

EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD COMO LÍMITE AL *JUS PUNIENDI*



Foto: Fachada superior principal de la Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos.

Mgter. Alberto González Herrera
Defensor Público del Primer Circuito Judicial de Panamá
Correo electrónico: agonzalezherrera26@yahoo.com

EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD COMO LÍMITE AL *JUS PUNIENDI*

Resumen

En el presente artículo, se aborda lo concerniente al principio de lesividad a partir de las teorías que explican la existencia del bien jurídico, constatando la importancia en nuestro medio y las ventajas de su observancia.

Abstract

This article refers to harm principle base done theories that explain the existence of legally protected right, wich verifies the importance in our social enviroment and the advantages of its observance.

Palabras Claves

Bien jurídico, teorías que explican el concepto de bien jurídico, principio de lesividad, función teleológica, función sistemática, función de garantía, función crítica.

Keywords

Legally protected right, theories that explain the concept of legally protected right, harmfulness principle, teleological function, systematic function, warranty function, critical function.

INTRODUCCIÓN:

La necesidad de sancionar y frenar algunas "situaciones problemáticas" denominación de delito para el insigne abolicionista HULSMAN obliga a que se considere en nuestro medio la verificación de ese evento que se investiga y cuyo juzgamiento se peticiona (ZAFFARONI, 2016: 17).

No por todo lo que nos desagrada es necesario el empleo del Derecho penal, dado que este instrumento de

control social formal debe ser la última ratio y acudir a él cuando ningún otro medio resuelve el conflicto generado por la afectación o grave amenaza al bien jurídico-penal.

El presente artículo procura el instar a no dar curso a procesos penales donde no hay afectación de bien jurídico alguno, a observar el postulado contenido en el artículo 2 del Código penal que insta a salvaguardar los bienes y valores

fundamentales de nuestra sociedad.

No obstante, existirán quienes desean cumplir las formalidades y permanecer atados a las prácticas de hace dos siglos, con actitud inquisitorial, pues los postulados y principios solo se observan excepcionalmente y no regularmente, porque son del criterio napoleónico que el juez es la boca de la ley, aun cuando se dé una mera insignificancia del hecho.

Se hace la exposición del sentido y alcance del bien jurídico, se examinarán sintéticamente las diversas teorías que en torno a la concepción que del bien jurídico se han elaborado; las funciones asignadas al bien jurídico-penal; el principio de lesividad y las ventajas para el proceso penal.

Urge aplicar el Derecho penal a los criminales de cuello blanco, hombres de paja y testaferros, cómplices y demás facilitadores de la impunidad que perjudican los valores más significativos de la sociedad.

1. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El Derecho penal luego de su evolución a raíz de las ideas de la Ilustración, de la revolución francesa y la aceptación del hombre como ciudadano, ha establecido que deben propugnar sus preceptos por la protección de la libertad del hombre y el ejercicio de la misma.

Por ende, nadie duda de la importancia del bien jurídico, motivo por el que todos los textos punitivos del mundo salvaguardan los valores

más importantes de cada sociedad en atención a su utilidad para el ser humano. Entonces, los tipos penales establecen las conductas que protegen los intereses de mayor significado en la comunidad (art. 2 C.P.).

Con el empleo del Derecho penal, el Estado preserva a su población de: lesiones, amenazas concretas y últimamente probables agresiones, a sus bienes más preciados, aumentando el catálogo de delitos de peligro.

Un bien para que sea tutelado por el ordenamiento penal, y se convierta en bien jurídico-penal debe revestir cierta importancia, ello significa tener la categoría de fundamental para el entorno social y que la infracción sea tan grave, que implica la imposición de una pena (MIR PUIG, 1990: 209; QUINTERO OLIVARES, 2003: 48).

1.1. Teorías sobre el concepto de bien jurídico

A lo largo de los años, se ha establecido que constituye una de las funciones asignadas al Derecho penal la de tutela de los bienes jurídicos, lo que conlleva que el Estado únicamente pueda emplear este medio de control formal en la sociedad, cuando los otros mecanismos de salvaguarda resultan insuficientes o no efectivos. Por consiguiente, las consecuencias jurídicas del delito, tienden a servir como instrumento en la realización efectiva de protección a los bienes jurídicos.

No ha resultado fácil para la dogmática el construir o consensuar un concepto de bien jurídico que establezca

plenamente el objeto de tutela por la norma penal o que exponga a cabalidad el significado de bien jurídico-penal. De por sí, todavía no existe uniformidad en relación a la prevalencia de una concepción material de bien jurídico-penal. Atendiendo a ello, diversas connotaciones se han ido exponiendo por parte de los autores en relación al concepto de bien jurídico-penal.

1.1.1. Teorías con fundamento constitucional

Las teorías con fundamento constitucional constituyen una de las teorías más importantes, desarrolladas sobre la concepción de bien jurídico-penal parten de considerar que la Constitución es «alfa y omega»; establecen que es la Carta fundamental, la razón por la cual existe el bien jurídico, en específico, el bien jurídico-penal. Se destacan en Italia BRICOLA y ANGIONI, quienes postulan la necesidad de lesión de un valor contenido en la Constitución para justificar al bien jurídico-penal, sino existe respaldo de la normativa constitucional, carece de sentido que a un bien se le considere bien jurídico-penal. (BRICOLA, 1973:167; ANGIONI, 1983: 167-172). También, apoyan a estas teorías quienes coinciden en la necesidad de que los bienes protegidos por el Derecho penal o los bienes jurídicos-penales se relacionen por lo menos con un bien de carácter fundamental. Siguiendo a estos autores pueden integrarse como bienes jurídicos susceptibles de tutela penal: los bienes descritos expresamente por la Constitución; los bienes enumerados por los instrumentos internacionales sobre Derechos humanos; los bienes protegidos por sus peculiaridades

propias sin atender a las personas como: la salud pública, el medioambiente, la Administración pública, etc.; y, los bienes vinculados a la Constitución por un valor proclamado por esta, que su afección conlleva amenazar dicho valor a saber: la familia, la seguridad social, el derecho al trabajo, etc. (ALVAREZ GARCÍA, 1991: 20 y ss.; ESCRIVÁ GREGORI, 1980:157; CARBONELL MATEU, 1995: 27-30; DíEZ RIPOLLÉS, 1991: 25; el mismo, 1998:17; FIANDACA/MUSCO, 1995:4-5; GONZÁLEZ RUS, 1982: 23 y ss.; MANTOVANI, 1988: p. 208; ROXIN, 1997: 55).

El legislador al elaborar los tipos penales, en la construcción de la protección de bienes jurídicos no puede apartarse de los parámetros que dicta la Constitución vigente en el Estado democrático de derecho; no puede darse el lujo de desconocerla, porque estaría generando normas contrarias a la Constitución y bienes jurídicos vacíos o carentes de respaldo constitucional.

A estas teorías constitucionalistas, se les critica por la amplitud dada al bien jurídico-penal, se les cuestiona la alusión a la Constitución ya que por lo extenso de la misma, los bienes jurídicos-penales, entrarían en conflicto con los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, que justifican la intervención del Derecho penal cuando los otros mecanismos de tutela no surten efectos y la afección a los bienes es de cierta gravedad, ya que la Constitución establece los límites negativos de cada bien jurídico más no los límites positivos (OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, 1990: 47-51; SILVA SÁNCHEZ, 2003: 274-275).

PAGLIARO, a las teorías

constitucionalistas también las cuestiona, afirmando que los textos constitucionales pierden vigencia, frente a los avances experimentados en el contexto social, que estos avances son los que generan el surgimiento de nuevas necesidades que requieren de protección y de tutela jurídico-penal (1980: 227-229).

A pesar de lo anterior, las teorías constitucionalistas no pierden el mérito de retomar la importancia de las garantías fundamentales y los valores consignados en la Constitución, al momento de interpretar las normas penales en casos concretos. Ello ha obligado a observar el principio de lesividad, el cual surge como punto central de examen, al constatar la afectación al bien jurídico, conforme a la doctrina garantista del bien jurídico-penal. Esto se debe verificar aun cuando en la práctica no haya servido para hacer efectiva la protección de los bienes fundamentales. En virtud de lo anterior, propugna FERRAJOLI, por un programa de Derecho penal mínimo que genere *"...una masiva deflación de los «bienes penales» y de las prohibiciones legales, como condición de su legitimidad política y jurídica."* (1997: 477).

1.1.2. Teorías espiritualistas

Las teorías espiritualistas proponen la concepción del bien jurídico en base a un valor ideal e intangible, el cual es consignado en la norma penal para su tutela. Lo que se estime contrario a los valores culturales imperantes (ideas, costumbres, dogmas, etc.) en la sociedad lesionará o pondrá en peligro al bien jurídico y constituirá motivo de sanción. El bien jurídico-penal, se halla directamente ligado al mundo

axiológico, al deber ser, lo que le da un carácter de bien espiritual, dejando a un lado a la sociedad y a los efectos que el hecho punible le pueda generar (GÓMEZ BENÍTEZ, 1983: 16-25). La mayor de las objeciones formuladas a las teorías espiritualistas es que su concepción del bien jurídico resulta peligrosa porque podría darle preeminencia a valores subjetivos como los valores morales, los valores religiosos o los valores del Estado; desvirtuando al bien jurídico-penal como criterio limitador del *jus puniendi*. Afortunadamente, hoy han sido superados los sistemas penales donde eran objeto de sanción las conductas contrarias a la religión católica, a las buenas costumbres, y, a la moral sexual (HASSEMER, 1999: 7; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2004: 81; ROXIN, 1997: 56).

1.1.3. Teorías liberales del perjuicio social

De acuerdo a las teorías liberales del perjuicio social, la concepción de los bienes jurídicos-penales comprende a aquellos bienes que surgen y producen relevancia en la interacción social; contemplando los bienes individuales y los bienes colectivos, haciendo del producto de esas interrelaciones entre los diversos grupos de personas lo que deviene en nuevas maneras de convivencia en ejercicio del libre albedrío que posee cada una de ellas (CUELLO CONTRERAS, 2003: 54; GÓMEZ BENÍTEZ, 1983: 26-31; MIR PUIG, 2003: 132; STERNBERG-LIEBEN, 2007: 111). Al respecto, ZAFFARONI respalda la trascendencia del bien jurídico para la sociedad, pero comenta que estamos hoy día presenciando cómo el bien jurídico experimenta pérdida en su contenido, por la realización de

procesos de modificación en los cuales se prescinde de la lesividad al mismo, por la aparición de: "...tipos de peligro sin peligro (peligro abstracto o presunto); la lesión a la legalidad mediante tipos farragosos y vagos, y la delegación de función legislativa penal con el pret pretexto de leyes penales en blanco, etc." (2006: 23-24).

A estas teorías se les critica por concebir al bien jurídico-penal en forma espiritualista y naturalista a la vez, lo que resulta contradictorio, ya que por un lado se restringe la facultad de crear delitos al Estado, y, por otro lado, en la fijación que hace el Legislador de los bienes jurídicos se pone en evidencia un poder sin límites que considera al individuo parte integrante del contexto social, protegiendo un sistema de consecuencias jurídicas del delito de carácter utilitario. No tienen ninguna influencia en estas teorías espiritualistas el carácter irrelevante o intrascendente de la acción según la óptica del daño a la sociedad, como en los delitos de escasa entidad o de bagatela ni las causas de justificación de las conductas; termina el ser humano en función de la sociedad y no la sociedad en función del individuo (GÓMEZ BENÍTEZ, 1983: 28).

1.1.4. Teorías funcionalistas

Las teorías funcionalistas descansan en la teoría de los sistemas, según la cual toda sociedad constituye un gran sistema, donde existen subsistemas que van a condicionar su funcionamiento en base a roles que deben llevar a cabo u observar los ciudadanos, en virtud de las expectativas que determina el Estado (HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991: 93). Conciben estas teorías a los bienes

jurídicos-penales, como condiciones requeridas para la convivencia social y para el mantenimiento del orden en la misma. Estiman importante la lesión que se cause a la sociedad con la conducta reprochable, lo cual conduce a que la antijuridicidad atienda a la dañosidad social. El bien jurídico atenderá a la posibilidad de llevar a cabo una función para la sociedad o uno de sus subsistemas, incluso el ciudadano. (GÓMEZ BENÍTEZ, 1983: 32; SILVA SÁNCHEZ, 2003: 277; JAKOBS, 2001: 25-31; el mismo, 1995: 52 y ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, 1996: 80).

A estas teorías, también se les critica porque podrían dar cabida a que se exija el respeto de valores morales o medidas de carácter político-criminal que persigan el mantener y salvaguardar el orden estatal a toda costa, obviando al individuo, además de mantener un concepto inamovible del bien jurídico, que descansa en el respeto y la sumisión permanente al orden normativo (GÓRRIZ ROYO, 2003: 418; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, 1990: 342; OLAIZOLA NOGALES, 1999: 50; TERRADILLOS BASOCO, 1981: 135-136; SILVA SÁNCHEZ, 2003: 269).

Cuentan estas teorías con seguidores, que defienden por encima de la existencia del bien jurídico la vigencia de la norma, basados en que esta constituye el bien jurídico-penal, el que debe ser restablecido si ha sido violado a efectos de mantener la estabilidad en el sistema social (JAKOBS, 1995: 45; ALCACER GUIRAO, 2003:9; VOBGÄTTER, 2006: 9).

1.1.5. Teorías personalistas

El bien jurídico-penal que

conceptúan las teorías personalistas como válido es solamente el interés de las personas tutelado por el orden jurídico. Dicha posición es esbozada por la escuela de Frankfurt (SCHUNEMANN, 1996: 18).

HASSEMER respecto al bien jurídico-penal destaca que debe concordar con la realidad (atender a las condiciones del medio), ser selectivo y nítido (con especificación de los objetos a proteger y los hechos que lo afectan) y comprensibles por la generalidad (fijados por el legislador dentro del sistema democrático). El bien jurídico tendrá razones para existir si es un bien que sirve al ser humano para desenvolverse en el contexto social (2007: 104).

Aunado a ello, no deja de tener valor lo expuesto por STRATENWERTH que afirma que los bienes protegidos y la categoría que poseen, dependen de la evolución histórica y probable peligro a que el ser humano les someta (1982: 58).

El Estado democrático, donde impera el respeto por los derechos fundamentales debe dar preeminencia a las personas, por tanto, sino hay real afectación o peligro extremo de lesión a los bienes jurídicos, no tiene sentido la intervención penal. Las meras actitudes, las conductas inocuas, las infracciones sin lesión llevan a que el individuo se convierta en medio, y no en fin de la existencia del Estado.

Los bienes jurídico-penales deben guardar correspondencia con los intereses de los individuos y permitir su desarrollo en la sociedad (HASSEMER/MUÑOZ CONDE, 1989: 326; MUÑOZ

CONDE, 2003: 90-91; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2004: 59; KAHLO, 2007: 56; NAVARRO CARDOSO, 2001: 74; OLAIZOLA NOGALES, 1999: 52; ROXIN, 2007: 447-448; SILVA SÁNCHEZ, 2003: 271; ZAFFARONI, 1994: 240).

Luego del examen de las diversas teorías, podemos advertir que constituyen los bienes jurídicos-penales, aquellos elementos que sirven como conexiones que hacen viable la libertad de las personas y permiten sus relaciones en la sociedad (GÓMEZ BENÍTEZ, 1987: 166; MUÑOZ CONDE, 2006: 90-91; MUÑOZ POPE, 2002: 49; HASSEMER, 1984: 37; ROXIN, 1997:55; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, 1999:104; TERRADILLOS BASOCO,1981: 136; WELZEL, 1993: 5; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002: 52).

Por ende, resulta pertinente atender lo que plantea ROXIN, en cuanto a los bienes jurídicos, que estos son: "... realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin." (2007: 448).

1.2. Funciones que cumple el bien jurídico

Todo bien jurídico-penal elaborado por el Legislador y reconocido por la Constitución, en la praxis tiende a cumplir diversas funciones. La doctrina destaca cuales son las más importantes funciones, a efectos de poder justificar su empleo para la creación de tipos penales y el mantenimiento del respeto a la dignidad humana.

1.2.1. Función teleológica

El bien jurídico a través de la función teleológica, busca explicar y servir de sostén al ordenamiento como respuesta a los conflictos sociales (BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, 2006: 75; DE LA CUESTA AGUADO, 1996: 167; MANTOVANI, 1988: 213-214; QUINTERO OLIVARES, 2002: 284). Surgido un «acto lamentable» o una «situación problema» siguiendo a HULSMAN, y generadora de inquietud a una persona o a un grupo de personas, el bien cuya protección consigna la norma penal genera calma en la sociedad porque el Estado intervendrá si se solicita su protección (1984: 85). De igual manera, el bien jurídico sirve como guía en la interpretación de los diversos tipos consignados en la norma penal, lo que lleva a considerar la relevancia de la lesión o del peligro generado así como la constatación de la conducta con la acción típica concreta para determinar si en efecto es punible (FEIJOÓSÁNCHEZ, 1997: 85-86; GÓRRIZ ROYO, 2003: 428-429; MIR PUIG, 2015: 168; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2004: 82-83; OLAIZOLA NOGALES, 1999: 42; TERRADILLOS BASOCO, 1981: 129).

1.2.2. Función sistemática

De acuerdo a la función sistemática, el bien jurídico resulta indispensable en la parte especial de cada Código penal, permitiendo y facilitando al legislador, la tarea de ordenar las conductas delictivas en virtud de los intereses, valores o bienes afectados o amenazados y con mayor trascendencia para la sociedad (ANGIONI, 1983: 12; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1998: 53; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002: 51). Suministra a

la vez, contenido a la antijuridicidad, facilitando el advertir hasta lo que abarca el ámbito de protección del tipo penal, respecto a la naturaleza del interés lesionado o amenazado (GÓRRIZ ROYO, 2003: 430; MIR PUIG, 2015: 169; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2004: 81-82; OLAIZOLA NOGALES, 1999: 42; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, 1999: 104; TERRADILLOS BASOCO, 1981: 128-129).

1.2.3. Función de garantía

La función de garantía que observa el bien jurídico a través de la norma, es la propuesta de sanción a los comportamientos más graves y desviados de los fines de la sociedad; a las conductas desvaloradas en la comunidad por su trascendencia. Esto genera el surgimiento de la llamada «antijuridicidad material» (FERRAJOLI, 1997: 471; GÓRRIZ ROYO, 2003: 426; JESHECK, 1994: 6; SAINZ CANTERO, 1992: 41). Es menester erigir en delitos, las conductas que causen o generen una lesión o evidente peligro para el bien jurídico (FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1998: 55-56; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2004: 79; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1978: 24; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, 1999: 104; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002: 52). También, de esta función se deriva que los bienes jurídicos cumplen una tarea político-criminal, que permite la autorrealización de los sujetos (MUÑOZ CONDE, 2006: 95; NAVARRO CARDOZO, 2001: 71-73). De igual forma, el bien jurídico sirve para restringir la labor del legislador, evitando que se penen conductas innecesarias, de bagatelas, de escasa significación o de escasa entidad (BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, 2006: 75; MANTOVANI, 1988:

206-207; MIR PUIG, 2006: 140; ROXIN, 1997: 58-59; SCHUNEMANN, 2007: 199; TERRADILLOS BASOCO, 1981: 129).

1.2.4. Función crítica

La función crítica permite que a través del bien jurídico se advierta si la protección prevista en la norma penal es excesiva o defectuosa (ACALE SÁNCHEZ, 2001: 186; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBALMALARÉE, 2006: 75; FEIJOÓ SÁNCHEZ, 1997: 86-87; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1998: 56-57; QUINTERO OLIVARES, 2003: 284; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002: 51). Contribuye a cumplir el carácter fragmentario y de mínima intervención del Derecho penal.

El Estado democrático de derecho que caracteriza a la mayoría de los países del mundo, no puede ni prescindir, ni desconocer la importancia del bien jurídico y las funciones que el mismo en la práctica cumple. Sin la existencia del bien jurídico-penal, el Estado podría cometer diversos abusos, desconociendo las garantías fundamentales que asisten a las personas, generando incertidumbre e incurriendo en arbitrariedad al emplear el Derecho penal.

A esta función crítica del bien jurídico, que es una de las más debatidas se adhieren autores como BARATTA, CUELLO CONTRERAS, FERRAJOLI y HASSEMER, quienes denuncian una constante inflación más allá del Derecho penal clásico, al incorporar la tutela de bienes espiritualizados, abstractos o colectivos como el medioambiente, el orden socioeconómico, donde no hay lesión sino amenazas a los mismos (BARATTA, 1990: 27-28; CUELLO

CONTRERAS, 1981: 481; FERRAJOLI, 1997: 475; HASSEMER, 1999: 24).

De igual manera, señala BARATTA la transcendencia del bien jurídico, advirtiendo que actualmente se anticipa la punibilidad, convirtiéndose el Estado en un «Estado de la prevención», introduciendo más bienes jurídicos con la finalidad de controlar además del comportamiento del sujeto, la lealtad de éste al orden jurídico y al Estado (1990: 28).

En definitiva, sin atender a un concepto determinado sobre el bien jurídico, no se puede ignorar que es necesario su reconocimiento por las funciones antes descritas para comprender el carácter de legitimidad que posea el Derecho penal y no poder insertar determinados objetos en el catálogo de conductas que le brindan tutela.

Por último, hemos de reconocer que el aparato punitivo, como instrumento de protección de los bienes jurídicos, va a tener sentido si éste se articula en el Estado democrático de derecho, atendiendo a las bases fijadas en la Constitución como referente obligado al justificar la política criminal que emplea, maximizando la libertad del individuo y restringiéndola cuando los demás mecanismos que existen para la protección de los bienes no resulten adecuados ni eficaces.

La propuesta de FERRAJOLI antes señalada, del empleo de un Derecho penal mínimo siguiendo algunos presupuestos básicos, nos puede llevar a concretar y comprender mejor la tutela de determinados bienes jurídicos y la

necesidad de su mantenimiento como objeto tutelado por el respectivo tipo penal. Dichos presupuestos son los siguientes:

Tiene sentido la prohibición de ataques tangibles a bienes jurídicos fundamentales de tipo individual o social, sea que generen lesiones o peligro para estos. Estos bienes de carácter fundamental están compuestos por los «derechos fundamentales» que no solo son los derechos individuales, sino también los colectivos. Ese daño o amenaza debe ser constatable frente a la conducta típica respectiva (FERRAJOLI, 1997: 472).

La protección de bienes jurídicos debe ser «idónea» en cuanto a su utilidad para alcanzar los efectos deseados comprobándose el respeto de la proporcionalidad entre afectación y sanción por el acto delictivo, para que no exista desmesura ni falta de adecuación a la realidad social imperante (FERRAJOLI, 1997: 473).

La tutela penal de bienes jurídicos debe ser «subsidiaria» de otros medios existentes en el sistema vigente para mantener su salvaguarda.

Además de evidenciar el respeto a la subsidiariedad, fragmentariedad y, a la última ratio del Derecho penal, el empleo de normas como las del Derecho administrativo con la adopción de diversas medidas, los medios alternos de resolución de conflictos así como otros mecanismos extrapenales se podría evitar el juzgamiento de la comisión de ciertas conductas lesivas antes de recurrir al Derecho penal. Por otra parte, PAWLIK

observa que existe déficit en la teoría del bien jurídico por no describir que los daños a la sociedad y las consecuencias jurídicas del delito afectan a las personas por lo que propone convencer a los presuntos responsables que por ser ciudadanos están comprometidos con observar sus deberes para con los demás (PAWLIK, 2016: 9-10).

2. ALGUNOS DELITOS QUE PUGNAN CON EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

En nuestro medio existen delitos que entran en conflicto con el principio de lesividad, que se deriva del artículo 2 del Código Penal. Anteriormente, hemos destacado ello respecto el maltrato a los animales domésticos y la tentativa o el apoderamiento de sustancias ilícitas o material ilícito (GONZÁLEZ HERRERA, 2010: 22-24). También, sucede con algunos tipos penales de los que se peticiona su aplicación por darse una acción típica, y antijurídica, pero es claro que no existe ni afectación ni grave amenaza al bien jurídico lo que lleva a que hechos insignificantes terminen siendo sometidos a la justicia penal. Verbigracia: posesión de drogas para consumo personal (art. 320 C.P.); enseñar a construir bombas por la internet (art. 295 C.P.); pandillerismo (art. 330 C.P.); posesión de arma o componentes de arma (art. 333 C.P.); incumplimiento de medidas de protección a favor de la mujer dentro de proceso por violencia doméstica (art. 397-A C.P.). No es que propugnemos por la impunidad sino que es imperativo valorar si estos comportamientos realmente están afectando a las personas, a la comunidad o más bien entran en pugna con derechos fundamentales como el elegir

si yo consumo o no sustancias ilícitas y si se respeta mi libertad personal.

3. VENTAJAS DE LA OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

Si en el modelo de proceso penal vigente se propugna por la preeminencia de la libertad y demás derechos fundamentales no es pertinente sugerir la resolución del conflicto por un lado, y por el otro, impulsar investigaciones y juzgamientos por supuestos grupos peligrosos o actos inocuos.

Todo bien jurídico-penal debe contar con respaldo constitucional a efectos de ser válido el precepto penal que lo contempla, pues su misión es proteger al individuo y garantizar su desarrollo en la sociedad.

Observado el principio de lesividad se limitan las restricciones a la libertad y genera la prevalencia del principio *in dubio pro libertate* (HASSEMER, 1984: 39).

Este principio no resulta ajeno a nuestra legislación, este deriva de los instrumentos internacionales sobre

Derechos humanos, del artículo 2 del Código penal y del artículo 16 numeral 12 de la Ley de Responsabilidad Penal para la Adolescencia (Ley N°40/1999) que preceptúa: "***Principio de lesividad. A que no se les impongan sanciones, sino con posterioridad a que se les compruebe, en juicio, que su conducta dañó o puso en peligro un bien jurídicamente tutelado.***"

Sin ambages, este principio constituye un postulado de obligatoria aplicación en la justicia penal de adolescentes a efectos de no sancionar a menores de edad sino hay probanzas de cargo que muestren en el juicio oral daños, lesión o amenazas graves a bien jurídico o valor fundamental.

Si provoca este exordio el reprimir los hechos delictivos dañosos, se hará honor a que el Derecho penal sea: "... *la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas del juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado y por consiguiente la garantía de su libertad mediante el respeto también de su verdad.*" (FERRAJOLI, 1997: 336).

CONCLUSIONES

El bien jurídico-penal resulta condicionado por la Constitución, lo que lleva a que la norma penal que prevé su tutela se ajuste a ésta.

Existen teorías elaboradas por la Dogmática para justificar el concepto y alcance del bien jurídico-penal, desde las teorías personalistas hasta las teorías funcionalistas se coloca al individuo en un plano superior y al sistema como objeto de tutela.

La observancia del principio de lesividad deriva del reconocimiento del bien jurídico y de la necesidad que se afecte o amenace gravemente su existencia para que proceda la aplicación

del Derecho penal.

Algunos tipos penales entran en conflicto con el principio de lesividad por incriminar comportamientos que no lesionan ni amenazan bienes jurídicos.

Con el empleo del principio de lesividad se ahorran costes al Estado en la sustanciación de procesos de bagatelas o de nula lesión o afectación de los valores fundamentales de la sociedad.

Comprobado que nuestro sistema reconoce el principio de lesividad urge emplearlo dando preeminencia al *In dubio pro libertate* sin excepción.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, Ma. (2001), *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Comares, Granada.
- ALCACER GUIRAO, R. (2006), *Estudios sobre la tentativa y el desistimiento en Derecho penal*, Temis, Bogotá.
- ALVAREZ GARCÍA, F. J. (1991), "Bien jurídico y Constitución" en: *Cuadernos de Política Criminal*, N°43, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, pp. 5-44.
- ANGIONI, F. (1983), *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffré, Milano.
- BARATTA, A. (1990), "Avances de la Criminología en Europa" en: *Cuadernos panameños de Criminología*, N°19, Instituto de Criminología, Universidad de Panamá, Panamá, pp. 17-44.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. /HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (2006), *Lecciones de Derecho penal, parte general*, Trotta, Madrid.
- BRICOLA, F. (1973), "Teoria generale del reato" in: *Novissimo Digesto italiano*, vol. XIX, Utet, Turín.
- CARBONELL MATEU, J. C. (1995), *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, Tirant, Valencia.
- CUELLO CONTRERAS, J. (2002), *El Derecho penal español, parte general: Notas introductorias. Teoría del delito*, 3ª. ed., Dykinson, Madrid.
- CUELLO CONTRERAS, J. (1981), "Presupuesto para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal" en: *Rev. Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, N°34, Ministerio de Justicia, Madrid, pp.

- 461-484.
- DE LA CUESTA AGUADO, P. M. (1996), "Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto" en: *Rev. Derecho penal y Criminología*, N°6, UNED, Madrid, pp. 137-192.
 - DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (1997), "El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista", RCPCR, p. 25; el mismo en: *Jueces para la Democracia*, N°30, Madrid, pp. 10-19.
 - ESCRIVÁ GREGORI, J. Ma. (1980), "Algunas consideraciones sobre Derecho penal y Constitución" en: *Rev. Papers*, N°13, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, pp.141-163.
 - FEIJOÓ SÁNCHEZ, B. (1997), *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, Colex, Madrid.
 - FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (1998), *Derecho penal fundamental*, tomo II, Temis, Bogotá.
 - FERRAJOLI, L. (2012), "El principio de lesividad como garantía penal" en: *Rev. Nuevo Foro penal*, vol. 8, N°79, julio-diciembre, Universidad EAFIT, Medellín, pp. 100-114.
 - FERRAJOLI, L. (1997), *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, 2ª. ed., Trotta, Madrid.
 - FIANDACA, G./MUSCO, E. (1995), *Diritto penale, parte generale*, 3ª. ed., Zanichelli, Bologna.
 - GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. (1983), "Sobre la teoría del bien jurídico (aproximación al ilícito penal)" en: *Rev. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, N°69, Universidad Complutense, Madrid, pp. 85-112.
 - GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. (1987), *Derecho penal, parte general, Teoría Jurídica del Delito*, Civitas, Madrid.
 - GONZÁLEZ HERRERA, A. (2010), *Postulados del Derecho penal y Sistema acusatorio*, Cultural Portobelo, Panamá.
 - GONZÁLEZ RUS, J. J. (1982), *Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría)*, Fundación Juan March, Madrid.
 - GÓRRIZ ROYO, E. (2003). *Protección penal de la ordenación del territorio*, Tirant, Valencia.
 - HASSEMER, W. (2007), "¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico?" en: HEFENDEHL, R. (ed.), (2007), *La teoría del bien jurídico*, HEFENDEHL, R. (ed.), Marcial Pons, Barcelona, pp. 95-104.
 - HASSEMER, W. (1999), *Persona, mundo y responsabilidad*, Temis, Bogotá.
 - HASSEMER, W./ MUÑOZ CONDE, F. (1989), *Introducción a la Criminología*, Tirant, Valencia.
 - HASSEMER, W. (1984), *Fundamentos del Derecho penal*, Tirant, Valencia.
 - HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (1991), *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, PPU, Barcelona.
 - HULSMAN, L./ BERNAT de CELIS, J. (1984), *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona.
 - JAKOBS, G. (1995), *Derecho penal, parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid.
 - JAKOBS, G. (2001), *¿Qué protege el Derecho penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Cuyo, Buenos Aires.
 - JESHECK, H. (1994), *Tratado de Derecho penal, parte general*, 4a. ed., Bosch, Barcelona.
 - KAHLO, M. (2007), "Sobre la relación

- entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal” en: HEFENDEHL, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico*, Marcial Pons, Barcelona, pp. 53-68.
- MANTOVANI, F. (1988), *Diritto penale, parte generale*, 2ª. ed., Cedam, Padova.
 - MIR PUIG, S. (1990). “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites al jus puniendi” en: *Rev. Estudios penales y criminológicos*, N°14, Universidad Castilla La Mancha, Santiago de Compostela, pp. 203-215.
 - MIR PUIG, S. (2003), *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2a. ed., B de F, Montevideo.
 - MIR PUIG, S. (2015), *Derecho penal, parte general*, 10ª. ed., Reppertor, Barcelona.
 - MUÑOZ CONDE, F. /GARCÍA ARÁN, M. (2004), *Derecho penal, Parte general*, 6ª. ed., Valencia.
 - MUÑOZ CONDE, F. (2003), *Introducción al Derecho penal*, 2ª. ed., B de F, Buenos Aires.
 - MUÑOZ POPE, C. E. (2002), *Introducción al Derecho penal*, 2a. ed., Panamá Viejo, Panamá.
 - NAVARRO CARDOSO, F. (2001), *Infracción administrativa y delito: Límites a la intervención del Derecho penal*, Colex, Madrid.
 - OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. (1990), “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos” en: *Rev. Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, N°63, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 5-27.
 - OLAIZOLA NOGALES, I. (1999), *El delito de cohecho*, Tirant, Valencia.
 - PAGLIARO, A. (1980), 1980 *Principi di Diritto penale, Parte generale*, 2ª. ed., Giufre, Milano.
 - PAWLIK, M. (2016), “El delito, ¿lesión de un bien jurídico? en: *Rev. In Dret*, N°2, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1222.pdf>
 - QUINTERO OLIVARES, G. (2003), *Manual de Derecho penal, parte general*, 3ª. ed., 2002, Aranzadi, Navarra.
 - RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1978), *Derecho penal, parte general*, Civitas, Barcelona.
 - ROXIN, C. (2007), ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? en: HEFENDEHL, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico*, Marcial Pons, Barcelona, pp. 443-458.
 - ROXIN, C. (1997), *Derecho penal, parte general, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid.
 - SAINZ CANTERO, J. A. (1992), *Lecciones de Derecho penal, parte general, introducción*, Bosch, Barcelona.
 - SCHUNEMANN, B. (2007), *¿El Derecho penal es la última ratio para la protección de los bienes jurídicos!*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
 - SCHUNEMANN, B. (1996), *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
 - SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J. R. (1999), *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, Gráfica Horizonte, Lima.
 - SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2002), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona.
 - STERNBERG-LIEBEN, D. (2007), “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal” en: HEFENDEHL, R.: *La teoría del bien jurídico*, Marcial

- Pons, Barcelona, Pp. 105-128.
- STRATENWERTH, G. (1982), *Derecho penal, Parte general I, El hecho punible*, Edersa, Madrid.
 - TERRADILLOS BASOCO, J. (1981), "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal" en: *Rev. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, N°63*, Madrid, pp. 123-150.
 - VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (2002), *Manual de Derecho penal, parte general*, Temis, Bogotá.
 - VOBGÄTTER, I. (2010), *Concepto social de acción e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
 - WELZEL, H. (1993), *Derecho penal alemán*, 9ª. ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
 - ZAFFARONI, E. R. (2016), "Prologo" en: PÉREZ ÁLVAREZ, F. (2016), *Serta, Inmemoriam LOUK HULSMAN*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, pp. 13-17.
 - ZAFFARONI, E. R. (2006), *El enemigo en Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires.
 - ZAFFARONI, E. R. (1992), *Tratado de Derecho penal, Parte general, tomo III*, a.gh.



Mgter. Alberto González Herrera

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá, es egresado del Sistema de Estudios de Postgrado de la Universidad de Costa Rica con el título de Especialista en Ciencias Penales.

Magíster en Derecho con especialización en Ciencias Penales por la Universidad de Panamá, estudios

de postgrado en Docencia Superior, Universidad de Panamá.

Obtuvo el Certificado de Docencia del Tercer Ciclo en el Programa de Doctorado "Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología" y el Certificado-Diploma de Estudios Avanzados de Tercer Ciclo de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España, claustro donde tiene matriculada su tesis doctoral que está en preparación.

Docente en diversas universidades, desde 1993 ha ocupado diversos cargos en el Órgano Judicial. Desde el 2001 es Defensor Público del Primer Circuito Judicial de Panamá.