

**EL BIEN JURÍDICO TUTELADO COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DEL  
DERECHO PENAL**

**HERNAN SIERRA CASANOVA**

**HERSON LARA DÍAZ**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA  
FACULTAD DE DERECHO  
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL PENAL  
2015**

## **EL BIEN JURÍDICO TUTELADO COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO PENAL**

### **Resumen**

La sanción y sus técnicas, al igual que la noción de pena necesaria, se apoyan en el acaecer histórico y generan discursos que responden al modelo de Estado adoptado para cada comunidad, lo cual evidencia que la necesidad de pena como límite al poder punitivo adquiere mayor relevancia en modelos de Estado en los que la Dignidad Humana ocupa un lugar relevante, partiendo del reconocimiento de los Derechos del Hombre; así, el presente texto, tiene como finalidad evaluar la dogmática penal en la materia en aras de dilucidar cuál es el concepto de bien jurídico tutelado aplicado en Colombia como Estado Social y Democrático de Derecho, fundando en el respeto a la dignidad humana, la prevalencia del interés general y el trabajo conforme la Constitución de 1991.

**Palabras clave:** Principio Ius Punendi, Bien Jurídico, Objeto de protección del derecho penal, Dogmática Penal, Política Criminal.

## **SUPERVISED GOOD AS OBJECTS OF LEGAL PROTECTION OF CRIMINAL LAW**

### **Abstract**

The sanction and techniques, as well as the notion of punishment necessary, rely on the historical happenend and generate discourses that respond to the state model adopted for each community, which shows that the need for punishment as a limit on punitive power becomes more relevance in state models in which human dignity is the most relevant, based on recognition of the Rights of Man; well, this text aims to evaluate the criminal dogma on the subject in order to elucidate the concept of the legally had the charge applied in Colombia as a social and democratic state of law, founded on respect for human dignity, the prevalence the general interest and work under the 1991 Constitution.

**Key words:** Ius Punendi Principle, Legal Well, Object protection of criminal law, Criminal Dogmatic, Criminal Policy.

## **Introducción**

El derecho penal regula el comportamiento humano a través de la descripción de un modelo de conducta adecuado para un sujeto de derecho dentro de una sociedad concreta bajo la particularidad de imponer sanciones que causan dolor en quien las padece, lo cual representa una negación de aquellos derechos que el Estado se compromete a garantizar a los ciudadanos en un Estado Social de Derecho, generando una contradicción entre los dogmas que soportan el ejercicio del derecho penal en tanto se sanciona con la restricción de derecho para garantizar los derechos de otro, de un conglomerado social o de algún interés en particular; razón por la cual surgen preguntas en torno a la necesidad de limitación del *ius puniendi*, pues no puede ser posible que se hable de un derecho a castigar dentro de un modelo de estado que precisamente busca evitar que los derechos de los ciudadanos sean flaqueados.

Así las cosas, se debe establecer una estrategia encaminada a legitimar el accionar del Estado en el ejercicio de su derecho a penar para garantizar el goce efectivo de los derechos individuales y colectivos de quienes conforman el conglomerado social a través de un sistema de tal trascendencia que reprima aquellos comportamientos considerados criminales que afecten elementos esenciales para la construcción y permanencia del Estado.

En este orden de ideas, se concibe el derecho penal como la forma ideal de limitación y lucha contra el crimen (Hassemer, Por Qué No Debe Suprimirse el Derecho Penal, 2003, p. 33-34) en tanto limita la posibilidad de ejercer el poder del Estado sobre el sujeto, evidenciándose la justificación del derecho penal en la sociedad actual desde posturas como la de Ferrajoli, quien propone la existencia de dos niveles de justificación: el primero interno, el cual hace referencia a la coherencia de principios y valores que debe tener el derecho penal; y un segundo externo, referido a los hechos, lo que puede resumirse en la justificación de la razón de la existencia del derecho penal y la función de dicha existencia (Ferrajoli, Derecho y Razón: teoría del garantismo penal, 1995, p. 214).

Para desarrollar el tema, el presente artículo utilizando los métodos descriptivo y analítico, partiendo del estudio de los teóricos de la dogmática penal frente a lo instituido sobre el poder punitivo del estado y su esfera de protección, a partir de lo cual el artículo está estructurado en 3 capítulos así: primero, El Poder Punitivo Del Estado;

segundo, 2. El abuso del principio de lesividad; y, tercero, Concepto y función del Bien Jurídico, orden que permitirá llegar a la conclusión sobre la utilización del concepto de bien jurídico en el sistema penal colombiano.

### **1. El Poder Punitivo Del Estado.**

En el pasado, no existía orden jurídico ni población organizada, razón por la cual:

(...) los delitos eran considerados acciones lesivas ejercidas en contra de las personas en forma individual. Por esta razón, los sujetos afectados tenían el poder de castigar directamente a sus agresores en su integridad personal, de manera privada y sin límite alguno, es decir, tenían el poder de ejercer justicia por su propia mano. Así, la primera función de la pena consistió en satisfacer la sed de venganza privada sin medir sus consecuencias (Galvis, Sistema penitenciario y carcelario en Colombia, 2003, p. 21).

Es por este motivo que Enrico Ferri en su obra *Principios del derecho criminal* (1933, p. 15), expresa que la pena consistió en una simple venganza privada tomada como venganza defensiva, pues pretendía prevenir la ocurrencia de hechos similares que fueran cometidos por el mismo agresor o por personas diferentes, equiparándose esta definición a uno de los fines de la sanción penal, enmarcada actualmente en lo que se conoce como prevención general, como forma de control social.

Recordamos entonces que, el primitivo derecho criminal tenía como elementos fundantes las sanciones religiosas, los castigos sobrenaturales, la responsabilidad del grupo en solidaridad, el tabú y la magia, parámetros que se podrían definir como derecho punitivo que establecía una serie de obligaciones que hacían imposible que el individuo se marginara de su responsabilidad social, sin recibir el respectivo castigo o sanción; es así como la persona que ostentaba el derecho a castigar, no solo representaba la tradición del grupo y las creencias, sino que se encargaba de la administración de justicia que podía llegar hasta la ejecución del presunto criminal en algunos casos, asumiéndose de esta manera, la imposición de castigos y la entrega de privilegios para sus miembros, lo cual dejaba vislumbrar incipientes formas de organización de los grupos sociales.

En tales culturas primitivas, las penas más utilizadas eran de carácter económico para las infracciones leves y el destierro y la pena de muerte para aquellas conductas graves

sin que estas categorías se pudieran establecer con fundamento en la carta de Derechos Fundamentales con los que se cuenta en la actualidad, lo cual permitía a la autoridad en ejercicio del poder jurídico hacer cumplir las reglas tribales que aceptaban el uso de la violencia con el fin de reestablecer el equilibrio social roto, teniendo como muestra de ello las directrices consagradas en el Código de Hammurabi, definido como el primer conjunto de leyes de la historia, en el que se enumeraban las leyes que ha recibido del dios Marduk había proclamado para fomentar el bienestar entre las gentes.

En el texto de Ángela Gómez Pérez sobre “Los Problemas actuales de las ciencias jurídicas” se indica que:

(...) Hay un acuerdo generalizado en la Ciencia Política en que debe situarse el origen del Estado en el sentido en que hoy lo entendemos [...] en el Renacimiento [...] el Renacimiento coincidiría a estos efectos con la época de formación de los Estados nacionales, a finales del siglo XV y principios del XVI, esto es, con la victoria sobre la poliarquía feudal de unos reinos en los que un poder político único que no se admitía segundo a ninguno, dominaba sobre una gran extensión territorial, antaño dividida en múltiples centros de autoridad (2000, p. 10).

Sobre el particular, García Cotarelo afirma que los teóricos políticos como Hobbes, Bodino, Locke y Rosseau se referían al mismo Estado al que hacían alusión los filósofos griegos, aseverando además que no se trata de ignorar la existencia de organización del poder político desde los tiempos más remotos, sino de definir la época en que aparece el Estado organizado de la forma que hoy lo conocemos (Teoría del Estado y Sistemas Políticos, 1998, p. 31), encontrando dentro de los elementos materiales del poder estatal, el poder punitivo que ideológicamente ha sido el modo de proveer las normas y los órganos destinados a ejercer el control social, mediante la imposición de castigos cuando se cometan conductas consideradas delictivas, ello con el fin de garantizar el funcionamiento del Estado y la consecución de los fines propuestos, aunque desde luego, dependiendo de la función que se asigne al Estado, será la función que se asigne a su poder punitivo.

Como resultado de la evolución social, jurídica y política, se han desarrollado muchas teorías sobre la legitimidad del ius puniendi ya que el tema supone un componente

valorativo que tome en cuenta diversos puntos de vista para lograr una orientación adecuada en su análisis: político, filosófico, histórico, sociológico, jurídico, etc.; no obstante hay un aspecto que deseamos puntualizar, y es que el ejercicio de la potestad sancionadora en un Estado Democrático debe respetar las garantías propias del Estado de Derecho, que constituyen sus límites (Gómez, Los Problemas actuales de las ciencias jurídicas, 2000, p. 10) a partir elementos como: la formalización y fundamentación del ejercicio de la potestad punitiva de la administración de justicia, el aparato represivo como tal y las normas que lo alimentan.

El sistema penal cumple entonces, un papel de preponderancia al interior de la sociedad: regular las relaciones sociales, en cuyo horizonte se organiza y perfila la política criminal del Estado; ésta política no solamente se constituye en la respuesta de la sociedad frente al delito, sino que demarca el ejercicio mismo del poder punitivo del Estado, sugiriendo ello que el derecho penal es tan solo un mecanismo dentro de la política criminal del Estado así como lo es la limitación al ejercicio punitivo del Estado, lo cual significa que se debe acudir al derecho penal cuando los demás mecanismos preventivos de la política criminal han resultado insuficientes o inútiles para la protección de los intereses jurídicos de la sociedad. (*Última ratio*).

Así, desde su raíz etimológica el ius (derecho) puniendi (castigar) nos aproxima a una característica que es exclusiva al Estado y que hace referencia al deber de propender por lograr una equilibrada convivencia y procurar por la paz, tareas del derecho y en exclusiva del derecho penal que cobijan la prevención especial del delito y la prevención general frente a la comunidad y la imposición de la pena para aquellos sujetos de derecho que no atendieron aquella prevención, motivo por el cual la exclusividad del Estado en la determinación de las penas, conlleva la necesidad de delimitar esta prerrogativa, es por ello que la obra de Cesare Beccaria<sup>1</sup> (De los Delitos y de las Penas, 2005, p. 11) denota como trascendental la transición al modelo

---

<sup>1</sup>Fue, pues, la necesidad lo que constriñó a los hombres, a ceder parte de la propia libertad; es cierto, por consiguiente, que nadie quiere poner de ella en el fondo público más que la mínima porción posible, la exclusivamente suficiente para inducir a los demás a que lo defiendan a él. La suma de esas mínimas porciones posibles constituye el derecho a castigar; todo lo demás es abuso, no justicia; es hecho, no derecho.

contemporáneo donde la pena debe partir de la necesidad de la misma y del respeto absoluto por los derechos de las personas.

Dicho entendimiento de Beccaría se encuentra en consonancia con lo afirmado por Juan Jacobo Rousseau quien asevera en el *Contrato Social* que los hombres se han visto en la necesidad de asociarse para su propia protección manejando dicha decisión a través de las imposiciones realizadas por la autoridad estatal, y es de esta forma que cada hombre se desprende de una mínima porción de su libertad, cediéndosela al Estado para que éste detente la defensa de los intereses de todos los miembros de la sociedad.

Por lo anterior, la naturaleza del ius puniendi es analizada desde dos perspectivas: el objetivo, que se refiere a todo su entramado normativo; y el subjetivo, entendido como el derecho del Estado a crear normas para castigar y aplicarlas, es decir, el desarrollo del ius puniendi, aspecto del cual se desprende la definición dada por Mir Puig:

Se trata, (...) de una forma de control social lo suficientemente importante como para que, por una parte haya sido monopolizado por el Estado y, por otra parte, constituya una de las parcelas fundamentales del poder estatal que desde la Revolución francesa se considera necesario delimitar con la máxima claridad posible como garantía del ciudadano (Derecho Penal Parte General, 1996, p. 5).

El Derecho Penal objetivo es el medio empleado por el Estado para ejercer su poder punitivo, siendo definido por Mir Puig como aquel conjunto de prescripciones jurídicas que desvaloran y prohíben la comisión de delitos, y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica (Derecho Penal Parte General, 1996, p. 11), coincidiendo este postulado con lo expresado por Muñoz Conde y García Arán sobre la legitimidad del Derecho Penal o del Estado para utilizarlo en el establecimiento y mantenimiento de su sistema al devenir este del propio andamiaje político, social, económico y jurídico, argumentando que:

La legitimidad del Derecho Penal o del poder punitivo del Estado proviene pues, del modelo fijado en la Constitución y de los pactos o tratados internacionales como la Declaración de Derechos Humanos, (...) que el Derecho Penal debe respetar y garantizar en su ejercicio (Derecho Penal Parte General, 1996, p. 68).

En este sentido, autores como Cobo del Rosal y Vives Antón, reflexionan desde los puntos de vista político y técnico advirtiéndolo que:

En primer lugar, porque de la configuración del *ius puniendi* como derecho subjetivo, no siempre se ha de seguir la necesidad de respetar las garantías individuales. (...) y en segundo lugar, porque la negación del carácter de derecho subjetivo al *ius puniendi*, no va unida necesariamente a una concepción autoritaria o totalitaria del Estado, por el contrario, quienes afirman que el poder punitivo es un poder jurídico, dicen por eso mismo, que debe ser limitado, (...) El derecho de castigar, sin duda, se hallará limitado por otros derechos, pero exactamente igual se hallará limitado, y por los mismos motivos, “el poder”, si efectivamente ha de ser un poder jurídico (Derecho Penal Parte General, 1999, p. 60-61).

Ahora, asevera desde la óptica técnica hacen las siguientes precisiones:

(...) la primera: “(...) Cuando se aborda la cuestión de la naturaleza del poder punitivo, (...) Se parte de que existen (...) derechos subjetivos frente al Estado, y también derechos subjetivos del Estado. El problema que se pretende dilucidar, es exclusivamente, el de si el poder punitivo puede contemplarse como uno de esos derechos subjetivos del Estado.” Una segunda precisión al respecto apunta: “Si el derecho subjetivo se concibe como un puro reflejo del Derecho objetivo, al modo kelseniano, entonces la cuestión no tiene sentido, porque obviamente, el poder punitivo surge como reflejo del derecho objetivo. La distinción entre derecho subjetivo y poder jurídico sería, en tales términos, imposible (Derecho Penal Parte General, 1999, p. 60-61).

Bajo esta perspectiva, es importante el concepto emitido por Quintero Olivares frente al *ius puniendi* al indicar:

(...) El entendimiento de que el Derecho Penal subjetivo, *ius puniendi*, no ofrece una problemática especial, constituye, refugiado en una apariencia formalista, «un caballo de Troya» en el que se ocultan ciertas actitudes de los juristas ante el problema de la validez material del Derecho penal situándose en el marco del llamado ordenamiento jurídico positivo (Curso de Derecho Penal Parte General, 1996, p. 6).



Aspecto al que añade que en la actualidad no se puede prescindir del origen de las leyes, pues se estaría renunciando a comenzar su crítica desde el momento en que las leyes se generan, aceptando de forma tácita la validez de lo promulgado, siendo satisfactoria simplemente la interpretación y crítica de todo lo que fuera expidiendo el legislador; motivo por el cual considera que la desatención hacia el llamado *ius puniendi*, en los que la practican, es algo más que un formalismo, es una implícita renuncia a ocuparse desde la raíz política de los delitos y las penas (Curso de Derecho Penal Parte General, 1996, p. 6).

Ante lo manifestado por Quintero Olivares, Gómez Pérez asevera que no está de acuerdo con la idea de considerar el poder punitivo del Estado como un derecho, ya que esto no siempre implica una relación de derecho entre individuo y sociedad cuando se trata de un Estado totalitario; y por otra parte, en los Estados democráticos, el reproche de culpabilidad por una conducta contraria a la que socialmente es permitida y la consecuente facultad de penarla, tampoco puede ser considerada un derecho ya que no es demostrable sino axiológico, y de esta forma, los miembros de una sociedad pudieran tener sus propios códigos de valores, luego habría que entender esta actividad del Estado como una potestad punitiva, necesaria para evitar que las sociedades se desintegren (Los Problemas Actuales en las Ciencias Jurídicas, p. 15).

Aunado a lo anterior, Antonio García indica que la naturaleza del *ius puniendi* pretende buscar una fundamentación a sus límites, citando a Binding, indicando que éste parte de la distinción norma-ley, señalando que:

La misión principal de toda norma es la de establecer la “obediencia”, existiendo un derecho a exigir su cumplimiento, por lo tanto, la conducta contraria a la norma es un delito que merece castigo. Con la ley penal surge un nuevo derecho subjetivo a la “pena”, por lo que la lesión del derecho de obediencia es la fuente del derecho penal subjetivo (Introducción al Derecho Penal: Naturaleza del *Ius Puniendi*, 2005, p. 58).

Establece el autor citado que la doctrina dominante opta por la denominación tradicional del *ius puniendi* como derecho subjetivo con intervención punitiva del Estado, advirtiendo que hay quienes cuestionan tal naturaleza y prefieren hablar de un poder de castigar, refiriéndose a tres momentos en la vida de la norma. (i) Antes de emanar la

norma jurídica, (ii) Una vez dictada la norma jurídica, y (iii) Cuando se infringe la norma jurídica, que parten de la naturaleza del ius puniendi<sup>2</sup>.

Para que surja en el Estado el derecho de castigar o de imponer una pena, es indispensable que el sujeto de derecho haya infringido la norma pre-existente aun cuando esta imposición de la pena en ejercicio del ius puniendi no sea absoluta, ello en virtud de la constante evolución de los modelos de estado que han implementado ciertos límites a esta potestad para el único titular que es el Estado a través de los tratados internacionales, la carta política y el desarrollo normativo del ordenamiento jurídico interno, para evitar precisamente el exceso en el ejercicio del ius puniendi.

Como sabemos, históricamente el Estado ha monopolizado el poder de castigar, sólo el ius puniendi estatal se halla en condiciones de asegurar la justa tutela de los bienes jurídicos fundamentales, monopolizando la violencia privada y la autodefensa, motivo por el cual, políticamente el debate sobre el ius puniendi conlleva a la realización de planteamientos ideológicos y a la consecuente evolución de los sucesivos modelos de Estado: absoluto, liberal e intervencionista.

Cabe anotar que, después de la Segunda Guerra Mundial se pudo comprobar como un Estado intervencionista puede representar peligros para las garantías individuales, razón por la cual es necesario someter a límites al ius puniendi, siendo este el motivo que lleva a Mir Puig a decir que el Estado Social y Democrático debe ser el complemento del Estado Clásico y Liberal y no solo una alternativa, determinándose que el ius puniendi deberá respetar siempre los límites propios de una concepción garantista del Estado.

---

<sup>2</sup> En el primero de los casos “*Antes de emanar la norma jurídica*” en este momento no se puede hablar con rigor de ius puniendi, o de un derecho subjetivo de castigar. En el segundo caso “*Una vez dictada la norma jurídica*” surge el deber de obediencia del ciudadano, y el derecho subjetivo del estado para exigir esa obediencia. En el tercer caso “*Cuando se infringe la norma jurídica*” es allí donde nace el derecho subjetivo del estado a castigar, derivado de la violación de la norma por el infractor, pues al estado le surge el derecho a castigar es una vez se viola la norma jurídica, antes de ello, es una mera expectativa atendiendo que si no se viola la norma, no surge el derecho subjetivo del estado de castigar.

Bernal Castro (Bienes Jurídicos o Protección de la Vigencia de las normas, 2013, p. 111) citando a Hormazábal, al analizar el bien jurídico como derecho subjetivo, resalta la importancia en la explicación de la visión legitimadora del derecho penal, que tiene su raigambre histórica básicamente en las ideas inspiradoras del Estado Liberal, ubicándose la teoría política de este modelo de Estado en el contractualismo, que concebía al derecho subjetivo como un elemento que protegía la individualidad de la persona sobre el Estado, así, que lo verdaderamente valioso para este modelo de sociedad expresada políticamente, se establecía precisamente en la protección del derecho subjetivo porque se asimila al concepto de bien jurídico, surgiendo de ello la función limitadora y garantista del Derecho Penal de corte liberal, pues solo se penarían comportamientos que en realidad pusieran en peligro la esencia personal, restringiéndose la libertad sólo ante unos eventos especiales a partir de las imposiciones materializadas desde la órbita del legislador, limitada por los parámetros filosóficos del modelo de Estado.

Se da paso ahora a lo afirmado por la Corte Constitucional de Colombia cuando analiza las diversas expresiones del ius puniendi que pueden determinar afectaciones sobre los derechos constitucionales:

Las diversas expresiones del ius puniendi pueden determinar afectaciones sobre los derechos constitucionales, pues así lo determinan las sanciones a ser impuestas que van desde el llamado de atención o la carga monetaria a favor del fisco hasta la suspensión o cancelación de una licencia profesional o la inhabilitación temporal para desempeñar funciones públicas o en el caso más extremo, la privación de la libertad, medidas que significan restricciones o limitaciones a derechos y libertades cuyos alcances se reducen a la par que operan las sanciones administrativas, disciplinarias y penales impuestas y tales afectaciones a los ámbitos de libertad o de derecho son legítimas, al estar soportadas en el Derecho y ser el resultado de haberse adelantado un debido proceso, al igual que por no atentar contra dimensiones o facetas iusfundamentales de aquellos u otros derechos constitucionales, ni ir en contra de la dignidad humana o el mínimo vital (CConst, Sentencia C-762/09, J. Henao).

Lo aseverado por la Corte Constitucional, es ratificado por Fernando Velásquez en su *Manual de Derecho Penal*, al ratificar que los límites materiales y formales del derecho penal subjetivo o *ius puniendi* se encuentran en las normas rectoras que están contenidas en el título I del Código Penal Colombiano: «Las normas rectoras contenidas en este Código constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalen sobre las demás e informan su interpretación (2010, p. 42), premisa de la que se infiere que las garantías penales y procesales, se convierten en un límite o barrera a la potestad punitiva del estado o del *ius puniendi* (Ferrajoli, *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*, 1995, p. 91).

Sobre el particular, establece Ferrajoli 10 axiomas del garantismo penal como conjunto de principios exigidos para que una persona sea sometida a un procedimiento penal en el que pueda atribuírsele una pena: 1. *Nulla poena sine crimine* (principio de retributividad de la pena frente al delito); 2. *Nullum crimen sine lege* (principio de legalidad); 3. *Nulla lex sine necessitate* (principio de necesidad o de economía del derecho penal); 4. *Nulla necessitas sine iniuria* (principio de lesividad u ofensividad del acto); 5. *Nulla iniuria sine actione* (principio de materialidad o de exterioridad de la acción); 6. *Nulla actio sine culpa* (principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal); 7. *Nulla culpa sine iudicio* (principio de jurisdiccionalidad); 8. *Nullum iudiciun sine accusatione* (principio acusatorio o de separación entre juez y acusación); 9. *Nulla accusatio sine probatione* (principio de la carga de la prueba o de verificación); y, 10. *Nulla probatio sine defensione* (principio de contradicción, defensa o refutación) (Ferrajoli, *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*, 1995, p. 93).

Los diez principios mencionados fueron ordenados y concatenados de manera sistemática por parte de Luigi Ferrajoli, permitiendo ello definir el modelo garantista de la responsabilidad penal, es decir, las reglas fundamentales en el Derecho Penal que durante los siglos XVII y XVIII a partir del pensamiento *iusnaturalista*, fueron concebidos como principios políticos, morales o naturales de limitación del poder penal; y posteriormente, de forma paulatina, han venido incorporándose a las constituciones y códigos penales, tomando la connotación de principios jurídicos en el moderno Estado de Derecho (Derecho y Razón: teoría del garantismo penal, 1995, p. 93).

Resulta apropiado en este momento, abordar cada uno de los límites al *ius puniendi*, así:

1. Principio de Necesidad, ligado al desenvolvimiento del acontecer histórico íntimamente relacionado con el rechazo al exceso y uso arbitrario del ejercicio del *ius puniendi*, con la adopción de formas de Estado de corte liberal y de la concepción del hombre como sujeto de derechos (Ulloa, *Fundamentación de la pena necesaria*, 2010, p. 11).

Desde la Ilustración, una vez admitida la teoría del *contrato social*, como forma de explicar el poder proveniente del acuerdo entre ciudadanos que querían asegurar su libertad y convivencia pacífica frente a los ataques de terceros, se volvió la mirada hacia el castigo como eje de control y dominación, y se abogó por la conformación de un derecho penal “*humanista*” fundado en la “*necesidad*” como justificación y límite de la pena (Ulloa, *Fundamentación de la pena necesaria*, 2010, p. 15).

En tal sentido Montesquieu afirmó: “*toda pena que no se derive de la absoluta necesidad es tiránica; la ley no es un mero acto de poder, y las cosas indiferentes no le incumben*” (El espíritu de las leyes, 2001, p. 282), idea retomada por Cessare Beccaría en 1764<sup>3</sup>, quien indica que el fundamento que tiene el soberano para castigar, proviene de que su acto de autoridad derive de la *absoluta necesidad*, es decir, se supone la inexistencia de otros medios alternativos más benignos con el derecho afectado y aptos para alcanzar el propósito propuesto (CConst, C-670 de 2004, C. Vargas).

Así también, la Corte Constitucional ha indicado:

La necesidad de la pena exige de ella que sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados no sólo en cuanto ella por su poder disuasivo e intimidatorio evite la comisión de conductas delictuales, o por

---

<sup>3</sup>Todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico. Veis aquí la base sobre la que el soberano tiene fundado su derecho para castigar los delitos: sobre la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones (...) Fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella solo que baste para mover a los hombres para que la defiendan. El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho de castigar; todo lo demás es abuso, y no justicia: es hecho y no derecho.

lo menos las disminuya, sino también en cuanto, ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica y cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural (CConst, C-647 de 2001, A. Beltrán).

2. Principio de intervención mínima, tiene como punto de partida el principio de proporcionalidad, pues la pena será proporcional en la medida en que su contenido de violencia sea suficiente para lograr los fines a los que aspira y así, todo lo que rebase ese umbral será superfluo y por consiguiente desproporcionado, sus límites se exceden cuando se produzca una inadecuación clara entre el medio empleado y las finalidades obtenidas; principio que descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal: (i) El ser un derecho fragmentario, en cuanto no se protegen todos los bienes jurídicos, sino tan sólo aquellos que son más importantes para la convivencia social, limitándose además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes, y (ii) El ser un derecho subsidiario que ha de operar únicamente cuando el orden jurídico no pueda ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal (Villegas, 2009, p.1-10).

La Corte Constitucional se pronunció sobre este mismo carácter de doble vía del principio de intervención mínima indicando que:

En virtud del principio de intervención mínima la actuación punitiva del Estado, que restringe el campo de la libertad y que mediante la pena priva de derechos fundamentales o condiciona su ejercicio, por una parte, debe ser el último de los recursos (ultima ratio) de los que el mismo tiene a su disposición para tutelar los bienes jurídicos y, por otra parte, debe ser lo menos gravoso posible para los derechos individuales, mientras resulte adecuado para alcanzar los fines de protección que se persiguen (CConst, C-356 de 2003, J. Araujo).

Cabe anotar que, este principio no hace parte del principio de legalidad ya que se trata de un criterio de política criminal dirigido en exclusiva al legislador que opera como criterio hermenéutico de las normas penales dirigido al legislador, en razón a que es éste

órgano al que le compete la creación de los delitos y las penas, siendo ese el momento donde se debe analizar cuáles son los límites de intervención en las libertades de los ciudadanos.

3. Principio de humanidad, la evolución que ha tenido el derecho penal presenta cauces cada vez más garantistas que tienden a la humanización de las penas en armonía con los mínimos satisfactorios de eficacia preventiva, motivo por el que el ordenamiento jurídico interno desde la Constitución política, la ley aprobatoria de la Convención sobre la Tortura, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Universal de Derechos Humanos entre otros instrumentos de derecho internacional, propenden por la protección de derechos fundamentales como la vida y la integridad tanto física y psíquica a través del mandato de no consagración y eliminación de la legislación interna de todos aquellos procedimientos y penas que conlleven tratos degradantes o inhumanos, incluida la pena de muerte.

Así mismo nuestro sistema acusatorio, dentro de las condiciones para el ofrecimiento o concesión de la figura jurídica de extradición de nacionales, exige que al solicitado no se impongan penas más graves que las que eventualmente se impusieran en el territorio nacional; y en el evento de ser requerido por un delito que en el país que solicita tuviese como sanción la pena de muerte; solo procederá la extradición, con la condición de la conmutación de tal pena, estableciéndose además que al extraditado “(...) *no se le someta a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni a las penas de destierro, prisión perpetua o confiscación*” (Ley 906 de 2004, Art. 494).

En ese orden, el principio de humanización de la pena conduce necesariamente a manifestar el debido respeto por el procesado y sentenciado en procura de su rehabilitación social; principio que además conllevan a hacer efectivas las garantías y derechos del procesado y condenado, independientemente de cual haya sido la conducta cometida o de qué manera se haya afectado el bien jurídico tutelado.

4. Principio personalidad de las penas, indica que la responsabilidad penal se limita a los autores y partícipes del hecho delictivo, es decir que, solo se puede responder por los hechos propios, triunfo de la doctrina aplicada en el Estado liberal, donde se establece

como principio que *la pena no puede trascender a la persona del delincuente*, así de acuerdo con la obra de Zaffaroni:

(...) el estado de policía extiende la responsabilidad a todos lo que rodean al delincuente, por lo menos por no haber denunciado su actividad, y considera peligrosa a su familia, porque pueden vengar al delincuente. Estas características se acentúan en los delitos que afectan la existencia del estado, que en el estado de policía se confunde con el gobierno. [...] En el estado de derecho la pena debe ser personal. [...] la pena no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se extenderá a sus parientes de cualquier grado (Derecho Penal Parte General, 2005, p. 102).

5. Principio de Protección de Bienes Jurídicos, En un estado social y democrático, sólo deberá ampararse como bienes jurídicos aquellas condiciones que afecten las posibilidades de participación de individuos en el sistema social, lo cual implica sine qua non, que están revestidos de una importancia fundamental (Miur Puig, 2008, p. 88).

El bien jurídico establece parámetros para la política-criminal, es decir, limita la acción del legislador cuando define conductas como delitos, materializándose de esta forma, un Derecho Penal garantista que ofrece barreras al uso desmedido del *ius puniendi*, en cuanto no sometido al *ius poenale*, límite que no posibilita la creación legislativa de delitos carentes de bien jurídico, en cuanto no pueden elevarse a la categoría de delito conductas que solamente atenten contra intereses políticos o ideológicos (CConst, C-365 de 2012, J. Pretelt).

Aspecto que ha sido analizado por la Corte Suprema de Justicia así:

(...) el bien jurídico se erige como fundamento y como límite del derecho punitivo del Estado, lo primero, por cuanto se dirige a proteger los derechos individuales y colectivos requeridos para una convivencia pacífica, próspera y participativa en procura de que sus miembros obtengan el cabal desarrollo de los derechos y libertades reconocidos por la Carta, es decir, que los bienes jurídicos deben ser instituidos y ponderados desde un contexto político social; y como límite, en cuanto restringe al legislador a seleccionar sólo los comportamientos que verdaderamente ostenten la potencialidad de dañar o poner en riesgo los bienes jurídicos protegidos por la norma y al juez, en cada caso, a verificar si la



conducta efectivamente lesionó o colocó en riesgo el mismo bien jurídico (CSJ, 2006, Proceso núm. 19499, J. Socha).

Se infiere de lo anterior que, como quiera que con el delito se vulnera uno o varios bienes jurídicos protegidos por la ley, entendido éste como *bien jurídico* que normativamente ha sido tipificado para ser protegido por el Estado, necesariamente debe existir una lesión, daño o puesta en peligro de dicho bien, que se entiende como un elemento del delito, principio que a continuación se analiza.

## **2. El abuso del principio de lesividad.**

La aplicación de una pena solo será posible si se constata la lesión o puesta real y efectiva en peligro de un bien jurídico; erigiéndose éste como el límite fundamental que soporta el principio de necesidad que surge de la reacción penal que demandan los comportamientos más graves y no los de escasa entidad, es decir, que no todo ataque y afección al interés jurídico debe ser sancionado penalmente, únicamente aquellos que causan una verdadera lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

El principio de lesividad en nuestro Código Penal colombiano (Art. 11) se encuentra señalado como *antijuridicidad* e indica que “*para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley*”, a lo cual la Corte Suprema de Justicia indicó:

De ahí que la Sala venga reiterando que al requerir el artículo 11 del Código Penal la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico sin justa causa, está haciendo énfasis en la necesidad de concurrencia de la antijuridicidad formal y material, entendida aquella como el reproche que hace el Estado al sujeto activo de la conducta por enfrentar su voluntad a la prohibición o mandato de la norma, y ésta como la censura a la conducta por lesionar o poner en peligro realmente el interés jurídico tutelado (CSJ, 2006, Proceso núm. 19499, J. Socha).

Ya en 2008 la Sala de casación penal indicó:

En torno a este tema se tiene establecido que la antijuridicidad, como elemento estructurante del delito, debe ser entendida en sentido material y no solo desde su perspectiva formal, es decir, como la mera disconformidad de la conducta con el ordenamiento legal (...) Esto significa que el derecho penal no existe para

sancionar exclusivamente con base en la confrontación que se haga de la acción humana con la norma, sino, más allá, para punir cuando de manera efectiva e injustificada se afecta o se somete a peligro un bien jurídicamente tutelado (CSJ, 2008, Proceso núm. 29.183, Y. Ramírez).

En tal sentido, tanto el Estado como el derecho penal requirió una justificación que le brinde aval a su existencia, significando ello que se requiere de una legitimación que responda: ¿por qué obedecer?, siendo indispensable también responder ¿por qué castigar?, ¿qué posibilita que se castigue a alguien?, ¿cuál es esa razón que da origen al castigo? Y, ¿qué sentido tiene la sanción?

Es así como de los cuestionamientos señalados, el Estado ha justificado su existencia, estableciendo parámetros generales para el desarrollo de una sociedad a nivel de proyecto de vida a partir de los cuales idealizan una forma de vivir, de actuar e interactuar, surgiendo así diferentes tipos de normas que regulan diversos aspectos del ámbito social entre ellas, aquellas que describen una acción delictiva y su respectiva sanción. De esta forma, teóricos como J. J. Rousseau, plantean que el castigo surge de la necesidad de contrarrestar la ofensa sufrida por la víctima e impulsada por el victimario, teniendo esta ofensa sentido solo en la medida en que existe la necesidad de conservar una posición social, la cual se encuentra determinada por el valor que cada sujeto le otorga a la misma en cuanto esta le otorga su estatus (Rousseau, Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres, 1923, p. 36).

Con base en lo anterior, se intenta construir un Estado enmarcado dentro de parámetros de igualdad, donde todas las personas cuenten con todos sus derechos de manera equitativa, motivo por el que deben agruparse las voluntades y libertades del conglomerado con el fin de estructurar un orden social que permitiera potencializar las libertades y los derechos mismos de cada individuo (Rousseau, Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres, 1923, p. 15), concibiéndose de esta forma un poder soberano que descansa en la *Voluntad General*, voluntad que tiene el deber de mantener los derechos de cada uno de los integrantes del conglomerado; de esta misma manera, cuando se ofende a uno de los miembros de dicha agrupación, se genera un agravio a todo el grupo social y ya no es un asunto de protección de la esfera individual sino de la estabilidad social por cuanto:

“Desde que esta multiplicidad queda constituida en un cuerpo, no se puede ofender a uno de sus miembros, sin atacar a la colectividad y menos aún ofender al cuerpo sin que sus miembros se resientan” (Rousseau, Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres, 1923, p. 17).

De lo anterior surge que, el mencionado conflicto entre particulares se ve sustituido por el conflicto entre sujeto y Estado (Zaffaroni, En Busca de las Penas Perdidas, 1998, p. 154), en el cual este último adquiere la potestad de corregir aquellos comportamientos que hacen daño al conglomerado social a través de la imposición de la pena por parte del Estado depende de la lesión producida a un bien jurídico-penal, lo cual legitima la intervención penal del Estado por aplicación del principio de lesividad, que tiene como misión indicar cuáles son los objetos de protección penal, sino que también reconoce el contenido preciso de cada bien tutelado con el fin de evitar, por ejemplo; la inocuidad de criminalización cuyo objeto carece de contenido porque pretenden justificar su protección penal en la simple enunciación de derechos (Hormazábal Malarée, 1991, p. 139), razón por la cual, el contenido de los objetos susceptibles de protección penal debe ser vinculado a ciertos referentes que cumplan una función orientadora y limitante del derecho penal del Estado.

Entretanto, un problema reciente en la formulación del principio de lesividad, es la carencia de fundamento de los bienes colectivos, llevando ello a crear una tendencia expansiva de la protección penal (Corcoy Bidasolo, 1999, p. 213), sin que la acentuación en la protección de lo necesariamente social haya maximizado la categoría del bien jurídico y justificado la necesidad estatal de ampliar la esfera de protección penal, aspecto que en la actualidad ha conllevado al abuso del principio de lesividad, afirmándose que el bien jurídico es utilizado como una especie de talismán, cuya simple enunciación justifica la criminalización de determinadas conductas.

Ahora bien, haciendo un recorrido por la evolución del concepto de bien jurídico, se abordará Luigi Ferrajoli en su obra *Derecho y razón*, donde trata el tema de la parábola involutiva de la doctrina del bien jurídico, indicando que la ciencia penal moderna se ha esforzado por encontrar fundamento objetivo y ontológico al concepto, identificando en el estudio sobre lesividad, concepciones de daño criminal, objeto del delito y bien jurídico, entendido éste último como el interés protegido, estableciendo que el estudio de estos conceptos se ha caracterizado por la ininterrumpida expansión de su significado

de manera simultánea al progresivo desvanecimiento tanto de sus referentes empíricos como de su función garante de los límites o condiciones que pueden justificar la prohibición penal (2011, p. 468), retomando en este análisis que el concepto de bien jurídico tiene su origen en el pensamiento ilustrado donde indica que el objeto del delito tenía que ser necesariamente *un derecho subjetivo natural de la persona*, indicando además que en la Escuela Clásica conserva una innegable base empírica, designando para Romagnosi: “Una cosa nociva para el bienestar ajeno”, para Pellegrino Rossi “un mal material” y para Carrara “El mal sensible que el delito produce al violar un derecho atacado”.

Sin embargo, conforme pasa el tiempo, ya para la segunda mitad del siglo XIX en sintonía con la reacción anti-ilustrada y anti-garantista, estos conceptos pierden su función axiológica, su significado se amplía y altera su referente empírico desplazando los intereses individuales afectados para proteger el interés del estado, lo cual según Hegel, conlleva a que desaparecieran progresivamente las teorías del bien jurídico, los intereses materiales de los individuos, cediendo su puesto, en primer lugar a los intereses y la voluntad del estado, y, después, a la simple idea del derecho y del Estado.

En palabras de Ferrajoli, la concepción idealista del bien jurídico suministro la base de la clasificación de los delitos del Código Fascista de 1930, pues en su parte inicial se establecía que el objeto de los delitos de homicidio, lesiones, hurtos y afines, no se relacionaban con la vida, integridad personal o propiedad privada, sino con el interés del estado en la seguridad de las personas físicas, siendo este el motivo por el cual, una vez admitido que Estado y Derecho son valores éticos y fines en sí mismos, los conceptos de bien y de daño terminan por identificarse con lo que place o disgusta al soberano; aunado a ello, a comienzos del siglo XX con el giro poco racional que se produjo en la cultura alemana, el concepto de bien se desmaterializa de forma definitiva, transformándose de criterio de delimitación y deslegitimación externa a instrumento positivo y autoreflexivo de legitimación política de los intereses tutelados, produciéndose en virtud de ello, la confusión entre derecho y moral, alcanzando el concepto de bien jurídico el final de la llamada parábola involutiva.

Superada, la segunda guerra mundial con el nacimiento de una cultura penal liberal y democrática, para Ferrajoli el concepto de *bien jurídico* recuperó su carácter garantista

gracias a la restauración de su referencia semántica a situaciones objetivas y a intereses previos a las normas jurídicas, devolviendo la relevancia crítica y la función axiológica.

Hasta aquí se observa como el Derecho Penal adquiere su justificación de la función que se le adjudica de preservar el orden estatal y jurídico frente a los ataques de quienes se apartan del mismo, bien sea para mantener la vigencia de la voluntad general o para permitir que el soberano mantenga dicha posición y pueda continuar con el cumplimiento de sus deberes garantizando la paz entre los ciudadanos, justificándose esta rama del derecho en torno a sus fines, sus funciones, su utilidad y a lo que busca proteger. Sin embargo, en adelante aparecen los intentos por responder a las preguntas: ¿qué es exactamente lo que este derecho protege?, ¿cuál es su objeto de protección?, ¿este objeto de protección es algo determinado o determinable?, o si por el contrario ¿es solo una entelequia vacía que debe ser llenada de contenido según las necesidades de la estructura social dominante?, así pues, de esa diferenciación entre objeto de protección material o formal, surgen distintas perspectivas con diversas consecuencias para la teoría del delito y para una sociedad en concreto, pues tal como se ha plasmado, la concepción del delito y por tanto de su objeto de protección, están determinadas por los modelos de Estado y de pensamiento que llevan la dirección en el respectivo contexto social y temporal.

### **3. Concepto y función del Bien Jurídico.**

En un sinnúmero de circunstancias se utiliza el término *bien jurídico* de forma indiscriminada y tal vez inapropiada, se usa bien como el objeto de protección del Derecho Penal, como una barrera o como limitante al ejercicio del poder en todas sus acepciones, incluso se sostiene que éste proviene de las entrañas mismas del contrato social como un Derecho a ser respetado y un Deber de respetarlo, pero al entrar a definir lo que es un bien jurídico y en concreto bien jurídico merecedor de la tutela penal, no son muchas las referencias.

En lo que respecta a la teoría del delito, cabe mencionar que surge como una manera de evitar las valoraciones subjetivas propias de modelos no positivistas de interpretación del derecho penal, pasando de una mera observación de la norma a su estructuración sistemática; por tal razón, estos modelos comienzan a cimentarse a partir de la construcción de un sistema, observando al derecho como un objeto que puede ser aprehendido y encasillado en las características que Comte estableció en su método

positivo para efectos de que fuera tenido como ciencia, siendo a través del positivismo que el estudio del derecho pretende sacudirse de los postulados metafísicos que lo permeaban, tomando la norma como un objeto perceptible por los sentidos (Rocco, *El Problema y el Método de la Ciencia del Derecho Penal*, 1999, p. 22) y la convierte en el centro del estudio jurídico partir del cual construye un sistema organizado y racional (Comte, *Discurso Sobre el Espíritu del Método*, 2011, p. 13-15) orientado a obtener rendimientos útiles que permitan la modificación del mundo y hacer que la norma se convierta en un comportamiento real, con lo cual se cambia el eje sobre el cual gira el derecho, pasando de la necesidad de justificar la existencia del derecho penal y la pena a centrarse en la norma como elemento perceptible por los sentidos de forma sistémica, generando una expectativa total de la realidad sin lugar a vacíos, es decir, la norma pasa a ser el objeto de protección, que hasta este momento tenía un fuerte contenido político ya que era fundamentalmente la agrupación de postulados valorativos abstractos.

En este orden de ideas, la norma se convierte en un objeto real de protección, revestidos de valores concretos (Hormazábal Malarée, 1991, p. 36) precisados por el legislador, lo que hace que el concepto haga referencia a la protección de la norma como estructura vacía dependiente del devenir de la política legislativa, retomando el modelo kantiano en lo que respecta a la importancia que tiene el cumplimiento de la Ley, bien por mandato categórico o por ser un mandato perceptible por los sentidos; concepción que se proyecta hacia Italia con Rocco y a Alemania con los partidarios del esquema clásico del derecho penal, pues producto de esta adaptación del derecho penal al modelo positivo científico, se produjo la desmaterialización del objeto de protección del derecho penal, convirtiéndolo en un modelo vacío en cuanto se hace meramente procedimental y se instrumentaliza en torno a la voluntad política hallada en la cumbre del poder estatal.

Así, pierde la posibilidad de evaluar de manera crítica el contenido de los postulados normativos y legales, dando paso la posibilidad que se consoliden modelos de derecho penal desmesurados drásticamente limitadores de los Derechos Humanos, pues limitarse al estudio de la coherencia normativa, hace que se pierda la perspectiva de derecho penal como límite al poder punitivo del Estado, permitiendo que se establezcan modelos deshumanizantes en los que prima la lógica, la coherencia y la vigencia del sistema sobre la humanidad.

En la Italia por ejemplo, a principios del siglo XIX se presentaba una pugna por la orientación de la reforma al Código Penal, de un lado, por Enrico Ferri y en segundo

lugar, por Arturo Rocco, que enfrentó de manera directa dos vertientes del positivismo que habían sido construidas como modelos de comprensión del derecho. Ferri pretendía disolver las barreras entre derecho y sociología, estudiando la norma jurídica a la luz de la sociedad y los sujetos sociales, tomando al derecho penal como una forma de protección del conglomerado social frente a un sujeto peligroso, el delincuente (Ferri, 1933, Principios de Derecho Criminal, p. 562), desviándose de esta forma el objeto de estudio del derecho penal ubicado en la defensa que la sociedad (Ferri, 1907, Sociología Criminal, p. 27) ejerce frente a aquel individuo que representa un peligro para ella, aplicando un remedio a su anormalidad patológica (Ferri, 1907, Sociología Criminal, p. 2) con el fin de que se convierta en un sujeto normal y pueda articularse de nuevo con la sociedad; postura que aleja el derecho penal de la acción y del objeto normativo de protección, estableciéndolo como un modelo de prevención del delito, entendiéndolo como el efecto de una agresión contra el orden social, perdiéndose de esta forma parte de su sentido al ser una simple herramienta utilizada para enfrentar al sujeto peligroso, reducirlo y resocializarlo.

Sin embargo, frente a esta posición surge el modelo de Rocco, modelo que finalmente se impone en Italia, el cual buscó desligarse de las otras ciencias sociales sin una ruptura absoluta, pues reconocía la posibilidad de interacción entre el derecho penal, la criminología y la política criminal, pretendiendo incomunicar en la mayor medida posible el estudio del derecho penal y concentrarlo en el entendimiento de la norma como estructura fundamental del sistema jurídico (modelo conocido como la orientación técnico-jurídica del derecho (Rocco, El Problema y el Método de la Ciencia del Derecho Penal, 1999, p. 11), precisamente porque el conocimiento jurídico se centra en la técnica normativa que se apoya únicamente en casos específicos en ciencias auxiliares como la antropología o la sociología y que pretende abordar todas las problemáticas que llegan al derecho penal desde una perspectiva meramente normativa, retomándose así la senda de la norma y de su análisis, punto en el que había quedado luego de los adelantos contractualistas kantianos y hegelianos; norma que según Rocco, se centra en la protección de “intereses humanos y los bienes de la existencia individual y social cuya ofensa (trasgresión) revele y produzca al mismo tiempo un peligro para la existencia de la sociedad jurídicamente organizada” (Rocco, El Problema y el Método de la Ciencia del Derecho Penal, 1999, p.27).

Al tratar de darle alcance a los planteamientos ilustrados hasta aquí, se puede decir que son los derechos fundamentales protegidos por el derecho penal cuando es estrictamente necesario, es decir, cuando la tutela de estos bienes fundamentales no se puede garantizar de otro modo, decantando que el bien protegido no sea de aquellos que afectan exclusivamente la moral de las personas, que si bien, pueden ser reprochables a la luz de las buenas costumbres, afecten o pongan en peligro además de los sentimientos de algunos ciudadanos, bienes que sean susceptibles de protección, no de cualquier tipo de protección, sino que sean objeto de tutela mediante la amenaza de una pena, es decir, de tutela penal.

En otras palabras, cuando la protección del bien o derecho es elevada a la categoría de *bien tutelado o protegido por el derecho penal*, mediante la amenaza estatal de una sanción a través de una norma para aquella persona que con su conducta vulnere, ponga en peligro o amenace con lesionarlo, se puede inferir que el bien jurídico obtiene este carácter con la vigencia de una norma que lo contenga en su ámbito de protección, sin embargo, si esta norma no existe este bien no deja de existir pero sí de tener el carácter de jurídicamente protegido por la ley penal.

Esta característica proteccionista que brinda la normatividad para con los bienes jurídicos se hace notar desde nuestro sistema jurídico a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991, y con mayor incidencia en el derecho penal, ya que es en esta rama del derecho en la que la norma se orienta directamente a la supresión de cualquier acto contrario que vulnere o ponga en peligro ese bien jurídico. Por ejemplo, el delito de homicidio busca sancionar la conducta desplegada por un agente contra la vida y el delito de acceso carnal abusivo busca proteger la libertad, integridad o indemnidad sexual de una persona.

En síntesis, el derecho penal se fundamenta en la premisa que solo se recurrirá a él cuando no existen otros medios de protección más efectivos, es allí donde surge el concepto dogmático de bien jurídico tutelado que trata de establecer la escisión entre derecho y moral, que si bien podrían llegar a coincidir en algunos aspectos, nunca deben ser equiparados los medios para su protección; siendo importante anotar que este concepto de bien jurídico es fruto del devenir de los modelos de Estado y producto de un Estado Social y Democrático de Derecho que tiende a garantizar la protección de la sociedad a través de la tutela de sus bienes jurídicos que tienen connotación



fundamental al promover la protección de la participación de los individuos en sociedad, manteniendo el equilibrio y respeto de la propia esfera de libertad individual por parte de cada uno de los individuos.

En suma, los bienes jurídicos son intereses o derechos que se expresan normativamente como valores o principios en nuestra Carta Magna y normatividad penal, sirven como elemento limitador a la potestad punitiva del Estado colombiano o *ius puniendi*, propendiendo por un derecho penal mínimo, donde la expedición de las normas esté precedida de especial cuidado en la protección de los principios de proporcionalidad, necesidad, adecuación, idoneidad, donde se encarguen de castigar lo estrictamente necesario y se dé preferencia a la concepción restringida de bien jurídico con lo cual se quiere que la expedición de leyes tenga una carga argumentativa que dé legitimidad a la norma y garantías fundamentales que permitan el efectivo desarrollo de un debido proceso.

#### **4. Conclusión.**

En el desarrollo del concepto del bien jurídico como objeto de protección, se han observado dos tendencias de talante normativista. La primera, le otorga contenido al bien jurídico desde un momento previo al derecho penal, plasmando elementos políticos, sociológicos o filosóficos y que el legislador transmite a la norma penal, elevando tales intereses, valores y/o principios a nivel de norma jurídica merecedora de tutela jurídico-penal; mientras que la segunda tendencia, sitúa el objeto de protección en un momento posterior a la expedición de la norma, partiendo de los postulados que la misma norma establece sin confrontarlos con elemento extra-normativo alguno. Así, este objeto de protección tiene sentido solamente en la medida en que se profiere dentro de la esfera de libertad configurativa que tiene el legislador.

Frente a estas dos tendencias, han surgido modelos actuales de interpretación del objeto de protección del derecho penal, una de ellas, plantea un distanciamiento total del bien jurídico como objeto de protección, pues se centra en la construcción de la expectativa de garantía de seguridad o sensación de seguridad como objeto de protección del derecho penal; posición que ha llevado a la deshumanización del Derecho Penal, ya que su punto de partida se aleja de la realidad de las personas que quedan sometidas ante el

derecho y se centra en la validación de la norma jurídica como elemento central del derecho penal.

Con ello, barreras como la fragmentariedad del derecho penal desaparecen y el fundamento de la tipificación de los delitos puede pasar de castigar los actos que trasgredan en mayor medida los derechos humanos y derechos fundamentales de las personas a tipificar cualquier conducta que sea considerada como una afrenta al sentimiento de seguridad es decir, a aquella expectativa fáctica que tiene cada ciudadano que terceros no afectarán de manera negativa su organización, postura que no implica la construcción de delitos de peligro, pero sí posibilita la creación de un sistema con la capacidad de reprimir cualquier acto ya sea lesivo o no para una persona en particular.

Sin embargo, es prudente anotar que, desde la teoría funcionalista de G. Jakobs, se tiene que el objeto de protección del Derecho Penal se reduce a una ficción vacía, toda vez que aquella potencialidad de proteger una condición del ciudadano, se convierte en un interés por proteger exclusivamente la expectativa que tienen las personas de mantenerse seguras, terminando por proteger la expectativa antes que al ser humano; en definitiva, el fin de la norma penal es protegerse a sí misma, premisa que no ha impedido el surgimiento de tendencias que se han centrado en las realidades materiales de los seres humanos en sociedad, radicando su importancia en el contexto social de donde son extraídos aquellos principios axiológicos que determinan cada una de las necesidades tanto a nivel individual como las de la comunidad, llegando incluso a ser objeto de la tutela penal.

En el caso colombiano, se vislumbra que el bien jurídico no representa un límite político criminal para la construcción del Derecho Penal, pues en este Estado la potestad de la rama legislativa goza de gran amplitud a la hora de definir el tipo de bien jurídico, por lo que en tal aspecto parece asimilarse la realidad colombiana a la segunda tendencia planteada, donde el legislador construye los bienes jurídicos a su entender.

Una vez expuestas cada una de las posturas a lo largo del presente artículo, se puede concluir que, el objeto de protección del derecho penal en Colombia es el bien jurídicamente tutelado, entendido este como los derechos en concreto de la persona violentada, en otras palabras se trata de las necesidades y condiciones de aquella

persona que ha visto como su situación se ve afectada de forma negativa por el actuar de un tercero.

Con todo, es preciso señalar que a la luz de la Constitución Política de 1991 y su desarrollo normativo en materia penal, aunado a lo estipulado por las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, el bien jurídico no puede ser entendido como un simple ideal vacío de contenido, donde el potencial de ser realidad se restrinja a la mera comunicación del mensaje de validez de la norma; por el contrario, este debe ser el depósito de las necesidades del sujeto pasivo de la conducta punible, y es en torno a estas necesidades vulneradas que el Derecho Penal debe desplegar aquel objeto de protección, ya sea tutelando los derechos de las víctimas desde la implementación de bienes jurídicos en el ordenamiento penal o de los victimarios desde la correcta aplicación del *ius punendi*.

A partir de lo anterior, cabe decir que un ordenamiento jurídico penal que no se estructure político-criminalmente en torno a un bien jurídicamente tutelado cuyo fundamento se encuentra en las necesidades y realidades del conglomerado social que pretende regular, puede caer en un campo en el que cualquier conducta puede ser punida, desestimando la restricción de los delitos de peligro, toda vez que al construir un sistema jurídico tan extenso, el peligro no existe, pues no se sancionan las conductas por el desvalor del resultado sino por el solo desvalor del acto, lo cual significa que hay sanción solo por quebrantar la norma penal.

significa esto que el sistema jurídico-penal no solo es represivo, sino completamente ajeno a un modelo constitucional de Estado Social y Democrático de Derecho, fundamentado en la Dignidad Humana, pues en este caso la norma prevalecería sobre el Ser Humano, instrumentalizándolo y dejándolo al devenir de la sensación de seguridad y peligro que pueda afectar al conglomerado social, con el objeto de imponer sanciones y no precisamente para evitar nuevas lesiones, sino para enviar un mensaje de validez de la norma.

Así, un Estado que pretenda mostrarse como garantista de los Derechos Humanos de la población debe alejarse de posturas que tiendan a eliminar el bien jurídico como expresión del objeto de protección del derecho penal, pues de lo contrario terminaría convertido en un Estado Policivo, en el que únicamente el Estado está por fuera del alcance del derecho penal, convirtiendo a todos los ciudadanos en enemigos

susceptibles de ser neutralizados para garantizar aquella expectativa de seguridad, lo cual no implica confundir el objeto sobre el cual recae la acción criminal con el objeto de protección del bien jurídico; sino darle un sentido material a ese objeto de protección visto como bien jurídicamente tutelado.

En este escenario, a nivel político criminal solo deben castigarse aquellas conductas que afecten las posibilidades de los ciudadanos de satisfacer sus necesidades y no aquello que se considere como nocivo per se; mientras que a nivel dogmático, es preciso que la contradicción con la norma no sea en sí misma una fuente de castigo, sino que se castigue aquella acción que en efecto perturba las posibilidades de que una persona pueda satisfacer sus necesidades que le permita desarrollar su vida de una manera acorde al proyecto que ha definido.

En términos de coherencia del sistema, existe una fuerte problemática que trasciende la rama judicial, entendiendo al bien jurídico como elemento esencial en la determinación de la existencia de un delito y de la necesidad de castigar una conducta, pues paralelamente en instancias legislativas, ese bien jurídico es despojado de su carácter de componente orientador del derecho penal, en tanto predominan los proyectos de ley para castigar conductas que se consideran inadecuadas en términos abstractos, como sucede con el porte de partes de armas de fuego.

En Colombia no es posible entender que el objeto de protección del Derecho Penal en el sistema jurídico estructurado desde los ideales de justicia, tiene una referencia abstracta en su definición conceptual, ello por cuanto se identifica con la situación material de una sociedad histórico, social y políticamente situada; sin embargo, esta definición expone la necesidad de observar en cada caso el daño particular sobre cada uno de los asociados, surgiendo entonces la posibilidad de establecer una nueva definición de bien jurídico concerniente a la afectación o peligro de lesión que en concreto una acción delictiva tiene sobre la vida o proyecto de vida de la víctima.

## **Referencias**

Beccaria, C. (2005). De los Delitos y de las Penas. Bogotá, Colombia: Temis, 3ª. Fue publicado anónimamente en 1764. Traducida al castellano por primera vez en 1774.

Bernal Castro, C.A. (2013). Bienes Jurídicos o Protección de la Vigencia de las normas. Bogotá D.C.: Universidad Católica de Colombia.

Cobo del Rosal, M. & Vives Antón, T.S. (1999). Derecho Penal Parte General. Valencia: 5ta. Edición.

Congreso de la República de Colombia. (24 de julio de 2000). Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=6388>

Congreso de la República de Colombia. (31 de agosto de 2004). Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=14787>

Corcoy Bidasolo, M. (1999). Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supra individuales. Tirant lo Blanch: Valencia.

Corte Constitucional de Colombia. (20 de junio de 2001). Sentencia C-647 de 2001. MP. Alfredo Beltrán Sierra. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2001/C-647-01.htm>

---. (6 de mayo de 2003). Sentencia C-356 de 2003. MP. Jaime Araujo Rentería. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-356-03.htm>

---. (13 de julio de 2004). Sentencia C-670 de 2004. MP. Clara Inés Vargas Hernández. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-670-04.htm>

---. (29 de octubre de 2009). Sentencia C-762 de 2009. MP. Juan Carlos Henao Pérez. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-762-09.htm>

---. (16 de mayo de 2012). Sentencia C-365 de 2012. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-365-12.htm>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (19 de octubre de 2006). Proceso núm. 19499. MP. Julio Enrique Socha Salamanca. Recuperado de: [https://www.google.com.co/#q=Corte+Suprema+de+Justicia.+Sala+de+Casaci%C3%B3n+Penal.+\(19+de+octubre+de+2006\).+Proceso+n%C3%BAm.+19499](https://www.google.com.co/#q=Corte+Suprema+de+Justicia.+Sala+de+Casaci%C3%B3n+Penal.+(19+de+octubre+de+2006).+Proceso+n%C3%BAm.+19499)

---. (8 de julio de 2009). Proceso núm. 29.183. MP. Yesid Ramírez Bastidas. Recuperado de: <https://www.google.com.co/#q=Corte+Suprema+de+Justicia%2C+Sala+de+Casaci%C3%B3n+Penal.+Proceso+No.+29.183.+Noviembre+de+2008>

Comte, A. (2011). Discurso Sobre el Espíritu del Método. Recuperado de: <http://www.butazzoni.com/wp-content/uploads/2011/10/Comte-A.-Discurso-sobre-el-espiritu-positivo.pdf>

Ferrajoli, L. (1995). Derecho y Razón teoría del garantismo penal, Editorial Trotta, Madrid.

Ferri E. (1907). Sociología Criminal. Centro Editorial Góngora. Madrid.

Ferri, E. (1933). Principios de derecho criminal. Traducción José A. Rodríguez M. Madrid: Editorial Reus.

Galvis Rueda, M.C. (2003). Sistema penitenciario y carcelario en Colombia: teoría y realidad. Pontificia Universidad Javeriana. Departamento de Derecho Penal: Bogotá.

García, A. (2005). Introducción al Derecho Penal: Naturaleza del Ius Puniendi. Madrid: Ed. Universitaria Ramón Areces.

García Cotarelo, R. (1998). Teoría del Estado y Sistemas Políticos. Parte General. Reimpresión con fines académicos. Facultad de Derecho. Universidad de la Habana.

Gómez Pérez, A. (2000). Los Problemas Actuales en las Ciencias Jurídicas. Universidad de la Habana: Facultad de Derecho.

Hassemer, W. (2003). Por Qué No Debe Suprimirse el Derecho Penal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México.

Hormazábal Malarée, H. (1991). *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*. PPU: Barcelona.

Mir Puig, S. (1996). Derecho Penal Parte General. Barcelona: 4ta Edición.

Mir Puig, S. (2008). Derecho Penal. Parte General. Barcelona: Reppertor, 8º Edición.

Montesquieu, C. (2001). El espíritu de las leyes. Bogotá: Ediciones Universales.

Quintero Olivares, G. (1996). Curso de Derecho Penal Parte General". Barcelona: CEDECS.

Rocco, A. (1999). El Problema y el Método de la Ciencia del Derecho Penal. Bogotá: Temis.

Rousseau, J.J. (1923). Discurso Sobre el Origen de la Desigualdad Entre los Hombres. Madrid: CALPE. Recuperado de:

[http://www.catedradh.unesco.unam.mx/SeminarioCETis/Documentos/Doc\\_basicos/5\\_biblioteca\\_virtual/2\\_genero/5.pdf](http://www.catedradh.unesco.unam.mx/SeminarioCETis/Documentos/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/2_genero/5.pdf)

Ulloa, A. (2010). *Fundamentación de la pena necesaria y Modelo de Estado*. En: Criterio Jurídico Garantista No. 2. Universidad Autónoma de Colombia.

Velásquez, F. (2010). *Manual de Derecho Penal- Parte general*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, cuarta edición.

Villegas Fernández, J.M. (2009). *¿Qué es el principio de intervención mínima?* En: Revista internauta de práctica jurídica, núm. 23.

Zaffaroni, E.R. (1998). *En Busca de las Penas Pérdidas*. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E.R. (2005). *Derecho Penal Parte General*. Editorial: Porrúa, Segunda Edición.