HASSEMER parte de la esencial formulación, si el marco del derecho penal –imbuido de la política criminal– es justificable, y si el mismo debe tener una visión restrictiva expansiva. Tal cuestionamiento debe ser respondido desde el ámbito del merecimiento de pena. Así se indica que *“el legislador sólo puede*

⁷²⁷ Así se indica “El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción precisamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto un concepto de bien jurídico vinculante político criminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la ley fundamental, de nuestro Estado de Derecho, basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado”. ROXIN, Claus “Derecho Penal, Parte General. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito” Op cit pp 55 a 56.

⁷²⁸ “No obstante, a pesar de la renuncia a toda retribución, un elemento decisivo de la teoría de la retribución que pasa a formar parte también de la teoría preventiva mixta: el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena. El defecto que le es propio a todas las teorías preventivas, cual es que su enfoque no entraña en sí las barreras del poder sancionador, necesarias en el Estado de Derecho se remedia óptimamente mediante una prohibición de rebasamiento de la culpabilidad. Según esto, la pena tampoco puede sobrepasar en su duración la medida de la culpabilidad, aunque intereses de tratamiento, de seguridad, o de intimidación revelan como deseable una definición más prolongada. La intervención coercitiva estatal se quiebra en un caso así ante el interés de la libertad del procesado, que debe someterse a las exigencias del Estado, pero no al arbitrio de éste, sino sólo en el marco de la culpabilidad del sujeto. El principio de culpabilidad tiene, pues una función liberal, absolutamente independiente de toda retribución y por ende de la libertad de los ciudadanos también debería conservarse en un Derecho Penal moderno.” *Ibíd* pp 99 a 100.

amenazar con una pena una conducta humana, si ésta es merecedora de pena".⁷²⁹

La opción político criminal del merecimiento de pena se señala que debe estar limitado por dos principios básicos el de utilidad y de justicia⁷³⁰. Ambos principios se entienden que deben desempeñar un rol limitativo uno al otro, pues se encuentran en una relación de fusión, y el desplazamiento de uno sobre el otro de forma desproporcionada generaliza intolerables consecuencias; así para ilustrarlo gráficamente se dice que un concepto de conducta criminal prevalentemente utilitario, resultaría eficaz, es decir, colmaría las expectativas de la utilidad, pero sería injusto y reprochable en un Estado de Derecho. En igual sentido, un concepto de conducta criminal como merecedora de pena, inclinado únicamente al criterio de justicia puede resultar justo pero inefectivo, no útil desde la perspectiva político criminal.⁷³¹

32. Criterio de Justicia. De los principios aludidos, es oportuno señalar cuál es el fundamento que autor citado les ha asignado: Respecto del criterio de justicia como determinador de la conducta merecedora de pena, se señala el de lesión o puesta en peligro de los bienes jurídico, en ese sentido las conductas sólo serán objeto de la amenaza penal cuando afecten bienes jurídicos fundamentales del individuo o de la colectividad.⁷³²

Del principio de justicia, se derivan según HASSEMER otros principios que tienen una función limitativa respecto de la determinación de la conducta

⁷²⁹ HASSEMER, Winfried. MUÑOZ CONDE, Francisco. "Introducción al Derecho Penal" Op cit p 65.

⁷³⁰ "El merecimiento de pena es desde un punto de vista político criminal un elemento central del concepto de conducta criminal y tiene un doble componente: un componente de justicia y otro puramente utilitario" Ibíd p 66.

⁷³¹ Ibíd p 68.

⁷³² Sobre este punto se señala "Un mandato o una prohibición jurídico penal sólo están justificados cuando protegen un interés humano o social que pueda ser calificado de bien jurídico penal. El concepto de bien jurídico actúa así como un concepto crítico sistemático". Ibíd 69.

merecedora de pena; los cuales son las siguientes: El principio de dañosidad social que indica que conducta merecedora de pena es aquella que afecta o pone en riesgo de afectación un bien jurídico; la dañosidad social se incardina en la afectación de valores de la comunidad y no de la afectación estrictamente subjetiva; El principio de derecho penal de hecho: por el cual las conductas merecedoras de pena se atienden a hechos producidos y no a caracterizaciones de autor o de remoto peligro; Principio de subsidiariedad: indica que las conductas merecedoras de pena, se constituyen por infracciones cuyo bien jurídico necesariamente tenga que ser tutelado por el derecho penal – merecimiento necesidad e idoneidad de probar– quedando excluidos aquellos intereses que pueden ser resguardados de manera menos lesiva por otras disciplinas del entorno jurídico; Principio de proporcionalidad y de adecuación de la culpabilidad a la pena y medidas de seguridad; indica que la conducta merecedora de pan debe cumplir con juicio ponderativo de la sanción, es decir, ésta en el equilibrio de los bienes en conflicto, no debe resultar desproporcionada; El principio de “*indubio pro libertatis*”; el cual descansa en el axioma que en caso de dudas sobre si la conducta es merecedora de pena debe optarse por la impunidad o la descriminalización; El principio de tolerancia y respeto a la dignidad humana; en el sentido que el ejercicio del poder penal mediante la definición de conductas merecedoras de pena, debe respetar la intimidad y dignidad humana, no introyectandose a planos morales, reservados únicamente a la conciencia del individuo; El principio de certeza de los tipos penales y la interdicción de la retroactividad.⁷³³

33. Criterio de Utilidad El criterio de utilidad, es el complemento necesario del criterio de justicia para elaborar un correcto equilibrio de la opción de qué conductas son merecedoras de pena, el mismo es insuficiente y debe ser completado por criterios utilitarios, pues las decisiones político criminales deben ser constatadas en cuanto a sus eficiencias.

⁷³³ Sobre los principios enumerados y sus alcances de manera más detallada: Ibíd pp 71 a 72.

La utilidad del merecimiento de pena, puede en primer término medirse en cuanto a sus consecuencias, es decir, si a partir de la decisión político criminal sobre criminalizar una conducta, bajo criterio de merecimiento esta regulación penal, producirá respecto del bien jurídico más consecuencias negativas que positivas. Punto de partida es la idoneidad del objeto para ser producido por el derecho penal. Por ejemplo en el caso de los deberes de corrección debe medirse el costo de extender el ámbito de imputación en cuanto a la afectación de la misma relación familiar.

Empero, se señala que el eje problemático no reside tanto en las consecuencias negativas que se ocasionarían, sino en los límites de su concreción; ello porque la misma determinación de merecimiento de pena, puede significar un obstáculo para alcanzar los fines de reservado o un costo demasiado elevado en cuando al sacrificio de otros bienes jurídicos que pueden resultar comprometidos en la búsqueda de la determinación de las conductas merecedoras de pena.⁷³⁴.

IX. PRINCIPIO DE LESIVIDAD

34. SIGNIFICACIÓN DEL PRINCIPIO

Desde la noción de garantía se reconoce al principio de ofensividad el ser un instrumento de suma utilidad para limitar correctamente el poder penal estatal, evitando que este devenga en ejercicio irrazonable de sus facultades de creación de las conminaciones penales, el *nullum crimen nulla poena sine iniuria* es una garantía que limita el *ius puniendi* del Estado, puesto que al derecho penal –aún

⁷³⁴ Como ejemplo se señalan el control penal que significaría la previsión de conductas relacionadas al contagio del SIDA, ya que al formalizarse el control, desaparecerían la cooperación del enfermo. También se cita la conveniencia o no sobre la punibilidad del embarazo, por lo peligroso que implica la clandestinidad Ibíd p 73.

con distintas matizaciones – se le reconoce como dirigido a la protección de bienes jurídicos⁷³⁵.

La necesidad de que el Derecho penal proteja bienes jurídicos se reconduce a garantizar que los moldes de los tipos penales como predeterminación del legislador, tengan en su contenido esencial, un referente de ofensa para los bienes jurídicos relevantes, en tal sentido la garantía se traduce en que además de la expresión del desvalor de la acción, en ella debe concurrir como mínimo, un riesgo creciente de ofensa para los bienes jurídicos que son objeto de tutela⁷³⁶.

Si nos remontamos a los orígenes del principio de lesividad encontraremos a la base de su fundamento un claro sentido liberal a la exigencia de que la intervención punitiva del Estado únicamente resulta admisible en cuanto las acciones u omisiones consideradas delictivas resulten dañinas para los intereses de terceras personas que son quienes resultan ofendidas⁷³⁷. Tal reconocimiento ofensivo para terceros, primero a la escala de derechos

⁷³⁵ Ver en tal sentido COBO DEL ROSAL Manuel, VIVES ANTÓN Tomás S. “Derecho Penal”. Parte General, 4^o edición. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1996 p 298. VELÁSQUEZ V. Fernando “Derecho Penal”. Parte General. Tercera Edición. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1997 p. 280; ROXIN Claus “Derecho Penal” Parte General... Op. cit. p. 55.

⁷³⁶ En esa línea de pensamiento ver COBO DEL ROSAL Manuel, VIVES ANTÓN Tomás S. “Derecho Penal”. Parte General” Op cit pp 289 a 291.

⁷³⁷ Como precursor de la necesidad de que las normas penales constitutivas de delito garanticen la lesión de derechos subjetivos se cita a Hommels para quien la administración de justicia debe proteger con exclusividad los derechos subjetivos de los ciudadanos de los embates del crimen; en tal sentido se informa que dicho autor opinaba que en en la esfera del derecho penal “pecados, delitos y acciones irrespetuosas deben separarse unos de otros”. HOMMELS “Philosophische Gedanken über das Kriminalrecht, 1784 § 20, 60, 85. Citado por FISCHL en “Der Einfluss der Aufklärungsphilosophie auf die Entwicklung des Strafrechts, 1913, ps. 88 y ss. Así citados por RUDOLPHI Hans Joachim “Los Diferentes Aspectos del Concepto de Bien Jurídico”. Traducción de Enrique Bacigalupo. Nueva Doctrina Penal. De Palma, Buenos Aires. Argentina. 1975 p 333.

subjetivos⁷³⁸ y luego connotado a la categoría de bienes jurídicos⁷³⁹ fue desde aquellos períodos un importante paso –que creemos mantiene su vigencia– para el proceso de secularización del derecho penal, lo cual permitió deslindar las reacciones punitivas –como conminaciones y penas – propias de la esfera del derecho penal, de los ámbitos de la moral y la religión, cuyas exigencias deben estar reservadas a sus respectivas esferas sin que puedan asociarse al ámbito penal⁷⁴⁰. Pero este deslinde entre zonas del derecho penal y la moral, sigue

⁷³⁸ La visión de que el derecho penal, sólo se legitimaba en cuanto lesionara derechos subjetivos, encuentra un decisivo apoyo en la tesis de Feuerbach, quien se funda en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1879 que vinculaba la tipificación delictiva a las acciones perjudiciales para la sociedad. Para Feuerbach el delito significara como crimen la lesión de derechos de terceros y esta reducción de la esfera de lo penal se explica en virtud de las ideas del contractualismo que yacen a la base del pensamiento del insigne maestro alemán y que transpiran un alto contenido liberal del concepto de libertad, en tal sentido la restricción de tal esfera solo es admisible si las conductas criminales están dotadas de dañosidad social, apartando de la punibilidad penal en cuanto crimen las acciones u omisiones, ofensivas del orden moral, religioso o del estrictamente personal, aunque admitía como crimen las conductas aptas para lesionar derechos subjetivos del Estado. En suma para Feuerbach donde no hay lesión de Derechos subjetivos de terceros o del Estado –como persona moral– no puede haber conminación penal destacada como crimen, pues el delito tiene como sustrato la protección de los derechos subjetivos personales o estatales. Ver en tal sentido FEUERBACH Paul Joham Anselm Ritter von “Tratado de Derecho Penal”. Común vigente en Alemania... Op. cit. ps. 64 ss.

⁷³⁹ El aporte del concepto de bien jurídico se signa a J.M.F. Birnbaum ubicando su concepción en el período de la restauración, para el precitado autor las acciones u omisiones consideradas delictivas, no lesionan derechos subjetivos –por el contrario a la tesis de Feuerbach– sino que afectan bienes jurídicos los cuales le son concedidos al hombre, ora por el orden natural ora por la organización social, y en tal sentido les otorga un carácter pre-jurídico. En suma para Birnbaum el delito más que ofender derechos subjetivos ofende bienes jurídicos según lo afirma tal autor al ejemplarizar “Supongamos que perdemos algo o que somos despojados de una cosa que para nosotros es un bien al cual tenemos jurídicamente derecho, éste será el objeto de nuestro derecho y si nos es sustraído o se ve disminuido, nuestro derecho no se verá disminuido ni sustraído”. BIRNBAUM J.M.F. “Über das Erfordernis eines Rechtsverietzung zum Bergriffe des Verbrechens mit bensonderer Rûcksitch auf den Bergriff der Ehrenkrânkung” en Archiv des Criminalrechts. Nueva edición T. 15 ps. 149 y ss. Así citado por HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán “Bien Jurídico” Op cit p. 27.

⁷⁴⁰ En cuanto al orden moral ciertamente la virtud de la conducta radica en que su asunción –para que sea válida– debe hacerse sin atisbo de coerciones externas de ahí su incompatibilidad con el derecho penal y su necesaria delimitación, pues ya de antiguo se ha señalado que: “virtutum omniun pretium in ipsis est non enim exercentur ad premiun. Recte facti fecisse merces est” o “El valor de toda virtud radica en ella misma ya que no se practica en el orden al premio. La recompensa de la acción virtuosa

siendo tan actual como en aquella época, dado que el derecho penal de la actualidad se pretende justificar mediante fundamentos básicamente eticista, sustancialistas y decisionistas, aspectos mediante los cuales se pretende reducir en extremo el principio de ofensividad de los bienes jurídico-penales⁷⁴¹.

35. La determinación del principio de lesividad del bien jurídico, es otra limitación a la potestad del *ius puniendi* estatal, dicho brocardo, también es conocido como principio de objetividad o lesividad material, y es un enunciado del derecho penal nuclear⁷⁴² que tiene su raigambre más clásico, en la separación que debe mediar entre derecho penal y moral, expresándose bajo el apotegma latino *Nullum crimen nulla poena sine inuria*, a partir del cual, se reconocen por lo menos dos garantías fundamentales:

En cuanto a la primera de ellas, está sustentada en la exigencia que, la construcción de conductas delictivas, es legítima siempre que el tipo penal, este

es haberla realizado”. SENECA en Epístolas Morales a Lucilio. Epístola LXXXI Volumen II. Traducción al Castellano de Ismael Roca Melia. Editorial Gredos. Madrid. España. 1989 p 24.

⁷⁴¹ Los fundamentos eticista son aquellos que están referidos o bien estructurar el delito sobre la base de la desvalorización ética de los comportamientos de manera absoluta o al menos preponderante, importa en estos casos más que el daño causado o el peligro corrido para los bienes jurídicos, el hecho de que se contradiga la norma como manifestación de poder del Estado, la afectación a esta concepción regia de la ley y su deber de obediencia es lo que presupone el fundamento de tutela, que se resume a que la norma no debe ser desobedecida. Derivado de esta concepción ética es que se fomenta el sustancialismo modelo por el cual al ser preponderante para la infracción la violación normativa, no se requiere ya la comprobación de que la conducta ha causado en verdad un daño o peligro efectivo como realidades fácticas. Se asocia a lo anterior los modelos decisionistas por los cuales las afirmaciones asertivas de los jueces respecto de los hechos que juzgan tienen un alto contenido valorativo que importa una decisión ampliamente subjetiva –sin referentes empíricos demostrables– con extensa discrecionalidad. Ver FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón” Teoría... Op cit p 100.

⁷⁴² NESTLER Cornelius “El principio de Protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes”. Traducción de Guillermo Benlloch Petit en “La Insostenible Situación del Derecho Penal”. Editorial Comares. Granada. España. 1999 p 64.

sustentado sobre la tutela de bienes jurídicos relevantes para el derecho penal⁷⁴³ con lo cual se indica, que la tipificación de conductas, que no resguarden bienes jurídicos, afectan la dimensión del principio de lesividad, el cual está estrechamente vinculado, a los principios de fragmentariedad y subsidiariedad del derecho penal, que lo circunscriben a la última forma de intervención⁷⁴⁴.

De ahí que, no todos los bienes jurídicos deben ser protegido por el derecho penal, y aun cuando el interés jurídico de protección sea valioso, éste no puede ser tutelado de todas las formas de ataque, sino únicamente de aquellas que por su forma más intensa, representen ataques intolerables respecto de la protección de los bienes jurídicos, en suma un tipo penal, sin el sustrato del bien jurídico, es ilegítimo desde el orden constitucional, el derecho penal democrático debe respetar el principio de lesividad.

La restante dimensión del principio de lesividad, está orientada ya al aspecto de punición, y desde este ámbito, la mera infracción normativa no supone ya la concurrencia de un injusto penal, de ahí que, no es viable imponer penas o medidas de seguridad, cuando la conducta transgresora de una norma jurídico penal, ni siquiera ha puesto en riesgo al objeto de protección, es por ello que, el principio de lesividad no sólo se colma con el desvalor de acción, sino que se requiere también la concurrencia del desvalor de resultado por lo menos en grado de peligro.

Es por ello que, en un derecho penal democrático, la mera infidelidad normativa no puede ser el fundamento de la punición, aunque ello signifique un desvalor ético de la conducta, éste –ciertamente– es importante, pero esta

⁷⁴³ CADAVID QUINTERO Alfonso “Introducción a la Teoría del Delito”. Especial consideración a los fundamentos de los delitos imprudentes. Dike. Medellín. Colombia 1998 p 42.

⁷⁴⁴ KAYBER Marijon “Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del derecho penal Competencias penales en la cuestión del aborto”. Traducción de Ramón Ragués I. Vallés en “La Insostenible Situación del Derecho Penal”. Editorial Comares. Granada. España. 1999 p 150.

complementado por la vigencia de lesividad de los bienes jurídicos; claro ejemplo de ello, es la no punibilidad del denominado delito imposible.

En tal sentido la exigencia de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, está vinculada a la noción de antijuridicidad material, que implica que el hecho es antijurídico no sólo porque sea contrario a un precepto penal, sino porque además también lo pone en peligro, si ni siquiera existe ese riesgo, no concurre un ilícito jurídico penal. De ahí que, el derecho penal orientado democráticamente tienda a la protección de bienes jurídicos y no a la tutela de funciones⁷⁴⁵ y que como se ha puesto de manifiesto la centralidad del bien jurídico y del principio de lesividad es fundamental para sostener una sistemática del derecho penal dentro de los cánones de un verdadero –y material– Estado constitucional de Derecho⁷⁴⁶.

X. RANGO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

36. El fundamento Constitucional del principio de lesividad, es posible desentrañarlo a partir del artículo 2 de la Constitución que garantiza protección

⁷⁴⁵ Señalando esos aspectos MOCCIA Sergio “De la tutela de bienes a la tutela de funciones”. Entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. Traducción de Ramón Ragués I. Vallés en “Política Criminal y Nuevo Derecho Penal”. Homenaje a Claus Roxin. J.M. Bosch Editor. Barcelona. España. 1997 pp 118 a 119.

⁷⁴⁶ En tal sentido –y con la pulcritud académica y humanismo que le caracteriza– Chirino ha dicho: “Este interés nuestro por el problema del bien jurídico tiene, además un doble punto de partida. Por una parte, sentimos la necesidad de hacer un aporte a la fundamentación dogmática del principio de lesividad, el cual, tiene, desde nuestro punto de vista, un importante papel en la discusión actual, y que forma parte de las tendencias legislativas en nuestro país. De otra parte hemos observado que la teoría del bien jurídico puede ser el núcleo álgido de una consideración democrática y republicana del problema penal, tanto desde la teoría de la legitimación del ius puniendi, de la teoría de la pena, y de la teoría de la antijuridicidad, de la culpabilidad, así como también como desde el punto de vista de la discusión sobre los problemas de los fines del derecho penal, al ser el bien jurídico el punto de encuentro, en el cual convergen, de siempre, los más disímiles enfoques sobre el quehacer punitivo del Estado”. CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo “Perspectivas para una Teoría del Bien Jurídico en el momento actual”. Op cit pp 36 a 37.

a determinados bienes vitales –vida, integridad física, integridad moral, libertad, seguridad, trabajo, propiedad y posesión, honor, intimidad personal y familiar– que no forma un catálogo cerrado, sino sólo enunciativo, el cual fue abordado en un primer momento por el tribunal constitucional de manera tutelar, sin vincularlo inicialmente al principio de lesividad, pero apuntando hacia esa garantía⁷⁴⁷; actualmente el principio de lesividad como principio con jerarquía constitucional se ha derivado del artículo 2 de la Constitución⁷⁴⁸.

⁷⁴⁷ Respecto de la visión de la Tutela de derechos fundamentales se ha dicho: “En relación con el inciso primero del art. 2 Cn. ya esta Sala manifestó en la Sentencia de 24-V-1999, dictada en el proceso de Amp. 40-98 lo siguiente: “Nuestra Constitución acertadamente, desde su artículo 2 establece –haciendo una referencia textual– una serie de derechos –individuales si se quiere– consagrados a favor de la persona, es decir, reconoce un catálogo de derechos abiertos y no cerrados como fundamentales para la existencia humana e integrante de la esfera jurídica de las personas. Ahora bien, para que tales derechos dejen de ser un simple reconocimiento abstracto y se reduzcan a lo más esencial y seguro, esto es, se aniden en zonas concretas, es también imperioso el reconocimiento a nivel supremo de un derecho que posibilite su realización efectiva y pronta. En virtud de ello nuestro constituyente dejó plasmado en el art. 2 inciso primero el derecho a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional de las categorías jurídicas subjetivas instauradas a favor de todo ciudadano, es decir, en términos globales, un derecho de protección en la conservación y defensa del catálogo de derechos descritos en el párrafo anterior. De ambas vertientes, lo que en esta decisión se analizará seguidamente es el derecho de protección jurisdiccional. Tal derecho interpreta esta Sala se ha instaurado con la simple pero esencial finalidad de darle vida a todas las categorías jurídicas subjetivas integrantes de la esfera jurídica del individuo, al poder válidamente reclamar frente a actos de particulares y estatales que atenten contra la conservación, mantenimiento, defensa y titularidad de tales categorías. Sala de lo Constitucional. IS 002497. 00 ac. 21-98.

⁷⁴⁸ Sobre tal derivación la Sala ha expresado: “Sobre el fundamento constitucional de dicho principio, es necesario tener en cuenta la jurisprudencia de este tribunal sustentada en Sentencia de 25-V-1999 pronunciada en proceso de Amp. 167-97 en el sentido que la Constitución salvadoreña desde su artículo 2 positiva un catálogo de derechos que son fundamentales para la existencia humana e integrantes de la esfera jurídica de las personas. Para que tales derechos dejen de ser un simple reconocimiento abstracto y se especifiquen en zonas concretas, es también imperioso el reconocimiento de un derecho que posibilite su realización efectiva y pronta. En virtud de ello, el constituyente dejó plasmado en el artículo 2 Inc. 1° Cn el derecho a la protección, lo cual se traduce en el establecimiento de acciones o mecanismos para evitar que los derechos constitucionales sean violados. Es decir, corresponde al Estado un deber de protección, con la finalidad de reducir al mínimo posible las conductas dañosas o que pongan en peligro tales bienes jurídicos. Sin embargo, tal afirmación no significa la imposibilidad de un sector del derecho penal cuantitativamente más amplio, tenga por objeto bienes jurídicos instrumentales, es decir bienes jurídicos que sirvan de

Pues bien, respecto de esos bienes vitales –y de otros– se erige una doble función de tutela, una respecto de los personas, en cuanto a las ofensas que hagan a dichos bienes jurídicos, mediante la conminación de normas penales, que elevan esos intereses a la categoría de bienes jurídico-penales; y otra respecto de las instituciones de poder del Estado, que también quedan obligadas, a respetar y preservar esos derechos⁷⁴⁹, lo cual se hace mediante la confección de normas penales, que no sean irrazonables ni excesivas, de ahí que las restricciones que se formulen como tipos penales, deben estar dirigidas también a la conservación y defensa de los derechos fundamentales, ahí donde haya exceso, se vulnera la garantía de lesividad por parte del Estado⁷⁵⁰.

instrumento o medio para salvaguardar los llamados fundamentales”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras p 156 a 157.

⁷⁴⁹ En lo relativo a la tutela de derechos respecto de la actividad del estado, desde una perspectiva internacional se ha expresado: Fundamento (25) No es el propósito de la Corte hacer un desarrollo teórico sobre la relación entre derechos y garantías. Basta señalar que debe entenderse por garantía en el sentido en que el término está utilizado por el artículo 27. 2. Las garantías sirven para proteger, asegurar, o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1) vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia. Fundamento (26) El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una triada, cada uno de cuyos componentes se define completa y adquiere sentido en función de los otros. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva. OC/87 del 30 de Enero de 1987. (SER. A) (1987).

⁷⁵⁰ Respecto de la ponderación entre tutela de bienes jurídicos y tutela de derechos fundamentales, en relación con el principio de defensa de bienes jurídicos desde la visión constitucional se ha considerado: “Del modo expuesto, el Derecho penal desarrolla su finalidad última a través de la tutela de los presupuestos imprescindibles para la existencia común, que se concreta en los bienes jurídicos. Dicho concepto condiciona al derecho a la protección, en cuanto esto haga posible la tutela de los derechos de los individuos, máxime en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, que adopta la dignidad libertad, e igualdad de la persona y los derechos que de tales valores se deriven, como fundamento de la convivencia nacional y fines hacia los cuales el Estado debe orientar su actuación, tal como lo dispone la Constitución, en el preámbulo, art. 1 inc. 1 y 2 inc. 1. Y es que, si las consecuencias jurídicas del delito – pena y responsabilidad patrimonial – afectan los bienes dotados de relevancia constitucionales, parece claro que su privación sólo se puede efectuar si la causa que

Si reconocemos que en el Estado Constitucional de Derecho debe de privar el principio de que no hay delito sin daño, estamos afirmando, que el hecho punible en cuanto construcción, sólo se legitima si hay una amenaza real o potencial efectiva, respecto del bien jurídico tutelado y en tal sentido a través del derecho penal sólo se pueden criminalizar y sancionar aquellas conductas cuyo objeto sea la protección de los bienes jurídicos fundamentales⁷⁵¹.

Ello significa que, en la escogitación de que bienes deben ser elevados a este rango de protección excepcional, debe mediar un aspecto de relevancia en el sentido que las acciones u omisiones catalogadas en el merecimiento de prohibición por el bien a injuriar deben tener una connotación social en cuanto valor y ello es plausible delimitarlo racionalmente si lo que se tutelan son esferas de derechos y libertades ajenas con carácter fundamental⁷⁵².

la determina es la defensa de un bien de al menos análoga significación constitucional". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 159.

⁷⁵¹ Sobre la vigencia de tal garantía aunque denominándolo "principio de objetividad jurídica del delito" se ha señalado que su acuñamiento es acorde a un Estado Constitucional de Derecho, puesto que el delito no se reduce a las meras desobediencias normativas o las infidelidades normativas respecto de la voluntad estatal expresada en los preceptos penales, tales fundamentos convienen a modelos políticos totalitarios. Por el contrario se ha indicado que la garantía de objetividad consiste en que el delito además de acuñar un desvalor ético, debe sustancialmente concretarse en una lesión efectiva o potencial de un bien jurídico. En lo pertinente se ha expresado: "La esencia del delito viene dada, en otros términos, por la lesión de un bien jurídico, es decir por la lesión de un bien de la vida social garantizado por la norma penal. Y la norma penal, por su parte, no es sólo un imperativo o mandato en cuya violación se substanciaría –según la concepción subjetivista– el delito, sino que es también una valoración, o sea, criterio para juzgar la conformidad objetiva de una acción humana con las exigencias de tutela de determinados bienes de la vida social. El mandato jurídico no puede caer en el vacío: debe tener una razón plausible, que se encuentra en el ser de la norma penal como garantía de las supremas exigencias relativas a la existencia, conservación y desarrollo de la vida social. Son estas exigencias las que vulnera el delito, de tal modo que antes que vulneración de una norma o de un deber el delito es lesión de un bien jurídico. BETTIOL Giuseppe "Instituciones de Derecho Penal y Procesal". Traducción de Faustino Gutiérrez–Alvís y Conradi. Editorial Bosch. Barcelona. España. 1977 pp 105 a 106.

⁷⁵² En tal sentido confrontar CADAVID QUINTERO Alfonso "Bases metodológicas para la elaboración conceptual del delito imprudente". Universidad de Salamanca. Salamanca. España. 1996 pp 82 y ss.

37. El reconocimiento del principio de lesividad de los bienes jurídicos en los sistemas penales, representa en la actualidad, la caracterización de un derecho penal que se construye esencialmente sobre parámetros democráticos en cuanto al ejercicio del poder y en este caso del poder penal⁷⁵³. De ahí que se sostenga como aspecto esencial y legitimador del poder; de acuerdo con lo anterior, en relación al delito, el bien jurídico presupone, en el ámbito del contenido material del ilícito, una afectación del bien jurídico objeto de tutela en la prescripción típica, dicha dañosidad, puede estar fundamentada ora en una lesión ora en una puesta en riesgo para el objeto de protección, de ahí que esa vulneración, constituye un aspecto sustancial del ilícito en cuanto a su configuración típica⁷⁵⁴; en atención a lo anterior no es posible considerar la estructuración de tipos penales, que a su base no tengan bienes jurídicos que puedan ser infringidos, es decir no se concibe la tipificación de un delito, sin un

⁷⁵³ Señalando la importancia del bien jurídico como principio material: “El punto de partida para la formulación de un contenido material en la definición de delito, ha de constituirlo la función que desempeña el derecho penal: positivar la vida en comunidad mediante la tutela de bienes jurídicos. Si se da por sentado este punto de partida, la determinación de un concepto constitucional de delito debe precisar los criterios por los que se llegue a establecer, en la concurrencia de un comportamiento la gravedad suficiente para que éste justificada su calificación como hecho delictivo. Uno de tales criterios consiste en la relevancia del bien jurídico protegido, es decir el factor determinante de la intervención del derecho penal es la importancia del bien jurídico tutelado y la relevancia del modo de ataque. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 159

⁷⁵⁴ Con respecto al principio de lesividad en relación al bien jurídico se expresó por el máximo tribunal en materia penal: “Asimismo esta Sala advierte que el cheque es un título valor que hace nacer derechos de cumplimiento de obligaciones para los acreedores, donde aparece siempre el riesgo de que los deudores no cumplan con la prestación debida. Sin embargo el Derecho Penal no puede forzar el cumplimiento de obligaciones, tampoco la ley penal no puede imponer costumbres o consolidar determinadas formas de negocio, ni mucho menos moralizar ni ser medio coercitivo para institucionalizar el chantaje. El derecho penal en la protección del orden socio-económico, como bien jurídico supraindividual, articula instrumentos como el principio de lesividad regulado en nuestro Código Penal en el Art. 3. De ahí que deba justificarse la intervención punitiva del Estado, sólo en aquellos casos donde se traspasa los límites de la libertad contractual y del poder de disposición, sustrayéndose dolosamente –Art. 4 CP– del cumplimiento de las obligaciones o vulnerando el derecho de crédito con prácticas –se reitera– que se infiera el conocimiento y voluntad de querer sustraer dentro de un contexto determinado, donde los remedios del derecho civil o mercantil ya no son suficientes (...) La interpretación del tipo penal naturalmente como norma jurídica se dinamiza con la realidad, donde se desenvuelven las conductas humanas, factor determinante para establecer si una conducta está o no conforme con el tipo penal. Sentencia de la Sala de lo Penal, de las nueve horas del día catorce de mayo de dos mil tres (128-01).

bien jurídico, de ahí la doble importancia del principio de lesividad por una parte exige a los ámbitos definitorios del poder penal, la creación del delito que a su base debe tener un bien jurídico; y no permite imputar como transgresión típica, aquella conducta que ni siquiera ha puesto en peligro un bien jurídico.

XI. FUNDAMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

38. La necesidad del principio de lesividad es imperante, ante los abusos reales que el poder penal puede ocasionar, al desarrollar sus políticas de intervención, respecto de los conflictos sociales que se desarrollan en el tejido social, de ahí que, mediante el principio también denominado de objetividad se pretende encauzar el poder penal, hacia la solución exclusiva de la conflictividad social que genere unas consecuencias de dañosidad también social, con lo cual, se tiende a neutralizar las distorsiones de la política penal, para hacerla derivar en aspectos meramente moralizantes⁷⁵⁵ o instrumentales respecto de otro tipo de políticas públicas⁷⁵⁶, que pretendan impulsarse pero que no están asociadas

⁷⁵⁵ Uno de los aspectos más fundamentales del pensamiento ilustrado fue trazar una clara separación entre moral, religión y derecho penal, clara manifestación de ello es lo que se prescribe en el artículo 5 de La Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que dice en su texto literal: “La loi n’a le droit de défendre que les actions nuisibles a las sociéteé. Tout ce qui n’est pas défendu par la loi ne peut être empêché et nul ne peut être contraint á faire ce qu’elle n’ordonne pas” o “La ley no tiene derecho de prohibir sino las acciones nocivas a la sociedad. Lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no ordena”. DORANTES TAMAYO Luis Alfonso “Filosofía del Derecho”. Segunda edición. Oxford University Press. México D. F. 2000 p 268. Inclusive en el proyecto de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la redacción de Thoret decía: “Los delitos que no perjudiquen más que al culpable y no perturben directamente el orden de la sociedad no deben ser objeto de las Leyes penales”. Así FAURE Cristine (editora) “Las Declaraciones de los Derechos del Hombre de 1789. Fondo de Cultura Económico. México D.F. 1996 p 222

⁷⁵⁶ Respecto de la prohibición de penalización de conductas meramente inmorales y la afectación al principio de lesividad, se dijo: “El mandato que para el Estado deriva del art. 2 inc. 1 Cn exige su intervención para que los derechos materiales del individuo sean reales y efectivos; si proyectamos dicho precepto sobre el derecho penal, se concluye que el Estado está obligado a evitar la comisión de delitos, es decir la transgresión o puesta en peligro efectivo de bienes jurídicos fundamentales e instrumentales. En un primer término, es necesario acotar que la primera limitación de

a la defensa de bienes jurídicos, de ahí que si la moral *strictu sensu* no es parámetro de punibilidad, las conductas auto-referentes, por las cuales una persona se causa un perjuicio así mismo, sin dañar a terceros, no es objeto del derecho penal, por cuanto desde el principio de lesividad, no se ofenden bienes jurídicos de terceros, con la conducta realizada ⁷⁵⁷.

De ahí que, una primer rendimiento del principio de lesividad, es limitar las actividades del estado, en cuanto intervención punitiva en materia de derechos y libertades fundamentales, para alcanzar fines meramente instrumentales del ente estatal, con lo cual quedan proscritos los fines autónomos del estado para

la esfera de las prohibiciones penales, es que estas se refieran sólo a las acciones reprobables por sus efectos lesivos para terceros. La ley penal tiene el deber de prevenir los costes individuales o sociales representados por esos efectos lesivos y sólo ellos pueden justificar el coste de las penas y prohibiciones. El principio de lesividad veta, a su vez, la prohibición y penalización de comportamientos meramente inmorales o estado de ánimo o, incluso apariencias peligrosas. Y establece en general la tolerancia jurídico-legislativa de toda actitud o comportamiento no lesivo para terceros. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 159 a 160.

⁷⁵⁷ En lo relacionado al principio de lesividad con relación a las conductas auto-referentes, se ha expresado : “El no rebasar las cantidades que por su natural insignificancia no sean calificadas como presumiblemente comerciables, esta conducta no tiene importancia desde la perspectiva penal, es decir, es atípica para los efectos del derecho penal; la connotación moral o de otra índole, que puede predicarse de estas conductas son ajenas al derecho penal, que –como sabemos– es un instrumento de ultima ratio y no sanciona inmoralidades per se, sino lesiones a bienes jurídicos, por ello es que el consumo de droga como conducta auto-referente, que puede causar perjuicio a quien se suministra la droga, es ajena al derecho penal, con lo que se indica que no este es el mecanismo idóneo para intervenir en estas acciones dañinas al propio sujeto, de sostenerse otra posición, el Estado estaría legitimado para penar: el suicidio, el fumar, las autolesiones, el comer en demasía, todas esas actividades también causan severos daños a la salud etcétera; con estos ejemplos bastantes radicales, ponemos en claro que los perjuicios que un mismo sujeto se cause por su propia decisión no son punibles en el ámbito del derecho penal y la protección de estos bienes no corresponde asumirla al derecho penal, sino a otras formas del control social. Con ello se quiere dejar en claro que este tipo de tenencias de drogas destinadas para el consumo, moralmente reprobables, lo son precisamente en esa dimensión moral o aún ética, y deben ser prevenidas en esos ámbitos por todos los medios razonables para ello, pero en esos ámbitos no puede concurrir el derecho penal, como mecanismo de sanción altamente coercitivo y violento, porque respecto de esa conducta del adicto o del que quiere consumir droga el derecho penal no puede actuar como instrumento estatal moralizador”. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. Sentencia definitiva del veintidós de noviembre de dos mil dos.

la utilización del poder punitivo, es por ello que, la alusión a finalidades de preservar el orden público, la seguridad pública, la paz social, la tranquilidad pública, no resultan legítimas si se hacen por fuera de la persona humana.

Al final los conflictos que se suscitan en el seno del tejido social, tienen la cualidad de ser conflictos personales, es decir representan en un más o en un menos, una afectación a un interés humano, ello significa que, los conflictos que se desarrollan en el orden social, se caracterizan por ser conflictos interpersonales, sin distinción a que se trata de dos personas, de un grupo de personas o de una colectividad de personas; en virtud de ello, y si el conflicto es una realidad preexistente al orden penal, el Estado sólo puede intervenir cuando el daño que se cause, tenga una relevancia tal, que genere una disfunción problemática entre los miembros de la comunidad.

XII. FUNDAMENTOS LIMITATIVOS DEL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

39. Los fundamentos de limitación que se derivan del principio de lesividad, están estrechamente vinculados con la creación de las conductas punibles, en cuanto a la forma en que se determina el merecimiento de una conducta para ser elevada a la categoría de bien jurídico-penal, mediante la estructuración de una zona de prohibición para los gobernados, la cual será configurativa del tipo penal, en tal sentido se han señalado como criterios rectores⁷⁵⁸: (a) Que la decisión de prohibir ciertas conductas bajo la articulación de un tipo penal, únicamente resulta justificado cuando, el ámbito de prohibición se encuentra dirigido a impedir ataques concretos mediante los cuales se puede injuriar o poner en riesgo bienes jurídicos esenciales; (b) que la elección de una conducta como relevante para la construcción del tipo penal, solo resulta legítima, si el valor del interés jurídico a ser protegido es de mayor entidad que el de los derechos fundamentales que serán objeto de restricción, de no ser así

⁷⁵⁸ En tal sentido HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco “Introducción a la Criminología y al Derecho Penal” Op cit pp 104 a 105.

el derecho penal no debe intervenir y la tutela debe ser dispensada por otra área del derecho de menor intensidad en las consecuencias que se provocan.

(c) Cuando se configura el tipo penal, el cual asociara a la prohibición la consecuencia de la sanción, debe colmarse no sólo el ámbito del merecimiento y necesidad de protección, sino que también es determinante que el bien jurídico en las consecuencias pueda ser idóneamente tutelado por el derecho penal, es decir que los efectos que provoque la protección penal, no sean más nocivos de los que se quiere evitar; (d) la creación de incriminaciones penales para la tutela de bienes jurídicos valiosos únicamente resulta justificada cuando tal ámbito de merecimiento es subsidiaria a otras políticas de estado que en su articulación pueden ser más efectivas en la protección de los bienes jurídicos;

(e) el criterio de selección de los bienes jurídicos en cuanto a la creación de normas penales no debe ser expansivo, ni reactivo, sino restrictivo, es decir debe servir para frenar el inflacionismo y la expansión del derecho penal, como fenómeno del derecho penal postmoderno, sólo un derecho penal, bien orientado a las consecuencias que objetivamente puede alcanzar, será un derecho penal eficaz, dentro del marco del Estado Constitucional.

XIII. LESIÓN DEL BIEN JURÍDICO, TIPO Y TIPICIDAD

40. Conviene aquí abordar otro aspecto que parece importante y es la relación que media entre el bien jurídico y la potestad en la creación del delito. Ciertamente existen formas de injuria para el objeto de protección, que resultan ser insignificantes, y sobre las cuales la sanción penal por todas las consecuencias que produce podría resultar no solo innecesaria sino que perjudicial en la relación de los bienes en conflicto.

De ahí que el criterio de antijuridicidad material en este aspecto sea importante, pero visto desde un prisma diferente, no en tanto a la lesión del bien jurídico como rector del tipo penal, sino en lo relativo al alcance de la lesión que

podría generarse dentro del ámbito de protección de la norma penal. Como aspecto fundamentador de lo anterior se invoca el criterio de tangibilidad o grado de lesión del bien jurídico, de tal manera que si no concurre una lesión tangible para un bien jurídico en el ámbito de protección normativo, no es posible estructurar la tipicidad de la conducta⁷⁵⁹.

Esta evaluación de lo tangible que puede ser la lesión para un bien jurídico, es una ponderación que es menester realizar *ex post* al análisis de la adecuación típica de la conducta, lo cual significa que una vez agotado el examen de la tipicidad en el ámbito objetivo y subjetivo, debe establecerse un juicio de antinormatividad suficiente, y ello significa el sí tangiblemente el bien jurídico ha sufrido lesión o si únicamente se trata de una infidelidad normativa, supuesto en el cual, no procedería entender típica, la conducta.

Lo anterior no tiene que representar un cisma en el ámbito del tipo penal, por cuanto no es inadecuado al ámbito de la norma, que en ella sea considerado el grado de vulneración que puede haber sufrido un bien jurídico, por cuanto norma y bien jurídico son aspectos relacionales desde la tipicidad, ello se demuestra por ejemplo en el hecho, de que, el objeto de protección de la norma penal, es el que incide decisivamente en su merecimiento para ser construida como tipo prohibitivo

De tal manera que un examen de la tipicidad de la conducta y del tipo penal, sin ninguna consideración a la relación que media entre norma de protección y objeto de protección de la norma, significaría no darle la verdadera connotación que corresponde al principio de protección de los bienes jurídicos ahora en clave valorativa constitucional, por cuanto –como ya se ha expresado– el principio de ofensividad no sólo significa la exigencia de que los delitos a su base contengan bienes jurídicos, sino que en la relación sintética entre conducta y tipo penal, el bien jurídico que subyace como aspecto tutelado en la

⁷⁵⁹ Ver HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco “Introducción a la Criminología y al Derecho Penal...” Op cit p 105.

prescripción sea al menos puesto en riesgo, sino concurre ni siquiera la posibilidad de la puesta en peligro, la respuesta de la tipicidad es desproporcionada y por ende ya en este sede debería ser excluida la conducta como no típica en atención a que la misma, en la concreta relación que medio no represento una afectación tangible para el objeto de protección de la norma penal.

Y es que para decirlo más claramente la potestad del legiferante en lo relativo a la creación del delito, no sólo significa la creación del tipo penal, éste no “nace” en una relación de vacío, sino que el mismo importa, la necesidad de tutela de una determinada relación interpersonal, en la realidad social, que al ser sintetizada en una fórmula legal, adquiere la connotación de bien jurídico penal, de ahí que no sólo interese un análisis valorativo del tipo penal, sino también del ámbito de afectación que pudiera ocasionares al interés de tutela de la norma penal.

XIV. BIEN JURÍDICO Y LESIÓN

41. Examinado lo anterior, conviene ahora puntualizar algunas disquisiciones, sobre el valor del resultado respecto del principio de lesividad⁷⁶⁰, en lo referente a este aspecto de lesividad y lesión, en relación a la exigencia de la adecuación típica, es importante el rol que se le otorga al resultado, como cuestión verificable y refutable, ciertamente, en la elaboración de la tipología penal, se acuña como elemento integrante el resultado, y ello es así, en la mayoría de tipos penales, sea dolosos o culposos de acción o de omisión, inclusive su importancia se traslada al ámbito de la determinación de la punibilidad, en la configuración de la tentativa como un hecho disvalioso no sólo

⁷⁶⁰ Sobre ello ampliamente LAURENZO COPELLO Patricia “El Resultado en el Derecho Penal”. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1992 pp 63 a 87

por el disvalor de acto, sino porque éste ha sido capaz de poner en peligro al bien jurídico.

De ahí que, la comprensión del resultado en el ámbito de la dogmática penal, representa la limitación de que la conducta no puede ser punible, a menos que haya representado un peligro para el objeto de protección que tutela la norma penal, éste aspecto, es completamente verificable en la relación de comprobación que se dará en el proceso cognoscitivo y por lo tanto sujeto a demostración y refutación, es decir al empleo de *modus ponens* y *modus tollens*⁷⁶¹.

42. Aspectos esenciales para la determinación del resultado compatibles con el principio de lesividad de los bienes jurídicos pueden ser los siguientes: a) debe considerarse que el resultado dentro de la estructura típica, es un elemento distinto y diferenciado a la conducta; b) debe entenderse que el resultado, necesariamente debe tener una vinculación con el objeto de protección que resguarda la norma penal, si media esta relación entre objeto de protección y resultado, el mismo es valorable dentro del ámbito de esa relación, cuestión que inicia en el examen de lo típico; c) debe entenderse que el resultado está vinculado por un nexo causal naturalístico o normativo respecto de la conducta⁷⁶²; d) debe estimarse que la relación del resultado no puede consistir una consecuencia intangible, porque ello propiamente hace disfuncional la relación de verificabilidad y refutabilidad que ya habíamos anticipado, en tal sentido el resultado en el ámbito típico, debe estar construido sobre parámetros de tangibilidad.

⁷⁶¹ Sobre el contenido de la demostración y la refutación en el proceso penal, conectado al derecho penal material, ver FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón" Teoría... Op Cit pp 610 a 611.

⁷⁶² Debe entenderse que las cuestiones normativas vinculadas a la imputación son admisibles si y solo si, son utilizados como criterios restrictivos en el ámbito de la imputación del resultado a la conducta.

XV. BIEN JURÍDICO Y SIMBOLISMO PENAL

43. Esta consideración es harto necesaria en la visión actual que pueda sustentarse de un derecho penal postmoderno, por cuanto pareciera que la misión del derecho penal ya no está sustentada con exclusividad en la tutela del ser humano y de sus derechos fundamentales, sino que lo que se pretende tutelar son una especie de funciones que garanticen el normal desarrollo del sistema social, en el cual únicamente, se protegen relaciones de fidelidad y de consenso para una buen marcha del sistema, de ahí que, precisamente la nueva misión asignada al derecho penal, sea la de regular los riesgos abstractísimos de las sociedades de la postmodernidad, y generar un intenso control social, sobre aquellas personas que por ser disfuncionales –es decir no funcionales– representan en sí mismas un factor de riesgo⁷⁶³.

Un derecho penal orientado a esas consecuencias, es un derecho penal que rebasa el grado de simbolismo, que podría estimarse racional para toda norma jurídica-penal⁷⁶⁴; y precisamente ahí radica la esencia del problema, por cuanto el abuso del simbolismo penal terminará deslegitimando al mismo derecho penal; lo anterior puede ser fácilmente constatado cuando se mide la eficacia del derecho penal, en relación a los ámbitos de seguridad ciudadana, que actualmente se padecen en las sociedad contemporáneas; en ellas, la eficacia normativa, parece ser sólo una quimera, en cuanto a los efectos de la reducción de la criminalidad, mediante leyes endurecidas, que son más bien “frugales” en cuanto a esos resultados.

Y es que en el actual estado de cosas, se deposita por la ciudadanía – muy poco y no muy bien informada– una fe mesiánica en el derecho penal, para

⁷⁶³ Sobre ese aspecto MENDOZA BUERGO Blanca “El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo”. Civitas. Madrid. España. 2001 p 155.

⁷⁶⁴ Sobre los aspectos simbólicos de las normas penales y los contornos de su legitimidad ver HASSEMER Winfried “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Traducción de Elena Laurrari en “Pena y Estado”. AA. VV. Editorial Jurídica Conosur. Santiago de Chile. 1995 p 30.

la solución de los múltiples problemas que se generan en la actualidad, y precisamente esas expectativas, son las que permiten que el orden político, le apueste al derecho penal como un instrumento alquímico, para resolver el problema de seguridad ciudadana frente al conflicto y frente al delito. Sin embargo, el resultado de tal gestión de la conflictividad social, sólo puede arrojar un mismo resultado compatible al de su origen, el cual es también –y no puede ser de otra manera– simbólico.

XVI. PRINCIPIO DE LESIVIDAD EN LA CONFIGURACIÓN DEL MERECIMIENTO

44. Corresponde ahora examinar, la cuestión relativa a la vigencia del principio de lesividad en cuanto a la construcción del merecimiento de la conducta en abstracto. En atención a ello, debe ser menester reconocer, que dentro de la formulación de la política penal, el principio de lesividad es un límite real a la expansión del poder punitivo del Estado. Acuñado bajo el tradicional aforismo del *Nullum crimen nulla poena sine necessitas*⁷⁶⁵, el principio de lesividad, permite establecer una doble garantía que a continuación se detallará:

(a) el primer aspecto responde a la exigencia de que, la criminalización de las conductas delictivas en cuanto tipificaciones, sólo resultan legítimas, si la

⁷⁶⁵ Reconociendo el alcance de este principio se ha dicho: “De allí se derivan importantes consecuencias a título de limitación al poder punitivo del Estado: a) La primera viene determinada por el principio de necesidad o de economía de las prohibiciones penales, expresado en el axioma *nulla poena sine necessitate*, el cual sostiene que, si la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y dignidad de los ciudadanos, debe exigirse que se recurra a ella como remedio extremo. Es decir el derecho penal responde sólo al objetivo de tutelar a los ciudadanos y de minimizar la violencia, las únicas prohibiciones penales justificadas por su absoluta necesidad son, a su vez, las prohibiciones mínimas necesarias, esto es, las encaminadas a impedir comportamiento lesivos, que suponen una mayor afectación que las generadas por el derecho penal”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 160.

norma penal está dirigida a la tutela de un bien jurídico relevante⁷⁶⁶, es decir si la ofensividad descansa sobre la afectación de bienes individuales o sociales⁷⁶⁷.

Así, la construcciones típicas que no protejan bienes jurídicos, afectan el principio de lesividad, puesto que fincan la punición sobre conductas que sustancialmente no afecta un bien jurídico⁷⁶⁸; a ello se debe agregar, que la opción por la protección de los intereses vitales, se ve también informada –de manera relacional– por el principio de intervención mínima, que aquí también se manifiesta, en el sentido que aunque sea necesaria la tutela de un bien jurídico, este resguardo puede ser no necesariamente dispensado desde el entorno del derecho penal que ciertamente no es el más eficaz salvo que se quiera exaltar su contenido simbólico de una manera desproporcionada lo cual sería no sólo intolerable, sino que también violatorio del principio de lesividad y por ende de la Constitución de la República que lo garantiza.

(b) En cuanto al segundo aspecto, debe indicarse que esta manifestación del principio de lesividad, se circunscribe al principio de necesidad de tutela de los bienes jurídicos, ello significa no otra cosa que, cuando se va a recurrir a la

⁷⁶⁶ BUSTOS RAMÍREZ Juan “Control Social y Sistema Penal”. PPU. Barcelona. España. 1987 p 178.

⁷⁶⁷ Sobre esta extensión del principio se ha considerado que: “El principio de lesividad constituye el fundamento axiológico en la estructuración del delito, pues las prohibiciones legislativas, a cuya infracción se atribuye una pena, se justifica únicamente si se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social, entendiendo por ataque no sólo el daño causado, sino también el peligro que se ha corrido” . Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 160.

⁷⁶⁸ Debe señalarse en este aspecto, que hay una vocación bastante progresiva del legiferante, a conminar bajo la amenaza de la pena ya no la afectación de bienes jurídicos, sino de meras funciones, sobre las que se pretende tutelar intereses, que no están ligados a una concepción de bienes predicables respecto de la visión de la persona humana, se trata de objetivos genéricos ligados a necesidades políticas, económicas, sociales que buscan una “eficiencia” a costa de la libertad de los gobernados y de la intervención desmedida de sus derechos fundamentales, ello desnaturaliza la utilización del derecho penal convocándolo como un instrumento de primera ratio contraviniendo con ello el principio de intervención mínima. Ver en tal sentido sobre la tutela de funciones y no de bienes jurídicos. MOCCIA Sergio “De la Tutela de Bienes a la Tutela de Funciones...” Op cit pp 118 a 121.

tutela del derecho penal, no debe olvidarse que se trata del ámbito de protección de mayor incidencia restrictiva en los derechos y libertades de los gobernados, dicho de manera sencilla, que se recurre el medio más aflictivo y violento, por lo cual el mismo debe ser utilizado como instrumento de *extrema ratio*, de ahí que el derecho penal no puede ser exacerbado en sus contenidos simbólicos y únicamente debe ser utilizado cuando sea absolutamente necesario, en tal sentido la configuración de tipos penales, sólo son razonables cuando son las necesarias para salvaguardar al bien jurídico, en su ámbitos de merecimiento, necesidad y aptitud para ser protegido, es decir un bien jurídico construido sobre la base de la dañosidad social⁷⁶⁹ pero con un sentido antropocéntrico.

XVII. PRINCIPIO DE LESIVIDAD RESPECTO DE LA AFECTACIÓN DEL BIEN JURÍDICO

45. La otra extensión del principio de lesividad, se dirige ya a la fase punitiva, en el sentido que, no obstante que una conducta este reprimida como delictiva, no es razonable imponer ninguna pena o medida de seguridad, si la acción u omisión no ha puesto ni siquiera en peligro al objeto jurídico de protección⁷⁷⁰, mediante una acción con contenido lesivo⁷⁷¹. Lo anterior es plausiblemente explicable por cuanto, un derecho penal correctamente

⁷⁶⁹ En tal sentido MOCCIA Sergio “El Derecho Penal entre Ser y Valor. Función de la pena y sistemática teleológica. Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina. 2003 p 182.

⁷⁷⁰ Señalando la necesidad de la lesividad en tanto afectación o puesta en peligro de los bienes jurídicos MORA MORA Luis Paulino, NAVARRO Sonia “Constitución y Derecho Penal”. Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial. San José. Costa Rica. 1995 p 86.

⁷⁷¹ La Sala Constitucional ha reconocido esta consecuencia del principio de lesividad al considerar: “La segunda se manifiesta a través de la exigencia de la materialidad de la acción dañosa; es decir ningún daño puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una acción. En consecuencia los delitos como presupuesto de la pena, no pueden consistir en actitudes o estado de ánimo interiores, y ni siquiera genéricamente en hechos, sino que deben concentrarse en acciones u omisiones humanas –materiales físicas o externas, es decir empíricamente observables – describibles exactamente por la ley penal”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 161.

orientado, en todo Estado democrático, no construirá la punición del delito, cifrando únicamente como fundamento, el desvalor de acción; de tal manera que aunque concurra completamente colmado un relación de desvalor de la conducta, ello aún es insuficiente para determinar en concreto la punibilidad; por cuanto se requiere además la concurrencia de un desvalor de resultado que mesure la reacción penal.

De ahí que la mera desobediencia normativa, la transgresión a la misma en el sentido de infidelidad del sujeto hacia la norma, no justifica la imposición de una pena o medida de seguridad si la conducta no lesionó o puso en riesgo inminente a un concreto bien jurídico protegido penalmente.

Y es que esa es la exigencia fundamental del principio de lesividad, que la conducta exteriorizada por el sujeto ya en concreto haya sido capaz de producir o bien una lesión o bien un peligro para el bien jurídico que es el objeto de protección de la norma penal, no sólo interesa el no acatamiento del mandato normativo, sino que también a consecuencia de esa infracción se haya producido una lesión en el sentido de provocar un resultado, que se encuentra escindido de la conducta –aunque vinculado a la misma–; sólo ese aspecto de exteriorización y de materialización de la conducta, podrá representar en la relación concreta entre acto, norma, bien jurídico y resultado, la posibilidad de imponer si media culpabilidad una pena.

XVIII. BIEN JURÍDICO Y DOSIMETRÍA PENAL

46. En el actual estado de cosas, la significación del merecimiento de pena, es vital, ello se explica no sólo por la adopción de criterios de justicia al momento de la valoración en concreto del merecimiento de pena, sino porque en abstracto también significa un importante límite para el legiferante. De lo anterior es plausible sostener, que una conducta es merecedora de pena, cuando la misma –de entre otros parámetros– afecta intereses vitales de la persona humana o de la comunidad; de ahí que el poder legislativo aun reconociéndosele

su amplio poder de configurar lo punible, no puede –so consecuencia de violar la Constitución– crear a su arbitrio prescripciones penales, por cuanto el límite que se tiene es precisamente que tales incriminaciones afecten bienes jurídicos valiosos.

47. Desde la perspectiva de justicia –que es un valor constitucional entre nosotros– no se concibe que una conducta sea merecedora de pena cuando la misma no haya ni siquiera causado un riesgo para el objeto que se protege por la norma penal, ello significa que no se tolera, la imposición de penas, para delitos que no tengan a su base bienes jurídicos, ni tampoco para conductas que aunque vulneren la prescripción normativa no representaron un peligro de afectación real para el bien jurídico.

En suma la relación entre bien jurídico y merecimiento de pena, limita a legisladores y jueces, para unos –los legisladores– esta proscrito que se creen delitos sin bienes jurídicos, porque ello significara la punición por la contravención a una norma, pero no por la lesión a un bien jurídico; para los otros –los jueces– significa que no pueden imponer penas por aquellos delitos que no tengan a la base un bien jurídico; pero además que, cuando la conducta vulnere un tipo penal que este legítimamente construido, la imposición de pena o medida de seguridad, requiere indefectiblemente, al menos peligro para el bien jurídico tutelado, sólo sí éste ha sido afectado, es razonable la imposición de la sanción, desde la perspectiva de la defensa de los bienes jurídicos⁷⁷².

⁷⁷² En lo concerniente al Principio de lesividad, en cuanto a su relación con la pena se ha dicho: De ahí que por la pena sólo resulte proporcionado prohibir aquellos comportamientos más intolerables, que por lo menos pongan en riesgo bienes jurídicos vitales de la persona o de la comunidad, pero siempre bajo una noción personalista. El derecho penal debe tener ese carácter subsidiario y fragmentario, en el sentido que únicamente es legítimo, desde el orden constitucional, sancionar con pena, aquellas conductas lesionen bienes jurídicos trascendentales cuando otro segmento del orden jurídico no puede hacerlo de manera efectiva. La fragmentariedad se vincula a que no toda ilicitud debe ser absorbida por el derecho penal, sino únicamente las que resulten más intolerables para el orden social, en atención a la intensidad del ataque hacia los bienes jurídicos. La pena y el Derecho Penal, tienen como misión: la protección de los bienes jurídicos y, únicamente mediante la tutela de éstos, el resguardo de los valores ético-sociales relevantes. El derecho penal por ende no es moralizador, no tutela meras

XIX. CREACIÓN DE INFRACCIONES PENALES SIN BIENES JURÍDICOS

48. Como se expresó al inicio de este apartado el principio de exclusiva protección de bienes es plausible reconducirlo a dos grandes ámbitos en su sentido de garantía como limitación del poder punitivo. La primera –con implicaciones político-criminales más directas al legiferante– está dirigida a controlar e impedir que las opciones políticas reales del poderes ejecutivo, legislativo y de otros grupos de poder –que inciden en el quehacer del legiferante– puedan significar la creación de tipos penales que no tengan por objeto la tutela de bienes jurídicos y su lesión⁷⁷³.

Con ello se está afirmando que no es legítimo –desde la óptica del Estado Constitucional de Derecho– la criminalización de conductas únicamente referidas al desvalor de contradicción de la norma como exigencia formulística sin que medie en su sustrato un bien jurídico relevante, ello significa sin ambages que el derecho penal no puede entrar a reprimir aquellas conductas que se consideren inmorales, no éticas, desviadas, peligrosas, fatalistas, sin que tales conductas tengan la aptitud para poner en riesgo efectivo los bienes jurídicos, de

desobediencias al orden normativo, sino que se encarga de contener conductas lesivas para los bienes jurídicos más relevantes. Es por ello que la pena, no puede ser un instrumento irracional que pretenda buscar un castigo como especie de vindicación pública, ante el escándalo del delito, la pena sólo está dirigida a fines racionales, y por ello, porque esta erigida sobre la razón, es que la pena sólo se justifica, si a partir de ella, puede reintegrarse al individuo al tejido social, brindándole una propuesta de readaptación y generar un razonable sentimiento de la importancia de la tutela de los bienes jurídicos. Siempre la pena debe tener este plus de ser un instrumento de reincorporación del individuo, así lo que antes era venganza o castigo, ahora en un Estado Constitucional se concibe como una opción de recuperación del hombre. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 09-08-02.

⁷⁷³ Sobre ello se ha sostenido: “En un primer término, es necesario acotar que la primera limitación de la esfera de las prohibiciones penales, es que, éstas se refieran sólo a las acciones reprobables por sus efectos lesivos para terceros. La ley penal tiene el deber de prevenir los costes individuales o sociales representados por esos efectos lesivos y sólo ellos pueden justificar el coste de penas y prohibiciones. El principio de lesividad veta a su vez, la prohibición y penalización de comportamientos meramente “inmorales” o de estado de ánimo, o de incluso apariencias peligrosas. Y Establece en general en aras de la protección a la libertad de las personas la tolerancia jurídico-legislativa de toda actitud o comportamiento no lesivo para terceros”. Sala de lo Constitucional Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras Op cit pp 159 a 160.

ahí que el principio de ofensividad sea un límite irrebasable respecto de la construcción de tipos penales con características de delitos sin ofensa, delitos eticista, delitos asociativos, delitos auto-referentes o delitos de sospechas⁷⁷⁴.

49. En el segundo aspecto a destacar el principio de ofensividad tiene relevancia en cuanto a la ubicación del bien jurídico en el injusto típico y las consecuencias que se originan ya en el momento de estar en presencia de una conducta delictiva en concreto⁷⁷⁵. La admisibilidad de la relevancia de las conductas afectativas materialmente de un bien jurídico pueden oscilar entre una incardinación en sede de tipicidad o en los ámbitos de la antijuridicidad. En ambos casos lo más relevante es que hay una exigencia de ofensa respecto del bien jurídico para posibilitar la conformación del injusto típico y habilitar sólo en ese caso un juicio de imputación subjetiva⁷⁷⁶.

⁷⁷⁴ Son delitos sin daño aquellos cuya injuria –supuesta– está dirigida a entes abstractos –verdaderas entelequias– que carecen de sustrato material y cuyo reconocimiento sólo tiene fines dominativos, por ejemplo los delitos contra la denominada “personalidad del Estado” o contra la “Moral pública”. Son delitos eticista aquellos que acuñan como contenido desvalorante la mera desobediencia normativa. Son delitos asociativos aquellos que punibilizan las connivencias delictivas sin que las mismas per se signifiquen un daño concreto a los bienes jurídicos. La criminalización de esta última modalidad hace nugatoria la teoría de la participación delictiva y se erige sobre construcciones típicas porosas, indeterminadas e imprecisas que afectan de lleno, además del principio de lesividad al de legalidad. Por último son delitos de sospecha aquellos que se construyen sobre la conjetura de la comisión de un delito cuya improbabilidad probatoria se traslada como carga de la prueba para el sujeto activo. En términos generales FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón” Op cit p. 475.

⁷⁷⁵ En este sentido destacando la relevancia del principio de ofensividad sobre la base del bien jurídico. Ver POLAINO NAVARRETE Miguel “Derecho Penal”. Parte General. Tomo II. Teoría Jurídica del Delito. Volumen I. Bosch. Barcelona. España. 2000 pp 553 a 556.

⁷⁷⁶ Sobre ello se consideró: “El principio de lesividad constituye el fundamento axiológico en la estructuración del delito, pues las prohibiciones legislativas a cuya infracción se atribuye una pena, se justifican únicamente si se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social, entendiendo por ataque no sólo el daño causado sino también el peligro que se ha corrido; en cualquier caso debe tratarse de un daño o peligro verificable o valuable empíricamente partiendo de las características de cada comportamiento prohibido. El principio de lesividad se postula por tanto, como la formulación constitucional que impide al legislador el establecimiento de prohibiciones penales sin bien jurídico, es decir, excluye la responsabilidad penal por comportamiento

Así no basta que la conducta como acción u omisión contradiga los mandatos prohibitivos o imperativos de la norma jurídico-penal para tener por colmado el desvalor del injusto, sino que además se requiere que las acciones u omisiones vulneren el contenido esencial que tutelan dichas normas y que están referidos a los perjuicios que se ocasionan al bien jurídico debiendo tal ofensa al menos provocar un riesgo efectivo de lesión.

En tal sentido en materia de principios no basta que el injusto típico respete en suma el principio de legalidad –en cuanto tipo penal previo, escrito, cierto y estricto– sino que se requiere que la conducta adecuada al tipo penal ofenda en concreto un bien jurídico, para ello es menester que el tipo penal acuñe en su contenido efectivamente un bien jurídico y que al caso específico el acto u omisión haya puesto en peligro bastante dicho bien mediante la amenaza inminente del objeto de la conducta.

50. En el contexto precitado tienen relevancia los siguientes aspectos: (a) La no punibilidad de las consideraciones meramente internas que aún exteriorizadas entre sus posibles intervinientes no representan ningún riesgo para el bien jurídico.(b) La no punibilidad de las manifestaciones externas preparatorias del delito –como resoluciones manifestadas – que no importen un inicio de ejecución, puesto que en este ámbito el límite de la punibilidad lo marca la tentativa⁷⁷⁷, la libertad configurativa que generalmente se reconoce al legiferante , no puede rebasar de manera grosera este ámbito sin afectar el principio de lesividad de los bienes jurídicos –entre otros principios– y afectar el

sin resultado dañoso”. Sala de lo Constitucional Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras Op cit pp 160 a 161

⁷⁷⁷ Sólo tomase a cuenta lo incongruente que resulta que por un lado el delito imposible no sea punible y sin embargo actos preparatorios si estén dotados de punibilidad, en ambos casos aunque pueda medirse un desvalor ético-social –diferentes en grado aunque es más intenso el del delito imposible– no concurre ningún desvalor de resultado ni aún como peligro para los bienes jurídicos. De ahí las consecuencias – insólitas – que se producirían en el caso de que en un delito por ejemplo de homicidio si concurriese imposibilidad delictiva no habría responsabilidad penal, pero sí, está podría estar afirmada si hubiese acaecido un concierto delictivo.

Estado constitucional de Derecho en el entendido que nos rige un verdadero Estado de Derecho, con Fundamento en la Constitución⁷⁷⁸.

La tutela de estos bienes debe abordarse desde una perspectiva dicotómica en el sentido que el Estado los asegura a todas las personas de las ofensas o peligros por parte de conductas de los particulares y esta tutela es gradual y fragmentaria según sea la magnitud del ataque y de la necesidad del bien para ser protegido. Sin embargo de esta tutela el Estado no puede quedar excluido. Así también los derechos fundamentales enunciados y sus derivaciones deben ser tutelados de los mismos poderes coactivos del Estado⁷⁷⁹;

⁷⁷⁸ Consecuencia de todo ello es reconocer que entre nosotros el desvalor del injusto no se funda con exclusividad en el desvalor de acción –con sus diferentes modelos– y que es necesario que junto a ese desvalor de la conducta concorra un desvalor de resultado el cual se marca ya con el peligro efectivo que la conducta produzca respecto al bien jurídico, esta toma de opción reconoce la primacía del principio de lesividad. Entre nosotros el principio de lesividad tiene reconocimiento expreso en el artículo 3 del Código Penal cuyo tenor literal es el que sigue: “No podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal”. Es importante destacar el alcance que se concede al aludido principio, pues ninguna consecuencia jurídica del delito debe imponerse –ni pena ni medida de seguridad– si la conducta no ha generado una ofensa en concreto para el bien jurídico tutelado. También es de hacer notar que el principio precitado se acuña como un garantía penal mínima, ello es importante por la imbricación que tal principio pueda tener en cuanto estar dotado de rango Constitucional.

⁷⁷⁹ Esta forma de tutela de los derechos fundamentales sobre la base de potenciar su defensa sobre el ámbito central de la libertad y la limitación de los poderes públicos ya ha sido reconocida en materia de Amparo según se cita así: “Como se ha indicado en anteriores resoluciones, los llamados derechos individuales o garantías fundamentales de la persona, son barreras establecidas en la Constitución a la acción del poder público a favor de los gobernados; o, mejor dicho, es la parte de la soberanía que cada uno de los hombres se reservó para sí y por consiguiente no delegó a las autoridades al concurrir por medio de sus representantes a formar la Constitución. El propósito jurídico-político de tales derechos, es pues, garantizar contra toda intervención arbitraria del Estado, un mínimo de la libertad a la persona, concedida esta libertad, no sólo como una potestad psicológica de elegir, sino como una actividad externa que debe ser no sólo permitida, sino también protegida y tutelada por el Estado, para que la persona se realice. Desde el punto de vista de la técnica jurídica, los llamados Derechos del Hombre, se nos presentan como limitaciones a la actividad del Estado, y establecen una relación jurídica Hombre-Estado, en la cual el primer, en su carácter de gobernado, es el sujeto activo de la misma, siendo el sujeto pasivo el Estado, y concretamente, sus autoridades y funcionarios”. (Amparo N° 2-A-91). GUTIÉRREZ CASTRO Gabriel Mauricio “Catalogo de Jurisprudencia”. Derecho Constitucional Salvadoreño.

En el sentido que sí y solo si, resulta plausible poner en riesgo de afección derechos fundamentales de las personas –en cuanto injerencia del Estado mediante su potestad punitiva en la vida personal de cada miembro– cuando las conductas de las personas resulten –en su previsión abstracta y concreta– intolerables para la tutela de los bienes jurídicos más relevantes, que ya han sido previstos por la Constitución.

Así debe entenderse que el poder penal del Estado debe estar limitado por la defensa de aquellos bienes vitales más trascendentales. Resultando entonces que el poder penal únicamente se legitima en cuanto otorgue protección a dichos bienes para defenderlos de ofensas concretas; de lo contrario tal potestad por ella misma estaría afectando los bienes que pretende tutelar, puesto que se reduciría de manera maximizada la esfera de libertad y con ello la de dignidad de la persona, lo cual conlleva un modelo de Estado autoritario, tiránico y arbitrario.

Precisamente la Construcción de un modelo de Estado Constitucional de Derecho donde se respeten la dignidad humana y la libertad como fundamentos ontico-valorativos sustanciales de toda persona humana, permite sostener la vigencia del principio de ofensividad como límite al poder penal del Estado que no es otra cosa que limitar el poder penal de los hombres y en este caso de aquellos que se encuentran en una situación de poder.

De ahí que, un derecho penal, que no respete la materialidad de los bienes jurídicos, como sustrato legitimador de las normas penales, es un derecho penal orientado autoritariamente, por cuanto, en este caso la norma penal, ya no se justifica de manera externa o de manera meta-legal, sino de manera interna por el poder de *autoritas* de tener la potestad de criminalizar una conducta, pero sin bienes jurídicos constatables a su base. Esta expresión de aniquilación de los bienes jurídicos, como límite objetivo del derecho penal, no es una casualidad

Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. Tercera edición. San Salvador. El Salvador. 1993 ps. 122 a 123.

que sea negado, por todos regímenes que en la historia se han caracterizado, por erigirse como altamente autoritarios, baste recordar nuevamente en la época del nazismo como se “espiritualizó” y negó el bien jurídico como instrumento de contención del derecho penal, constituyéndose en una especie de –y valga el símil– *detritus* para el derecho penal.