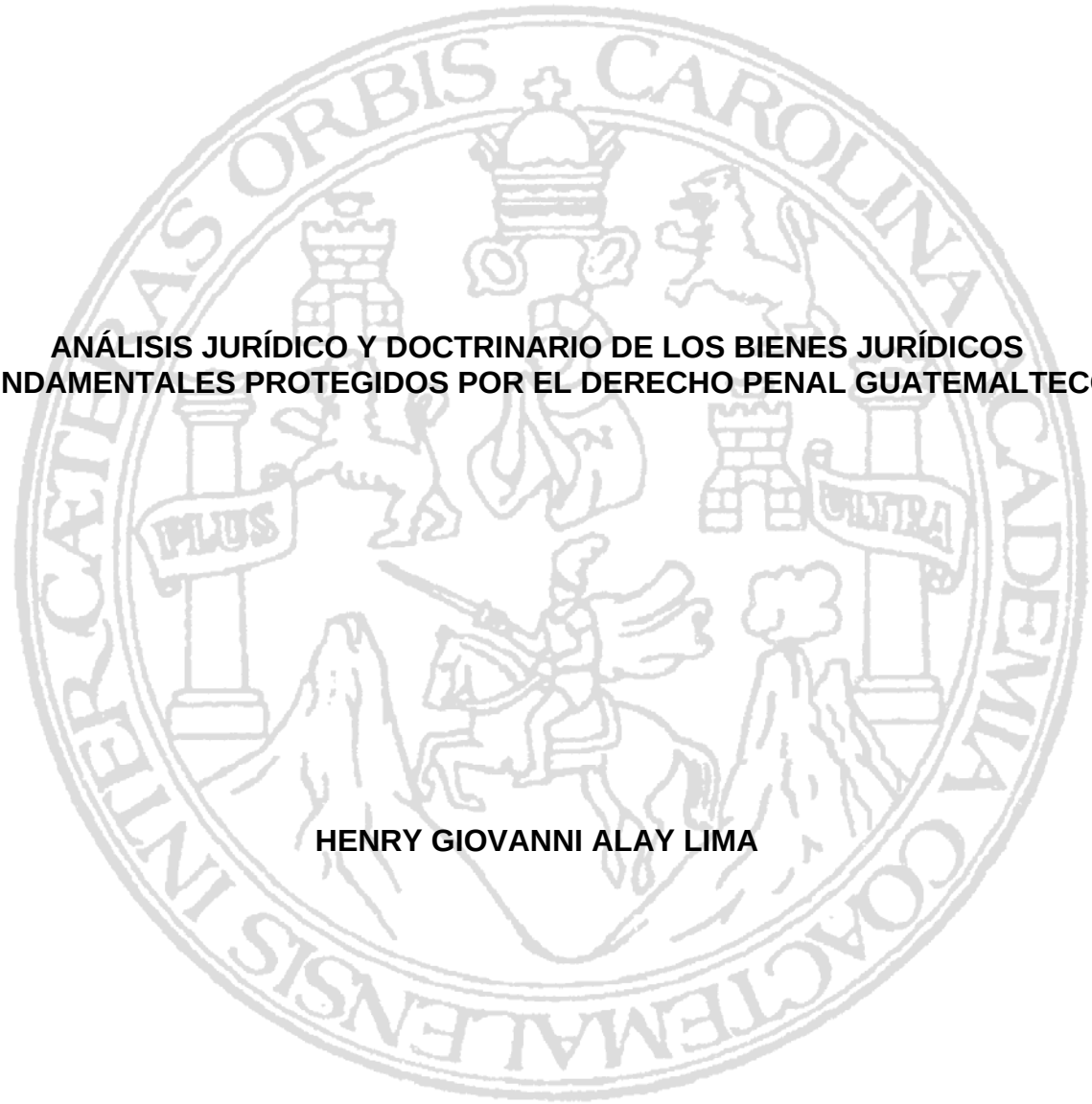
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



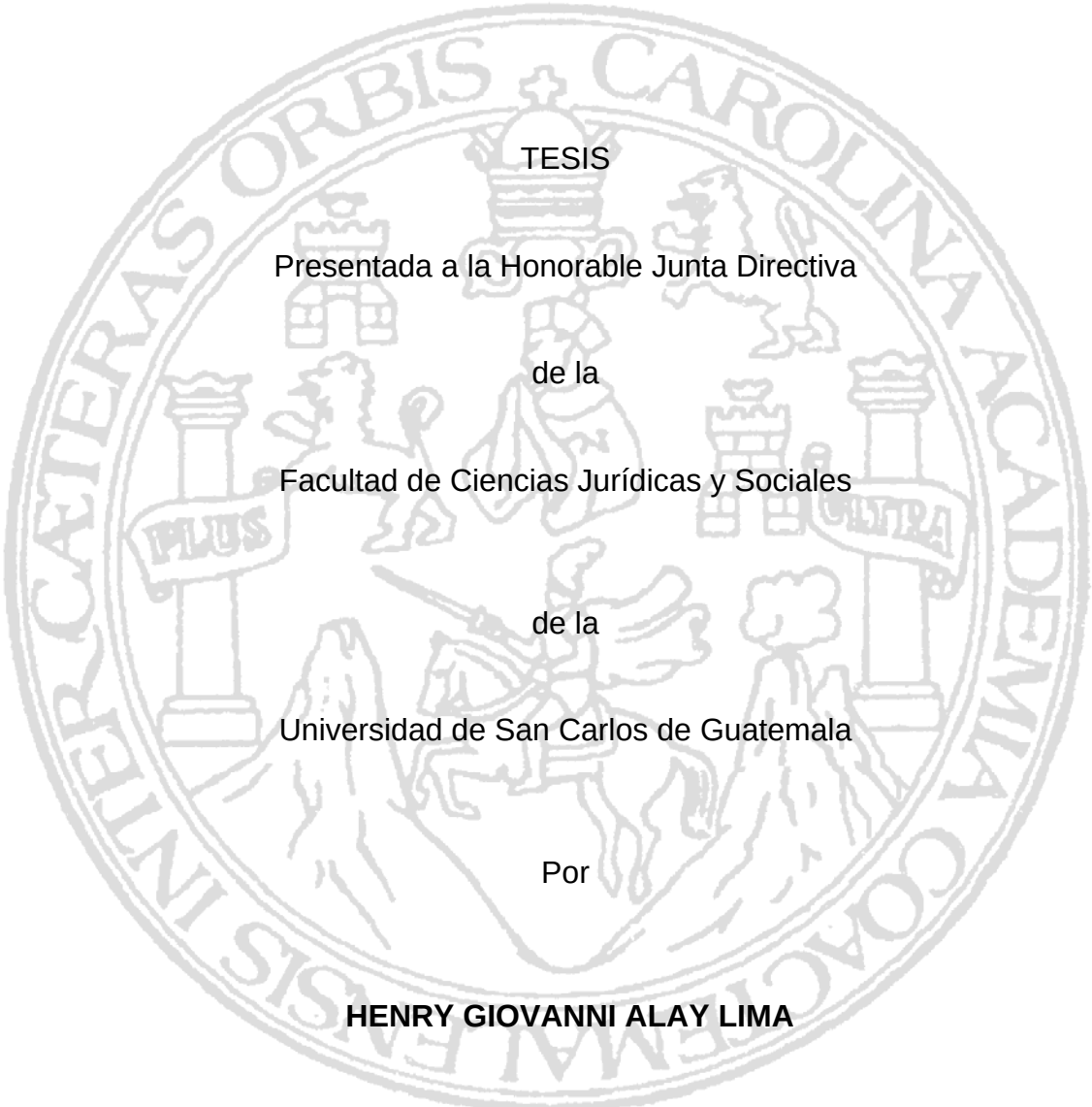
ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LOS BIENES JURÍDICOS FUNDAMENTALES PROTEGIDOS POR EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO

HENRY GIOVANNI ALAY LIMA

GUATEMALA, MAYO DE 2011

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

ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LOS BIENES JURÍDICOS FUNDAMENTALES PROTEGIDOS POR EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

HENRY GIOVANNI ALAY LIMA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, mayo de 2011

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V:	Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

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

Lic. Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3805

Guatemala 01 de octubre de 2010

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
RECIBIDO
- 1 OCT. 2010
UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS
Hora:
Firma:

Señor
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín
Su despacho.

Estimado Licenciado Castillo Lutín:

De conformidad con el oficio emitido por la Unidad de Asesoría de Tesis de fecha diecinueve de junio del año dos mil nueve, me permito informarle que asesoré el trabajo de tesis del bachiller Henry Giovanni Alay Lima, intitulado: **"ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LOS BIENES JURÍDICOS FUNDAMENTALES PROTEGIDOS POR EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO".** Me es grato hacer de su conocimiento:

1. La tesis abarca un amplio contenido técnico y científico relacionado con la importancia de estudiar y analizar los bienes jurídicos fundamentales, que protege el derecho penal de Guatemala.

2. Los métodos utilizados fueron los siguientes: analítico, que dio a conocer los bienes jurídicos fundamentales; el sintético, estableció la importancia de los mismos; el inductivo, mostró sus características y el deductivo, señaló la violación a los mismos.

3. Para desarrollar la tesis fueron utilizadas las técnicas de fichas bibliográficas y la documental, con las cuales se logró obtener la información doctrinaria y legal actualizada.

4. La redacción utilizada es la adecuada y el tema es abordado de una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando antecedentes, definiciones y doctrina.

5. La tesis contribuye científicamente a la sociedad guatemalteca y señala lo esencial de la debida tutela de los bienes jurídicos fundamentales.

6. Las conclusiones y las recomendaciones se relacionan entre sí y con los capítulos de la tesis. Al trabajo de tesis se le hicieron algunas enmiendas, las cuales fueron atendidas por el sustentante. El autor aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios.

7. Los objetivos formulados establecieron claramente, lo esencial de analizar la clasificación de los bienes jurídicos fundamentales; para asegurar su protección.

8. La bibliografía empleada es la adecuada y se ajusta perfectamente al análisis del tema investigado. La hipótesis planteada, se comprobó al indicar que los bienes jurídicos señalados; son el medio de legitimizar constitucionalmente las leyes penales.

Es por lo antes mencionado, que considero que el trabajo de tesis llena los requisitos necesarios que establece el Artículo 32 para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para continuar con la tramitación correspondiente, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente.

LIC. OTTO RENE ARENAS HERNÁNDEZ
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Otto René Arenas Hernández
Asesor de Tesis
Colegiado 3805
9ª. Avenida 13-39 zona 1
Tel. 22384102

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.

UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, ocho de octubre de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) PEDRO JOSÉ LUIS MARROQUÍN CHINCHILLA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante HENRY GIOVANNI ALAY LIMA, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LOS BIENES JURÍDICOS FUNDAMENTALES PROTEGIDOS POR EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FAC. DE C.C. J.J. Y S.S.
UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS
GUATEMALA, C. A.

cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh.

Licenciado
Pedro José Luis Marroquín Chinchilla
Abogado y Notario

Guatemala, 21 de octubre de 2010

Lic. Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
RECIBIDO
21 OCT 2010
UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS

Licenciado Castillo Lutín:

Como revisor de tesis le doy a conocer que acorde al nombramiento emitido por el despacho a su cargo de fecha ocho de octubre del año dos mil diez, procedí a la revisión del trabajo de tesis del bachiller Henry Giovanni Alay Lima; que se denomina: **"ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LOS BIENES JURÍDICOS FUNDAMENTALES PROTEGIDOS POR EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO".** Después de la revisión encomendada, le doy a conocer:

1. El sustentante empleó la doctrina y legislación adecuada, llevando a cabo la redacción de manera correcta y utilizando un lenguaje acorde y además desarrolló de forma sucesiva los diversos pasos del proceso de investigación.

2. Durante el desarrollo de la tesis se emplearon los métodos siguientes: analítico, con el que se señaló el derecho penal guatemalteco; el sintético, dio a conocer la problemática actual; el inductivo, estableció los bienes jurídicos fundamentales y el deductivo, estableció su regulación legal. Las técnicas de investigación utilizadas fueron: fichas bibliográficas y documental, con las cuales se recolectó la información actual y suficiente.

3. El contenido técnico y científico de la tesis, señala con datos actuales lo primordial de analizar jurídicamente los bienes jurídicos fundamentales protegidos por el derecho penal en Guatemala. Los objetivos se determinaron y establecieron los diversos bienes jurídicos fundamentales tutelados. La hipótesis formulada comprobó lo esencial de la actuación del derecho penal al tutelar los mismos.

4. La tesis es una contribución científica y de útil consulta para profesionales y para estudiantes, en donde el ponente da a conocer un amplio contenido relacionado con su clasificación.

7 Avenida 6-34 zona 4 oficina 48 Edificio El Triángulo. Teléfono: 23324855
Guatemala, C.A.

Licenciado

Pedro José Luis Marroquín Chinchilla

Abogado y Notario

5. Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas de manera sencilla y constituyen supuestos certeros, que definen lo esencial del proceso de normativización y de conocimiento de los bienes jurídicos fundamentales en Guatemala.

6. La bibliografía utilizada es la adecuada y de actualidad. Al sustentante le sugerí diversas enmiendas a su introducción y capítulos, encontrándose conforme en su realización, siempre bajo el respeto de su posición ideológica.

La tesis desarrollada por el sustentante cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE,** para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.

Licenciado Pedro José Luis Marroquín Chinchilla
Colegiado 5379
Revisor de Tesis

Lic. Pedro José Luis Marroquín Chinchilla
Abogado y Notario

7 Avenida 6-34 zona 4 oficina 48 Edificio El Triángulo. Teléfono: 23324855
Guatemala, C.A.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria Guatemala, C. A.

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, dos de febrero del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante HENRY GIOVANNI ALAY LIMA, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LOS BIENES JURÍDICOS FUNDAMENTALES PROTEGIDOS POR EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.

DEDICATORIA

A DIOS: Por permitirme lograr las metas y objetivos propuestos en mi vida.

A MIS PADRES: Francisco Alay y Elvira Lima, por ser las personas fundamentales en mi vida, ya que me han apoyado incondicionalmente para lograr las metas propuestas.

A MIS HERMANOS: Por el apoyo moral, económico, y por compartir el anhelo de alcanzar mis metas.

A MIS CATEDRATICOS: Por compartir sus conocimientos.

A MIS AMIGAS: Evelyn Franco, Brenda Ángel Calderón por su amistad, y apoyo incondicional.

A TODA MI FAMILIA: Por apoyarme en todo momento.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por haberme proporcionado los conocimientos para mi desarrollo integral como persona.

ÍNDICE

Pág.

Introducción…… i

CAPÍTULO I

1. Derecho penal…… 1

1.1. Definiciones…… 2

1.2. Finalidad…….. 3

1.3. Dogmática penal y criminología…… 8

1.4. Política criminal…….. 9

1.5. La pena en el derecho penal…… 10

1.6. Principios…….. 11

1.7. Partes…… 19

1.8. Ramas…….. 20

1.9. Características…… 21

CAPÍTULO II

2. Los bienes jurídico fundamentales…….. 25

2.1. Conceptualización…….. 26

2.2. Contenido del término bien jurídico…… 27

2.3. Potestad legislativa…… 28

2.4. Tutela jurídica y el derecho de sancionar…….. 29

2.5. Constitucionalidad del bien jurídico…… 30

Pág.

2.6. Contenido del bien jurídico……. 35

2.7. La irrupción de bienes jurídicos……... 41

CAPÍTULO III

3. Protección a los bienes jurídico fundamentales…… 47

3.1. Importancia de una debida protección……. 48

3.2. Bien jurídico protegido……. 50

3.3. Proceso de normativización……. 53

3.4. El principio de legalidad……. 57

CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico y doctrinario de los bienes jurídicos fundamentales protegidos por el derecho penal…… 63

4.1. El problema axiológico……... 65

4.2. La ofensividad penal…….. 69

4.3. Bienes jurídicos legalmente tutelados por el derecho penal…….. 71

4.4. Bienes jurídicos efectivamente tutelados por el derecho penal…….. 72

4.5. Bienes jurídicos penales fundamentales y prohibiciones mínimas……. 74

4.6. Los bienes jurídicos fundamentales protegidos por el derecho penal de Guatemala……. 80

CONCLUSIONES…….. 91

RECOMENDACIONES……. 93

Pág.

BIBLIOGRAFÍA…….. 95

INTRODUCCIÓN

El tema se eligió, debido a la importancia de analizar que el derecho penal tiene que partir de la premisa de que se recurrirá a sus normas bajo el respeto de los bienes jurídicos fundamentales. Esa necesariedad determina la protección de bienes jurídico-penales. Por ello se tiene que tener presente y analizar qué bienes jurídicos merecen la denominación de penales y son consiguientemente susceptibles de amparo por parte del derecho penal.

A lo largo de la evolución de la disciplina se han ido distinguiendo diversos conceptos de lo que representa el bien-jurídico. El concepto dogmático de bien jurídico, se refiere a los bienes que son efectivamente protegidos por el derecho.

Los objetivos señalaron que el interés social no se convierte en bien jurídico hasta que no es protegido por el derecho. La hipótesis, comprobó que el concepto político criminal del bien jurídico trata de distinguir el bien jurídico de los valores morales, o sea trata de plasmar la escisión entre moral y derecho, que si bien a veces pueden coincidir en determinados aspectos; no deben confundirse en ningún caso.

Esta concepción del bien jurídico es obviamente fruto de un Estado social y democrático de derecho, y dada su vertiente social; requiere una ulterior concreción de la esfera de actuación del derecho penal a la hora de tutelar intereses difusos.

El desarrollo de la tesis se llevó a cabo en cuatro capítulos, de los cuales: el primero,

señala el derecho penal, definición, finalidad, dogmática penal y criminología, política criminal, la pena en el derecho penal, principios, partes, ramas y características; el segundo, dio a conocer los bienes jurídicos fundamentales, su conceptualización, contenido del término bien jurídico, potestad legislativa, constitucionalidad del bien jurídico, contenido del mismo y su irrupción; el tercero, indica la protección a los bienes jurídicos fundamentales, su importancia, proceso de normativización y el principio de legalidad y el cuarto, analiza jurídica y doctrinariamente los bienes jurídicos fundamentales protegidos por el derecho penal guatemalteco.

Se emplearon los siguientes métodos de investigación: analítico, que determinó los fundamentos y elementos doctrinarios que informan el derecho penal; el sintético, permitió dar a conocer la clasificación de los bienes jurídicos fundamentales; el inductivo, determinó sus características y particularidades y el deductivo, indicó la falta de respeto a los mismos. Las técnicas utilizadas fueron la documental y de fichas bibliográficas.

El derecho penal tiene su razón de ser en un Estado social, porque es el sistema que garantiza la protección de la sociedad a través de la tutela de sus bienes jurídicos en su calidad de intereses.

Existen bienes jurídicos que no son amparados por el derecho penal, por ser intereses solamente morales y por ello se establece que no todos los bienes jurídicos son bienes jurídico-penales y por ende tienen que ser distinguidos.

CAPÍTULO I

1. Derecho penal

El derecho penal forma parte de los mecanismos sociales que tienen por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida social. Procura alcanzar sus fines declarando ciertos comportamientos como no deseables y amenazando su realización con sanciones de rigor considerable. Es un instrumento de control social, formal; y tiene una fundamentación racional. En la terminología moderna forma parte del control social primario.

Las sociedades realizan una selección de comportamientos desviados que serán objeto del derecho penal. Los criterios de selección son de difícil sistematización. El derecho penal desde esa perspectiva, cumple una función reparadora del equilibrio social perturbada por el delito.

El derecho penal procura mantener un determinado equilibrio del sistema social, amenazado y castigado. El castigo entra en consideración cada vez que la amenaza fracasa en su intención de motivar. El mismo, forma parte del aparato de imposición necesario para el mantenimiento de la estabilidad de una sociedad.

En una consideración puramente jurídica, el derecho penal se caracteriza por ser un conjunto de normas y de reglas para la aplicación de las consecuencias jurídicas que amenazan la infracción de aquellas.

Lo que diferencia al derecho penal de otras ramas del derecho es, ante todo, la especie de consecuencias jurídicas que le son propias: las penas criminales, y las medidas de seguridad, pero además la gravedad de la infracción de las normas que constituyen el presupuesto de aplicación de la pena.

El objeto de investigación del derecho penal, se encuentra constituido por una descripción del comportamiento de los órganos de control social frente a determinados hechos sociales.

Como parte del ordenamiento jurídico, el derecho penal está constituido por enunciados que contienen normas; y la determinación de las infracciones de estas. Pero además, también está conformado por reglas donde se establece qué presupuestos condicionan la responsabilidad penal de los delitos. Finalmente, también describe las consecuencias jurídicas que se prevén para la infracción de las normas. Para la aplicación racional del derecho penal, se tiene que determinar si el hecho cometido es constitutivo de delito; para así determinar la pena que corresponde aplicar.

1.1. Definiciones

"Derecho penal es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación".[1]

[1] Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal,** pág. 56.

“El derecho penal es una rama del saber jurídico que mediante la interpretación de leyes penales propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del Estado constitucional de derecho”. [2]

“Derecho penal es la ciencia que determina el contenido de las facultades que corresponden al Estado como sujeto de la actividad punitiva”.[3]

1.2. Finalidad

Existen bienes y cosas del Estado que tienen que ser defendidas bajo amenaza de sanción. Esa defensa debe tener por finalidad custodiar el orden social y público. La defensa del orden social, se debe llevar a cabo a través de la prevención y posterior represión del delito.

En este punto existen dos corrientes, al menos para entender aquello que se denomina delito. La primera, consiste en todo aquello que atente contra el orden social, y la segunda; lo que vaya contra la ética.

“La finalidad del derecho penal no es únicamente la sanción, sino también la protección bajo amenaza de sanción de los bienes jurídicos; que tienen como fundamento normas

[2] Cerezo mir, Jose. **Problemas fundamentales del derecho penal,** pág. 70
[3] Gómez Cruz, Eusebio. **Tratado de derecho penal,** pág. 48.

morales. No obstante la ley penal no puede ser una protección absoluta de la moral".[4]

La función del derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos. Se trata de la prevención de la lesión de bienes jurídicos.

En primer lugar, deben tenerse en cuenta solamente las acciones que representan por lo menos un peligro objetivo de lesión de bienes jurídicos. En segundo lugar, también se tiene que tomar en consideración la protección de bienes que puede comenzar donde se manifiesta una acción disvaliosa; aunque el bien jurídico no haya corrido un peligro concreto.

Mientras la función preventiva del derecho penal no se discute, la función represiva no es aceptada pacíficamente. El derecho penal es la parte del ordenamiento jurídico que determina las acciones de naturaleza criminal y las vincula con una pena o medida de seguridad.

La misión del derecho penal consiste en amparar los valores elementales de la vida de la comunidad. Por una parte puede ser valorada según el resultado que alcanza, o sea el valor del resultado o valor material, y por otra parte, independientemente del resultado que con la acción se obtenga; según el sentido de la actividad en sí misma o valor del acto.

[4] **Ibid,** pág. 60.

El disvalor de la acción puede ser basado en que el resultado que produce se encuentre sujeto a desaprobación, pero, también independientemente de la obtención del resultado; o sea de una acción que tienda a un resultado reprobable.

El derecho penal persigue, en primer lugar, amparar determinados bienes de la vida de la comunidad, tales como la existencia del Estado, la vida, la salud; la libertad y la propiedad.

Esa tutela de los bienes jurídicos la obtiene prohibiendo y castigando las acciones que tienden a lesionarlos; es decir, evitando o tratando de evitar el disvalor del resultado con la punición del disvalor del acto. Con ello, se asegura la vigencia de los valores positivos éticos y sociales de actos.

Esos valores, que radican en el pensar jurídico permanente de un obrar conforme al derecho; constituyen el substrato ético y social de las normas del derecho penal.

El derecho penal asegura su real observancia determinando una pena para quienes se apartan de ellas a través de acciones infieles, indisciplinadas, deshonestas y desleales.

“La misión central del derecho penal reside en asegurar la validez inviolable de esos valores, mediante la amenaza y la aplicación de penas para las acciones que se

apartan de modo realmente ostensible de esos valores fundamentales en el actuar humano".[5]

Al mismo tiempo ampara los bienes jurídicos, sancionando el disvalor del acto correlativo. Sin embargo la misión primaria del derecho penal no es el amparo actual de los bienes jurídicos, es decir; el amparo de la persona individual y de la propiedad. Por encima de los bienes jurídicos individuales concretos, esta la misión de asegurar la validez real de los valores del actuar según el pensamiento jurídico, ya que ellos constituyen el más sólido fundamento sobre el que se basan el Estado y la sociedad. El amparo de bienes jurídicos, tiene una finalidad preventiva.

En cambio, el papel más profundo que juega el derecho penal es de naturaleza ética y social, proscribiendo y sancionando el apartamiento realmente manifestado de los valores fundamentales del pensamiento jurídico, en donde el Estado exterioriza la validez inviolable de estos valores positivos de acto; formando el juicio ético-social de los ciudadanos y fortaleciendo su sentimiento de permanente fidelidad al derecho.

"Mediante la función ético-social del derecho penal, se garantiza en forma comprensiva e intensa el amparo de los bienes jurídicos. Los valores del acto de fidelidad, de obediencia y de respeto por la persona son de mayor aliento y llevan una mayor amplitud de miras que el amparo de bienes".[6]

[5] Manzini, Vicenzo. **Tratado de derecho penal,** pág. 85.
[6] **Ibid,** pág. 88

Hay también un sentir legal, consistente en la voluntad constante de cumplir los deberes jurídicos. Para este sentir jurídico, resulta indiferente que los motivos determinantes sean más bien los del interés de la conciencia del valor y del cumplimiento del deber.

Despertar, crear y conservar ese sentir jurídico legal, constituye una de las misiones fundamentales del derecho, ante todo del derecho penal y del derecho público y de ello resulta que es misión del derecho penal la protección de los valores éticos y sociales elementales del sentir, y sólo después, incluido en él; se encuentra el amparo de los bienes jurídicos individuales.

El bien jurídico es un bien vital del grupo o del individuo, que en razón de su significación social; tiene que ser amparado jurídicamente. Es, todo estado social deseado que el derecho quiere asegurar contra lesiones. La significación de un bien jurídico no ha de ser apreciada aisladamente, sino tan sólo en relación conjunta con la totalidad del orden social.

Además, es misión del derecho penal la protección de los bienes jurídicos mediante el amparo de los valores éticos y sociales elementales de la acción.

El derecho penal cumple su misión de amparo de los bienes jurídicos, prohibiendo o imponiendo acciones de determinada índole.

"El derecho penal es un factor que existe entre las fuerzas que constituyen el concepto moral de una época, pero entre ellas puede ser señalado como de fundamental importancia".[7]

La seguridad del juicio ético-social de los particulares, depende de la seguridad con que el Estado pronuncia e impone juicios de valor. A esa seguridad del juicio estatal no la determina tanto la severidad, como la certeza en la aplicación de las penas, es decir, la continuidad permanente de su aplicación y donde la validez de los deberes sociales elementales va cediendo terreno; a causa de una administración de justicia penal insegura de si misma.

El derecho penal se eleva por sobre sí mismo y toma su lugar en la cultura de la época. Pero ese papel solo lo cumple limitando los medios de que dispone. Se debe limitar a sancionar los hechos que lesionan los deberes ético-sociales elementales. La grave intervención en la vida de las personas que la pena supone, implica que el Estado solo podrá ejercerla dentro del derecho penal

1.3. Dogmática penal y criminología

"Dogmática penal es la ciencia a través de la cual los juristas interpretan el derecho penal y lo aplican a un caso concreto. Las personas que la aplican son los jueces, abogados; y los estudiosos del derecho penal".[8]

[7] Gómez. **Ob. Cit.,** pág. 65
[8] Cerezo. **Ob. Cit.,** pág. 59.

La dogmática penal es una ciencia objetiva y en ella no existe, como en las demás ramas del derecho subjetividad, ni es aplicable la analogía. La misma, establece si el autor del delito es punible, es decir, si le cabe la pena y además, estudia como se debe penar en caso de serlo.

La criminología es la ciencia que busca el causal del delito en la persona. Su importancia fue variando con el transcurso del tiempo.

Al principio, la misma intento describir las conductas y los tipos de delincuentes, al extremo de llegar a clasificar los tipos físicos atribuibles a cada tipo de delincuente, esto fue dejado de lado; debido a que luego buscaba identificar las motivaciones del delincuente. Se relaciona con el derecho penal en su función preventiva. Su estudio busca evitar la reincidencia del delincuente.

1.4. Política criminal

Busca reformar aquello que está mal, siendo función del Estado desarrollarla. Depende de la concepción ético-social que tenga el Estado, la determinación de una política criminal particular o específica.

La concepción de política criminal ha ido renovándose, debido a que cada vez es más influyente en la dogmática penal. Se considera además la reacción social, al momento de definir una política criminal.

1.5. La pena en el derecho penal

La pena es la consecuencia de un delito antisocial. El derecho penal no admite analogía.

Su definición formal señala que la pena es aquello que tiene imputado por la ley una sanción penal.

La definición material señala que la ley tiene que determinar el motivo por el cual indica que la conducta es constitutiva de delito y para ello es fundamental tomar en consideración las siguientes aseveraciones:

- Existe determinación por el orden constitucional, debido a que el mismo enmarca cualquier definición material acerca de lo que es delito.

- Debido a que el sentido del derecho penal, es la paz y el orden social. Lo primero a lo que tiene que el derecho penal tiene que asegurar; los bienes o intereses básicos de los seres humanos.

- Debido a que la ética social es una característica de una sociedad determinada. Es la sociedad la que define esos valores, hace una jerarquía, en cuanto a la extensión. Los valores ético-sociales son los valores compartidos y estimados por la sociedad.

La función primordial del derecho penal, es fortalecer la conciencia ética y social sobre determinados valores.

"El derecho penal es un derecho secundario, subsidiario. Protege los bienes jurídicos, no los crea; sino que protege los bienes. El derecho penal es la última ratio, es a lo último a que se recurre".[9]

El delito es toda conducta penada por la ley, siendo esa su definición formal. En cuanto al delito en su definición material, se tienen que determinar cuales son los contenidos que podrían representar para una sociedad determinada aquello que se aparte de los valores que esa sociedad pretende preservar como bienes jurídicos.

1.6. Principios

La función del derecho penal democrático, opera dentro del marco político de un Estado de derecho burgués y socialista, donde predomina el respeto por el principio de legalidad, como presupuesto de la justicia penal preestablecida, con la finalidad de proteger a la sociedad de la delincuencia común y de la criminalidad organizada, frente a conductas intolerables y manifiestamente lesivas, por tanto, gravemente perjudiciales para los bienes jurídicos protegidos por la ley; pero respetando los derechos constitucionales y los derechos humanos del sujeto infractor y de la víctima.

[9] **Ibid,** pág. 80.

Se trata entonces, de un derecho penal preventivo, represor, pero también premial del delito, y utilitario socialmente, como medio de defensa social; de la comunidad y rehabilitador o reeducador del delincuente.

Los principios fundamentales del derecho penal se derivan de todo el sistema jurídico del Estado, se infieren de la realidad social criminógena y se encuentran positivizados en la ley penal.

Se invocan y se aplican en la prevención, combate y represión de los delitos y faltas penales, con la finalidad de mantener el control social y penal de la delincuencia; como el objeto de realizar la justicia penal.

Su objetivo consiste en dar a cada cual según sus hechos ilícitos y antisociales lo que le corresponde, dentro de los límites garantitas y democráticos de la pena justa; para que ello sea proporcional al hecho delictivo.

a) Principio de humanidad: en el largo proceso de evolución de la sociedad, y del paso de una formación económica y social, a otra, el derecho penal como superestructura jurídica a seguido los pasos históricos de estos sistemas económicos, sociales y políticos; exhibiendo diversos tipos históricos de penar y formas de represión del delito.

En la comunidad primitiva predominó la ley de venganza privada, religiosa y pública, con graves excesos o extralimitaciones de parte del ofendido o de los familiares del

agraviado, siendo la misma la época del predominio total de la pena de muerte; fundada en la ley de la venganza.

En los comienzos de la sociedad esclavista y durante la fase histórica de la sociedad feudal, surge una nueva forma del pensamiento relacionada con la proporcionalidad y que se fundamenta en el castigo y en la imposición de la pena mediante la aplicación del ojo por ojo, diente por diente.

Se desarrolla en la sociedad burguesa y capitalista y se perfecciona la humanización de las penas.

El principio de humanización de la pena conduce necesariamente a manifestar respecto de la persona humana del procesado y sentenciado y procura su reducción y rehabilitación social. El principio también reposa en la mínima intervención del Estado.

b) Principio de control social: se enfatiza que la pena debe ser necesaria para prevenir, combatir, reprimir y conminar los delitos y faltas penales, esto apunta que el castigo como corrección jurídica no debe ir más allá de los fines prefijados de lo que realmente es necesario como control social y penal de la delincuencia.

Uno de los mayores frenos de los delitos, no es la crueldad de las penas, sino la infalibilidad, la eficacia de la conminación y de control social, fundado en la proporción de las penas con el daño ocasionado a las víctimas.

Este principio de la proporción de las penas en correlación con la calidad del delito, rechazan los gobiernos dictatoriales y autocráticos de extrema derecha, quienes apelan a criterios irracionales, anticientíficos y antitécnicos para justificar la sanción de leyes severísimas como leyes draconianas y talionales; que denominan leyes de seguridad nacional.

c) Principio garantista: el Estado de derecho debe asegurar a todos los ciudadanos que solo se sancionan penalmente las conductas humanas prohibidas, que se conminan con un pena o medidas de seguridad, por estar tipificadas como delitos o faltas en la ley penal, con anticipación al hecho injusto punible, en observancia y aplicación del principio de legalidad. El principio garantista se sustenta en el derecho penal democrático y humanista de la pena justa y proporcional.

d) Principio de intervención mínima del Estado: este principio de justicia penal, también se denomina poder mínimo del Estado, esto es, la limitada intervención del Estado con su poder de coerción penal, para sancionar conductas antisociales de lesividad intolerables, en virtud de otro principio garantista y democrático, del derecho penal, sólo se debe acudir, cuando fallan las otras formas jurídicas y sectores del derecho; solamente se debe apelar al derecho punitivo como ultma ratio legis y no para solucionar cualquier controversia o conflicto de intereses o litis expensa, cuando existen otras vías jurídicas de solución de los actos ilícitos no punibles, como es el caso de los actos ilícitos civiles, administrativos, agravios, laborales y constitucionales que se resuelven

dentro del marco correspondiente y en atención al principio de la mínima intervención del Estado; cuando hace uso del jus imperium y del jus puniendi.

e) Principio del derecho penal como utima ratio legis: la violencia estatal institucionalizada se aplica como consecuencia del jus imperium y del jus puniendi, que a su vez reposan en el principio jus-filosófico de estricta legalidad, que consisten en la norma jurídica punitiva, que somete la validez de las leyes que autoriza y la violencia estatal a una serie de requisitos que corresponden a las garantías constitucionales y a los derechos humanos, relacionados con las garantías penales y procesales penales, así como de las motivaciones de las resoluciones judiciales en todas las instancias del poder judicial.

"El principio de la última razón de la ley, se operativiza en la práctica jurídica y forense, cuando han fracasado los otros sectores del derecho en la solución de las litis y conflictos de intereses en lucha; cuando no se solucionan los derechos conculcados o lesionados".[10]

Entonces se pone en movimiento la potestad punitiva del Estado, con todo su arsenal persecutorio, respectivo y conminatorio de las penas, para garantizar la seguridad jurídica; la paz social y la tranquilidad pública.

f) Principio de minimización de la violencia estatal: el estado debe recurrir con mínima violencia estatal, para prevenir, combatir y reprimir los delitos y faltas

[10] Mir Puig, Santiago. **Derecho penal,** pág. 89.

penales, como una de sus principales funciones públicas en mantener el orden, la seguridad jurídica, la tranquilidad y seguridad pública, así como para cumplir y hacer cumplir la ley y el imperio de la justicia, que son la finalidad de un Estado de derecho constitucional y democrático; como de la pena justa y proporcional.

g) Principio de maximización de la libertad ciudadana: este principio jurídico significa la menor intromisión del poder estatal y del control penal, en la vida privada y social de la ciudadanía, en la medida que los ciudadanos cumplen con el deber y obligación de observar la ley; los mandatos de autoridad competente y se desenvuelven dentro de los requerimientos de la legalidad nacional y del imperio de la justicia.

El Estado sólo recurrirá al uso del poder persecutorio represor y sancionador, cuando la lesión atenta contra los bienes jurídicos protegidos por la ley. Sino concurren estos supuestos hipotéticos, la libertad ciudadana con protección constitucional, limita el poder punitivo del Estado con la vigencia del derecho penal garantista; democrático y proporcional de la pena justa.

h) Principio de la sociedad y del Estado en la comisión del delito: como causa eficiente o condicionador de las causas sociales, materiales y culturales de la conducta criminal de los hombres; por eso, se prescribe que el juzgador deberá tener en cuenta en el momento de fundamentar el fallo y determinar la pena; las carencias sociales que hubiere afectado al agente.

En esta forma la sociedad y el Estado, que toleran que impere las desigualdades económicas, las injusticias sociales, políticas y culturales, estarían reconociendo que no brindan iguales posibilidades de superación a todos los hombres, para exigirles un comportamiento con adecuación a la ley y a los intereses generales colectivos de la comunidad regulados por el derecho positivo y por tanto, se acepta una responsabilidad de la sociedad y del Estado, en lo que les respecta, en la conducta delictiva de los infractores penales, para el reconocimiento oficial del Estado; que la delincuencia se gesta en las condiciones sociales de injusticia que impera en la sociedad.

En atención a lo ello, disminuye o desaparece la co-culpabilidad en la misma medida que el delincuente ha tenido las oportunidades materiales, sociales y culturales para realizarse como ser humano honrado y comportarse según los mandatos o prohibiciones normativos y las normas culturales de convivencia social que requieren al hombre socialmente útil.

i) Principio de mínima culpabilidad del autor: la persecución del delito y faltas penales, entre otros, son fines y objetivos de la política criminal del Estado, como pretensión punitiva del Estado para combatir la criminalidad, para evitar el imperio de la ley pública o privada o hacerse justicia por propia mano.

Sin embargo, por razones de utilidad pública, por interés social o de necesidad de descongestionar la administración de justicia, de racionalizar la actividad probatoria la admisión de los órganos persecutorios y jurisdiccionales del Estado,

se puede acudir al principio de mínima culpabilidad del autor que sustenta el principio procesal de oportunidad, que comprende dos hipótesis: la primera, relativa a que se puede acudir a la abstención de la potestad del Estado, así como de la formalización persecutoria de la denuncia penal por el fiscal provincial en lo penal; y la segunda relacionada a que se puede expedir el auto de sobreseimiento de la denuncia penal, por parte del juez penal; para que no comience el proceso penal o para extinguir la sustanciación procesal.

Opera el principio de mínima culpabilidad del autor y de oportunidad, en atención a los siguientes objetivos: para que no se inicie la persecución penal del evento criminoso y para poner término al proceso penal.

j) Principio del derecho a ser informado de la incriminación a imputación punitativa con detención preventiva o con citación en la fase pre-procesal o en la etapa del proceso penal, requieren por mandato constitucional que se informe al denunciado o imputado, la pretensión punitiva del Estado sobre los hechos de la incriminación penal para que ejerza su derecho irrestricto de defensa; y refuerce su derecho de presunción de inocente.

El agraviado como justificable o sus representantes legales o apoderados legítimos, también puedan ejercitar su derecho de defensa, sus intereses lesionados o puestos en peligro, para que aporten las pruebas pertinentes a fin de demostrar la existencia del delito y la responsabilidad penal del agente comisor, y que no termine en la impunidad el hecho punible que desprestigia a la

justicia penal que pierde credibilidad, respetabilidad y confiabilidad ante la opinión pública y las justiciables; que buscan el servicio o de la justicia en defensa de sus derechos.

1.7. Partes

La ciencia del derecho penal para su estudio, de forma tradicional se divide en dos partes, las que tienen coincidencia con la división de la mayoría de códigos penales del mundo; entre los que se encuentra el de Guatemala.

El derecho penal, se divide en dos partes:

a) Parte general: es la que se ocupa de las diversas instituciones, conceptos, principios, doctrinas relativas al delito y categorías, del delincuente, penas y medidas de seguridad; tal es el caso del Libro Primero del Código Penal de Guatemala.

b) Parte especial: es la parte que se ocupa de todos aquellos ilícitos penales propiamente dichos, o sea, de los delitos, faltas, penas y medidas de seguridad que tienen que aplicarse a quienes los cometen, tal es el caso del Libro Segundo y Tercero del Código Penal de Guatemala.

1.8. Ramas

Desde el punto de vista amplio, el derecho penal se divide para su estudio en tres ramas, siendo las mismas las que a continuación se dan a conocer y explican de manera breve para su clara comprensión:

a) Derecho penal material o sustantivo: es el referente a la propia sustancia, la que se encarga de conformar el objeto de estudio de la ciencia del derecho penal, como es el delito, el delincuente, la pena y las medidas de seguridad, y que legalmente se encuentra manifiestamente contemplado en el Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, que es el actual código en el país; así como también en otras leyes penales de orden especial.

b) Derecho penal procesal: al mismo también se le denomina adjetivo, y busca la aplicación de las normas del derecho penal sustantivo a través de un proceso, para llegar a la emisión de una sentencia y de forma consecuente la deducción de la responsabilidad penal, mediante la imposición de una pena o de una medida de seguridad. Es referente, al conjunto de doctrinas y de normas jurídicas reguladoras del proceso penal durante toda su sustanciación, convirtiéndose en el canal para el transporte y aplicación del derecho penal sustantivo o material, y que legalmente se manifiesta mediante el Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

La agilización del proceso penal, así como la aplicación de una rápida y debida justicia penal, solamente puede alcanzarse mediante un proceso penal oral desprovisto de cualquier tipo de burocratización con la ayuda de la tecnología científica moderna.

c) Derecho penal ejecutivo: también se le llama penitenciario, y es el referente al conjunto de las normas y doctrinas que son tendientes a la regulación y ejecución de la pena en los distintos centros penales o penitenciarios destinados con esa finalidad.

Tanto el derecho penal sustantivo, como el derecho procesal penal o adjetivo, cuentan con autonomía, como disciplinas independientes.

Además, cada una tiene sus propios principios, métodos y doctrinas, lo que cada una tiene sus propios principios, métodos y doctrinas, lo que no tiene que entenderse como una separación absoluta entre ambas, debido a que una es indispensable para la aplicación de la otra.

1.9. Características

El derecho penal tiene diversas características, siendo las mismas las que a continuación se dan a conocer y explican de forma breve:

a) Es una ciencia social y cultural: tomando en consideración a que el campo del conocimiento científico se encuentra dividido en dos clases de ciencias: naturales por una parte y las ciencias sociales por el otro lado. Por ello, se hace fundamental ubicar al derecho penal en uno de ambos campos, debido a que los dos tienen características que difieren.

Las ciencias sociales son voluntad creadora del hombre; el método de estudio de las ciencias naturales es de carácter experimental, mientras que en las ciencias sociales o culturales es racionalista, especulativo o lógico; en las ciencias naturales la relación entre fenómenos es causal, y en las ciencias sociales es teleológica.

Las ciencias naturales son ciencias del ser mientras que las ciencias sociales son del deber ser, de forma que el derecho penal, es una ciencia social, cultural o del espíritu, debido a que no estudia fenómenos naturales enlazados por la causalidad, sino que regula conductas en atención a un fin considerado como valioso; es pues una ciencia del deber ser y no del ser.

b) Normativo: debido a que el derecho penal, al igual que cualquier rama del derecho, se encuentra compuesto mediante normas jurídico-penales, que consisten en preceptos que contienen mandatos o prohibiciones que se encuentran encaminadas a la regulación de la conducta humana, es decir, a normas el deber ser de las personas dentro de una sociedad jurídicamente organizada.

c) Carácter positivo: debido a que es fundamentalmente jurídico, ya que el derecho penal vigente es solamente aquél que el Estado ha promulgado con ese carácter.

d) Es perteneciente al derecho público: debido a que siendo el Estado el exclusivo titular del derecho penal, es solamente al mismo a quien le corresponde la facultad del establecimiento de los delitos y de las penas o medidas de seguridad correspondientes.

"El derecho penal es sin duda derecho público, debido a que el establecimiento de sus normas jurídicas y su aplicación, se encuentra confiada de manera exclusiva al Estado, investido de poder público. La represión privada solamente puede ser considerada como una forma histórica definitivamente superada".[11]

e) Valorativo: ya que toda norma presupone una valoración, y dicha cualidad de toda norma es particularmente manifiesta en las normas penales, debido a que carecerían de cualquier sentido las amenazas penales si no se entendiera que a través de las mismas son protegidos determinados bienes e intereses jurídicamente apreciados. O sea, que el derecho penal se encuentra subordinado a un orden valorativo en cuanto que califica los actos humanos con arreglo a una valoración.

f) Finalista: debido a que siendo una ciencia teleológica, su finalidad primordial es el resguardo del orden jurídicamente establecido, a través de la protección contra

[11] Puig Peña, Federico. **Derecho penal,** pág. 53

el crimen. La ley regula la conducta que los hombres tienen que observar con relación a esas realidades, en función de un fin colectivamente perseguido y de una valoración de esos hechos.

g) Fundamentalmente sancionador: el derecho penal se ha caracterizado, por castigar, reprimir, imponer una pena con carácter retributivo a la comisión de un delito. El mismo, no puede dejar de ser sancionador porque jamás podrá prescindir de la aplicación de la pena, aún y cuando existan otras consecuencias del delito.

h) Preventivo y rehabilitador: con el surgimiento de las medidas de seguridad, el derecho penal deja de ser eminentemente sancionador y permite el paso a una nueva característica, la de ser preventivo, rehabilitador, reeducador y reformador del delincuente.

CAPÍTULO II

2. Los bienes jurídico fundamentales

El concepto de bien jurídico no siempre queda claro, a pesar de ser fundamental para el derecho represivo, si se parte de un sistema jurídico con fundamentación antropológica, de la existencia de un objeto de protección que acompañe a toda prohibición si es penalmente conminada y ello resulta no sólo fundamental; sino de elemental cumplimiento.

Por ello la noción de bien jurídico en derecho penal supone un planteamiento racional sobre el castigo, no obstante esta función no lo define.

El problema del bien jurídico no es otra cosa más que el problema de los fines del derecho penal, y al plantearse sus fines encontramos que los soportes ideológicos que tradicionalmente sostenía el derecho represivo están siendo cuestionados por los efectos de una realidad que hace evidente una distancia entre las aspiraciones garantistas de la dogmática jurídica y los efectos negativos sociales e individuales que tiene el sistema de justicia penal en los grupos de población seleccionados para la criminalización.

El derecho penal no sólo no ha funcionado para combatir la delincuencia, sino que su aplicación ha generado una gran violencia institucional.

2.1. Conceptualización

Los seres humanos son el centro del quehacer social y los bienes jurídicos, representan intereses relevantes de las personas en tanto sujetos sociales.

La vida en sociedad requiere la protección de ciertas zonas e intereses de carácter individual y de ciertos límites de relación entre sujetos y de relación entre el poder estatal y los sujetos; mientras la colectividad y no un grupo específico sean los beneficiarios.

Desde este punto de vista, el bien jurídico no es patrimonio con exclusividad del derecho represivo, sino del derecho; como regulador de relaciones interpersonales y sociales.

Para declarar una conducta como delito no debería bastar que suponga una infracción de una norma ética o divina, es necesario ante todo la prueba de que lesiona intereses materiales de otras personas, es decir; de que lesiona bienes jurídicos.

“Bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado; que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan".[12]

[12] Díez Ripollés, José Luis. **Delitos contra bienes jurídicos fundamentales,** pág. 35.

2.2. Contenido del término bien jurídico

Es de importancia la determinación de qué es lo que se protege: el ente como una abstracción o el ente entendido como la relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto.

El bien jurídico tiene como función particular y preponderante la protección de las relaciones interindividuales y sociales, protección que incluye los intereses particulares de los sujetos con trascendencia social.

En ese sentido el bien jurídico tiene como contenido la relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto protegido. Esta consecuencia es distinta si se asume la primera posibilidad, relativa a que el contenido del bien jurídico es la protección de un concepto, como abstracción; en este caso se obtiene un derecho protector de abstracciones; no de realidades.

Así, con el término bien jurídico se están protegiendo varios asuntos de orden público que no se sabe a qué significan. El orden público puede tener diversas significados, de acuerdo con el punto de vista político o ideológico con el que se lo vea; unas de ellas podría interesar al objeto del derecho de castigar, pero otras no; igual ocurre con el término moral pública.

Al contrario, de aceptarse un concepto de bien jurídico afincado en la realidad, pueden desaparecer conceptos abstractos, pero aparecerán protecciones concretas: cuáles

conductas grupales no son convenientes para la seguridad de los habitantes de la República.

El legislador se obliga a pensar en concreto qué protege, para qué lo protege, por qué lo protege, con lo cual se cumple uno de los elementos de la racionalidad del castigo; postulado básico de la costitucionalidad.

2.3. Potestad legislativa

Dentro de un régimen como el guatemalteco, el Estado, entendido como los diversos grupos sociales representados en el órgano legislador que, en última instancia, hacen las leyes; es quien debe tomar la decisión de qué debe tutelarse y de lo tutelado qué debe tener conminación penal.

De esa manera, al hablarse de bien jurídico se hace referencia a los intereses de la colectividad y no a intereses particulares.

De ahí que las necesidades de grupos particulares que hayan llevado a formar normas generales que impliquen prohibiciones y mandatos erga omnes, deberían ser revisadas desde este punto de vista.

En este sentido, la tarea legislativa radica no sólo en la creación de leyes penales, sino, antes de ello y sobre todo; en la capacidad de tomar una posición objetiva a la colectividad.

El legislador debe ser claramente preparado o técnicamente asesorado para no actuar ni por modas, ni por imposiciones grupales y para saber leer las informaciones que sobre delito manejan los medios de comunicación.

En ese mismo sentido, no se puede olvidar la idea de que el bien jurídico es también un concepto político. De ello deriva que la normativización de la protección es un asunto del derecho, pero el origen de su tutela jurídica responde a una voluntad política.

En la mayoría de los casos el legislador se hace eco de informaciones que no tienen fundamento en estudios de la realidad. Estas informaciones, constrastadas con investigaciones técnicas sobre el mismo tópico, no comparten los mismos resultados.

De ello, es posible deducir una distinción entre derecho, como tutela de bienes fundamentales y derecho como mero reglamentismo.

2.4. Tutela jurídica y el derecho de sancionar

El derecho penal tutela bienes jurídicos y esta intervención estatal no crea un derecho subjetivo de castigar por parte del Estado. Así, el llamado ius punendi es más bien un límite estatal que lo impone la Constitución.

El Estado no puede imponer una moral y reconoce una zona de libertad. Las penas no pueden caer sobre el ejercicio de la autonomía moral que garantiza la Constitución, sino sobre aquellas conductas que sí afectan el ejercicio de la autonomía.

No puede haber delito que no afecte un bien jurídico, es decir que no afecte alguno de los elementos de los que necesita disponer otro ser humano para realizar lo que quiere.

2.5. Constitucionalidad del bien jurídico

El principio de legalidad, que establece los requisitos mínimos de validez y legitimidad para imponer una sanción, no importa el ámbito de que se trate; tiene para la jurisdicción penal una serie de consecuencias que concurren a limitar el ejercicio del poder persecutorio del Estado y a brindar legitimidad a la pena. Entre las consecuencias directas que existen para lo penal, está la necesidad de que cada descripción penal tenga un bien jurídico protegido.

La tutela de los bienes jurídicos es una garantía doble para el ciudadano, ya que es una limitante al poder legislativo para construir nuevos tipos penales y de allí regular nuevas esferas de libertad del ciudadano y también un límite para el operador judicial, quien en virtud del principio de reserva y de ofensividad; no puede aplicar aquellos tipos penales que no tutelen un bien jurídico específico.

El ius puniendi del Estado guatemalteco está limitado no sólo por los elementos del tipo penal, sino que también es necesario constatar que la conducta lesione, significativamente, el bien jurídico que necesariamente debe contener todo tipo penal, ya que una descripción penal sin bien jurídico; no puede ser aplicada para justificar una sanción.

Para la Constitución Política de la República, los bienes jurídicos no son valores éticos y sociales en abstracto, sino relaciones de disponibilidad que posee la ciudadanía en consonancia con los ámbitos de libertad, que han sido valorados positivamente por el legislador y que encuentran protección penal en la medida en que el legislador haya considerado que son fundamentales para sostener la convivencia.

Esta postura sobre el bien jurídico, plenamente congruente con el carácter democrático, hace que el jurista deba trascender el mero formalismo del análisis de la norma jurídica; para buscar el estudio de los objetos de protección con el ánimo de dar validez a la interpretación de la ley penal.

El bien jurídico, así entendido, se convierte, entonces, en una importante herramienta metodológica, que permite acercar el derecho penal a la realización de la seguridad jurídica a la hora de la interpretación de la norma; pues es a través del bien jurídico se puede comprender cuál es el ámbito de protección de la norma y hasta dónde debe llegarse en su tutela.

Es el postulado que predica hasta dónde trató de llegar el legislador en la protección penal al señalar cuáles son los límites de la norma penal. En otras palabras, el analizar el bien jurídico como objeto de protección informa qué se quizo proteger; de donde se desprende la importante misión delimitadora del bien jurídico en la aplicación de la ley penal.

Esta misión delimitadora del bien jurídico encuentra una relación que fundamenta el

carácter fragmentario del derecho penal, es decir, una reacción penal que se interesa por proteger aquellas relaciones de disponibilidad más importantes para la vida social, que, por su extraordinaria relevancia para el sostenimiento de la vida social; merecen la utilización de la herramienta más poderosa en manos del legislador para reaccionar frente a las conductas que infringen significativamente esas relaciones.

Así entendido el Estado de Derecho, el bien jurídico es una representación legislativa de ámbitos de libertad y un reconocimiento del compromiso del derecho con el ser humano.

El Estado, solamente puede ayudar a realizar al hombre respetándole esa libertad, limitando la ingerencia de las agencias del control penal a aquellos sectores de la vida social que requieran de una tutela a fin de no poner en peligro la continuidad del proyecto global de aquella organización.

El derecho penal debe tender con base en una reclamación de la jerarquía de los bienes jurídicos que merecen tutela, a una reducción de los intereses protegidos y de las prohibiciones legales.

Al realizarse el bien jurídico, como una herramienta constitucional de garantías, en el proceso de aplicar e interpretar una ley, se produce en esencia y teóricamente una reducción del ámbito de cobertura de la represión que realiza el sistema de justicia penal; consistente en la acción del sistema que queda circunscrita a aquellas afectaciones de los bienes jurídicos que estén tuteladas penalmente.

Es muy importante conocer e identificar las relaciones de disponibilidad que están en juego en un determinado problema o conflicto social que es sometido a los órganos del Estado. No puede producirse una reacción penal si no se ha producido una afectación relevante a un ente o relación de convivencia que haya sido valorado legislativamente.

En materia penal, al igual que en otros sectores del ordenamiento jurídico guatemalteco, existen ámbitos libres de regulación jurídica, se trata de entes o relaciones de convivencia que quedan dentro del margen de la libertad civil de los ciudadanos y que no requieren tutela del sistema penal porque así lo ha querido el legislador, por esa razón y precisamente para darle racionalidad al sistema no puede extenderse la cobertura del tipo penal a esos sectores de la vida de convivencia.

Así expuestos, los ámbitos libres de regulación jurídica no reducen sustancialmente el derecho penal, sino que limitan materialmente el ámbito de acción de las agencias del control penal, y, por ello; producen una reducción evidente de la represión que realizan estas agencias.

El bien jurídico, así entendido, contribuye, entonces, a crear esa esfera de garantías del ciudadano, de manera que le sean visibles; que pueda sentir en la medida que están de su parte cuando interactúa con otros ciudadanos.

Por lo expuesto es que no se puede hablar de legitimidad del control penal, si no existe un objeto de protección lesionado, es decir, una parcela de las relaciones de convivencia y de los intereses que estas generan y que se valoren legislativamente.

La posición constitucional del bien jurídico, es una forma de brindar contenido garantista y liberal a la aplicación de la ley penal, ya que el delito no se define simplemente como un desviación al mandato jurídico sino por oposición, lesión o peligro de valores éticos y sociales; siendo así una clara limitación al poder punitivo ya que sólo se castigarán aquellas conductas que incumplan el mandato jurídico y lesionen el valor ético social y que se constituye en lo se llama bien jurídico.

"Resulta consecuencia lógica que el acto legislativo de descripción de una conducta penalmente conminada es, al mismo tiempo; es un acto de tutela del ente y la relación fundamental a que esa norma alude".[13]

En este sentido, es necesario aclarar que el legislador no hace una mención pre-típica del objeto de protección, antes bien, lo que realiza es una valoración positiva de una relación de disponibilidad importante para la vida de convivencia; que cuando es fundamental tiene protección penal.

El bien jurídico sólo es posible conocerlo dentro del tipo penal, ya que la conducta que supone el tipo penal se entiende que lo cumple íntegramente sí y solo sí ha lesionado el bien jurídico penalmente tutelado; debido a que no existe otra manera racional de conocer el objeto de protección más que por la misma descripción penal.

Así las cosas, el bien jurídico establece para el juez un trascendental esfuerzo exegético ya que el injusto consistente en una conducta contraria al derecho, sería

[13] **Ibid,** pág. 39.

jurídico-penalmente analizada sólo cuando, además de contrariar lo dispuesto por la norma; lesione significativamente o ponga en real peligro un bien jurídico penalmente tutelado.

Esto hace que el bien jurídico, como concepto perteneciente a la ley, tenga implicaciones trascendentales para el análisis de la tipicidad y la antijuridicidad de la conducta.

2.6. Contenido del bien jurídico

El bien jurídico es una categoría fundamental del derecho penal, motivo único de punición de las conductas prohibidas, se le concede un carácter residual o paradógicamente fragmentario, y sirve para interpretar la ratio incriminadora de los tipos de la parte especial.

Cualquier exposición sobre la parte general del derecho penal sitúa al bien jurídico como su razón de protección y sin embargo en el desarrollo de la teoría analítica del delito, no se le vuelve a mencionar, hasta llegar a la parte especial.

Esto, definitivamente implica, que la función de los bienes jurídicos no puede de manera alguna limitarse exclusivamente a la mera ordenación distributiva de temas delictivos dentro de la parte especial, sino que debe constituir una guía interpretativa de directa incidencia en la función interpretativa y aplicativa.

Los bienes jurídicos no son tales porque el legislador los haya catalogado abstractamente en una norma jurídica, que puede estar supeditada quizá a un evento o situación coyuntural, sino porque; representan presupuestos indispensables para la vida en común.

En general, los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.

A ello se agrega, con razón, que al concepto de bien jurídico se le confiere una importancia sistemática fundamental, no sólo en la ciencia del derecho penal, sino además en el plano de la teoría general del derecho.

Se ha llegado a hablar del dogma del bien jurídico protegido, de modo que sería rechazable todo precepto del que no pudiera decirse que conductas lesionan o ponen en peligro un bien jurídico, y de ahí que se diga, con toda razón, que la función del derecho penal sea la protección de bienes jurídicos; desterrándose de esta manera a protecciones ligadas a meras desobediencias formales; a injustos administrativos o simplemente a cuestiones bagatelares.

“Los bienes llamados jurídicamente fundamentales, si bien todos poseen la misma importancia y jerarquía, tienen en su seno diferentes matices de regulación, y esto

puede verse reflejado en el sistema de coerción ejercido por el Estado".[14]

Así en el ámbito de la responsabilidad civil se necesitará la infracción del supuesto de hecho contenido en normas jurídicas que conciernen a la naturaleza dispositiva de las partes involucradas, para lo cual acarreará la imposición de una consecuencia jurídica, consistente en una sanción pecuniaria o indemnizatoria; de acuerdo a lo previsto en la legislación civil.

Por otro lado, en el ámbito del derecho administrativo sancionador o simplemente derecho sancionador, si bien la vulneración de sus normas se relacionan con el derecho público, es decir, aquellos intereses estatales o institucionales, que escapan a la libre disposición de los sujetos, pero la característica estará dada por la no aplicación de una pena, sino aquella sanción prevista en la ley en sentido amplio de la materia administrativa.

Sin embargo, sí existe, una parcela del ordenamiento jurídico, que ante la presencia de determinadas formas y modalidades de ataque sea de resultado lesivo o peligroso a bienes jurídicos se precise, previamente establecida en la legislación penal, la imposición estatal de una sanción como la pena privativa de libertad, teniendo como finalidad intrínseca la prevención general y especial resocializadora y que no tienen las demás ramas del derecho capaz de preservar lo suficientemente las condiciones mínimas de convivencia social; esto constituye la categoría de bienes penalmente protegidos.

[14] Maggiore, Giuseppe. **Derecho penal,** pág. 29.

La protección de bienes jurídicos no significa imperiosamente la tutela a través del recurso de la pena criminal, puesto que una cosa son los bienes jurídicamente protegidos y otra cosa son los bienes jurídico penalmente protegidos; ellos siempre tienen un ámbito más reducido de dominio de tutela jurídica, que pasa principalmente por una decisión política criminalizante.

En consecuencia es inconcebible que pueda existir una tipo penal que no tenga como propósito proteger un bien jurídico determinado. Por eso se ha dicho que el derecho penal tiene encomendada la misión de proteger bienes jurídicos. La intervención punitiva del Estado sólo se legitima cuando salvaguarda intereses o condiciones que reúnan dos notas: en primer lugar, la de la generalidad, debido a que se ha de tratar de bienes o condiciones que interesen a la mayoría de la sociedad, no a una parte o sector de ésta; en segundo lugar, la de la relevancia: la intervención penal sólo se justifica para tutelar bienes esenciales para el hombre y la sociedad. Lo contrario es un uso sectario o frívolo del derecho penal consistente en su prevención.

Es necesario advertir que la protección brindada al bien jurídico-penal es a su vez una protección realizada de manera indirecta o mediata a todas las ramas del ordenamiento jurídico, ya que sería contradictorio que por un lado; se proteja la vida y por el otro sea tolerable su extinción.

La función que realmente se consideran legítima y adecuada al derecho penal, es la función instrumental, y la misma se concibe como medio para la protección de bienes jurídico-penales resultantes de una selección operada conforme a los principios de

intervención mínima, que legitima a las normas penales pues consiste en el efecto disuasorio de las conminaciones legales a sus eventuales infractores por la aplicación de la ley.

Las controvertidas funciones de carácter simbólico, promocional y ético-social significa una conculcación a los principios de subsidiaridad; ultima ratio e intervención mínima.

Así, el bien jurídico-penal deberá cumplir una función material que es doblemente importante ligada por un aspecto crítico tanto por los objetivos dogmáticos que de hecho protege el orden penal vigente, así como también las valoraciones políticas y criminales que se relacionan con aquellos intereses que reclaman protección penal, bajo los cuales deben sumarse los lineamientos imperativos de merecimiento y necesidad de pena insertados en el modelo del Estado social y democrático de derecho.

El derecho penal es entendido como potestad punitiva del Estado, o sea de derecho penal en sentido subjetivo, fundamentador de la existencia de un conglomerado sistemático de normas primarias y secundarias; que al estar en conexión con la realidad social propician que el bien jurídico asuma una importancia esencial en la reconstrucción del tipo del injusto.

Ahora bien, una breve historia del bien jurídico hace entender que el concepto de bien jurídico, desde sus orígenes, no nace con pretensiones de limitar al legislador, sino para expresar, interpretar y sistematizar la voluntad de éste, como ratio legis del ius positum.

Actualmente, el bien jurídico expresa un criterio legitimante de limitación del poder de definir conductas criminales por parte del Estado y no meramente interpretativas o sistemáticas, y encausa a la exclusiva protección de bienes jurídicos; sin embargo, esta garantía de limitación actualmente sufre una crisis.

La función significativa de delimitación sirve primordialmente para evitar una hipertrofia cualitativa y cuantitativa del derecho penal que eliminara su carácter de ultima ratio frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico. En tal línea, resultará cuestionable cualquier decisión política en torno a la criminalización primaria para crear delitos y faltas que tengan como propósito reforzar pedagógicamente determinadas tendencias inmorales, credos o intereses particulares, ideologías, como el caso del mantenimiento o de protección en la cual el pueblo tenía vida propia y no es simplemente un conjunto de individuos; que significó para la teoría del bien jurídico un retroceso.

Asimismo, estos hechos interrumpieron los primeros postulados de la teoría finalista. Retomando el hilo argumentativo, tampoco pueden concebirse como bienes jurídicos, aquellas nociones abstractas o eminentemente valorativos sin contenido material.

Por ello, junto a las ya tradicionales funciones del bien jurídico, de orden dogmático-interpretativo que busca la ratio legis del bien jurídico involucrado en la protección, garantizadora debido a que busca castigar solamente conductas que afectan bienes importantes y clasificadora ya que responde a un criterio de jerarquización de los bienes jurídicos que subyacen los tipos penales, se va perfilado paralelamente con mayor nitidez la idea de la función critica trascendente al sistema penal, como rol decisivo de

la política criminal; puesto que constituye el punto de unión entre la realidad y la valoración jurídico-penal.

En síntesis, debe tenerse en cuenta, que el bien jurídico no integra el tipo penal y tampoco la norma que subyace al él, sino que constituye la base fundamental sobre el cual se construye y reconstruyen los tipos de injustos.

El legislador al momento de crear infracciones penales, tendrá que establecer determinados criterios político-criminales que permitan justificar la incorporación de aquellos bienes jurídicos que necesitan protección desde la órbita punitiva.

Asimismo, para el juzgador al momento de la aplicación e interpretación teleológica-sistemática de la ley según el bien jurídico protegido, este tipo penal se convertirá en una herramienta indispensable que permitirá reducir a sus justos límites la materia prohibitiva y delimitar previamente la posición en torno a las múltiples fundamentaciones teóricas que existen en torno al bien jurídico, como también al gran contenido criminológico que subyace en él.

2.7. La irrupción de bienes jurídicos

Existen dos discursos político-criminales diametralmente opuestos que tratan de explicar las nuevas formas de criminalidad: a) uno está referido a un discurso de resistencia a aceptar la modernización del derecho penal, puesto que el advenimiento de esta tendencia trae consigo una serie de infracciones a los principios del derecho

penal liberal, en relación a la legalidad, causalidad, culpabilidad y lesividad y que sería conveniente volver a ese derecho de corte clásico; b) El otro discurso que pregona y acepta la modernización o expansión del derecho penal, del cual se indica todo lo contrario, que es consecuencia de las nuevas formas de aparición de criminalidad, inevitable por la sociedad de riesgo actual. Una de las características del derecho penal moderno, es precisamente la aparición desmedida de bienes jurídicos colectivos.

En doctrina se ha hecho la distinción, no tan pacífica, entre bienes jurídicos de naturaleza individual y colectiva. La base teórica se tiene que encontrar a la luz del pensamiento filosófico, en tal sentido, la orientación individualista pregona que los valores de las obras y de la colectividad; están al servicio de los valores la personalidad. En cambio, para la concepción supraindividualista, los valores colectivos supeditan cualquier otro valor, de manera que todos ellos sirven al Estado y al derecho.

La proliferación de los bienes colectivos en el campo jurídico es consecuencia del intervencionismo estatal, pues debe atender a un nivel macrosocial y a las nuevas necesidades y prestaciones que se convierten en condiciones para que los intereses individuales puedan tener vigencia real y efectiva.

Ahora, la discusión gira en torno a su naturaleza, a su legitimidad en la protección, a su vinculación material con los bienes jurídicos personales y a la instrumentalización de las técnicas legislativas para la formulación de los tipos de injustos encargados de su protección.

Y no puede obviarse, las dificultades que plantean los bienes jurídicos colectivos en relación a su conflictividad con otros intereses.

No cabe duda, que uno de los puntos centrales más importante de la crítica respecto a la teoría actual del bien jurídico, lo constituye las nuevas formas de protección de carácter masivo y universa.

“La tercera fase de la evolución del derecho penal, estaba determinada por el desplazamiento que experimentaron los comportamiento punibles, esto es, desde la protección individual a la protección de la colectividad, ya que tales hechos delictivos del bien jurídico protegido solamente reconocen a menudo de una forma difusa, porque los tipos delictivos, en lugar de describir formas concretas de lesión del bien jurídico, tienden a describir situaciones de peligro abstracto que se sitúan en una fase previa a la producción del daño”.[15]

En el pensamiento penal, se han tejido diferentes concepciones desde el prisma individualista o suprapersonal, destacándose las teorías monistas y teorías dualistas. La teoría dualista establece que los bienes jurídicos pueden ser de naturaleza individual o bienes universales, sin que quepa encontrar un denominador común.

Para la teoría monista, la figura central es concebir al bien jurídico desde una sola perspectiva, bien es sentido estatista o bien desde el punto de vista de los intereses de la persona singular.

[15] Rodríguez Devesa, José María. **Derecho pena español,** pág. 94.

Si se toma como punto de referencia el Estado, cualquier interés aún los más personales, se consideran como una nueva atribución jurídica derivada de las funciones del Estado.

Si se parte de la teoría monista-personalista, la persona y su libre desarrollo, se convierten en el punto de referencia al que deben orientarse todos los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal.

En este orden de ideas, los bienes jurídicos colectivos o universales se convierten en simplemente medios o vehículos al servicio del desarrollo personal del hombre; que son los únicos realmente protegibles.

Se ha cuestionado la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos, sobre todo por un sector doctrinario importante vinculado a quienes defienden una postura personalista, manifestando que aquellos intereses comunitarios constituyen una clara muestra del carácter expansionista del derecho penal; lo que violenta la idea del derecho penal de última ratio.

Para ello sería necesario elaborar un concepto material del bien jurídico capaz de cumplir funciones como limitadora, crítica, y solo se puede conseguir haciendo una lectura del bien jurídico de corte personalista, que subordina y preordena al desarrollo personal del individuo; sin incurrir en excesos de las teorías funcionalistas. Hecho que se ha convertido en una constante para el derecho penal moderno.

Esta posición ha sido fuertemente criticada, ya que construye su teoría estrictamente en base a intereses humanos, en donde el individualismo de la teoría personal confluye planteamientos donde se dejan serias dudas en la protección de determinados intereses.

CAPÍTULO III

3. Protección a los bienes jurídico fundamentales

El derecho penal, y sus disposiciones, se caracteriza por ser ante todo y sobre todo; la culminación de todo un sistema jurídico dirigido primordialmente a la protección de intereses y derechos fundamentales para el individuo y la sociedad.

La doctrina del derecho penal a través de la teoría del bien jurídico, ha convertido los derechos fundamentales en bienes jurídicos a los que les concede su máxima protección, castigando con los instrumentos sancionatorios radicales y contundentes de los que dispone el Estado de derecho; en relación a las conductas que pueden lesionarlos o ponerlos en peligro.

El derecho penal y el Código Penal protegen los derechos fundamentales. Cualquiera de los bienes jurídicos protegidos en los diversos tipos delictivos contenidos en el Código Penal, son reconducibles directa o indirectamente, a alguno o algunos de los derechos que la propia Constitución Política de la República de Guatemala reconoce como fundamentales.

Pero no todos los bienes jurídicos que protege el derecho penal, tienen directamente el carácter de derechos fundamentales en la terminología constitucional, sino simplemente el de derechos que igualmente reconoce la Constitución, como la propiedad privada y los principios rectores de la política social y económica que igualmente son objeto de

protección a través del derecho penal.

3.1. Importancia de una debida protección

En realidad, el derecho penal no sólo protege derechos fundamentales, pero en general, se puede decir que tanto en las conductas que sanciona elevándolas a la categoría de delitos, como en la forma de sancionarlos, con penas que principalmente limitan o privan de libertad, el mismo incide de lleno en la configuración y desarrollo de los derechos estrictamente fundamentales; libertades públicas y de otros derechos y principios que igualmente por su importancia para el individuo y la configuración democrática de la sociedad tienen rango constitucional.

Ello, no significa que el derecho penal sea un mero apéndice del derecho constitucional y que su misión consista sólo en brindar protección a través de la sanción penal a los derechos ya previamente reconocidos en la Constitución Política de la República.

“El derecho penal a través del principio de intervención mínima y de la elaboración doctrinal del concepto de bien jurídico, presenta una serie de peculiaridades que lo convierten en un mecanismo de protección jurídica autónomo y hasta cierto punto independiente de las demás ramas del ordenamiento jurídico, incluido el derecho constitucional”.[16]

[16] González de la Vega, Francisco. **Tratado de derecho penal**, pág. 24.

Este sólo representa un marco dentro del cual el derecho penal se mueve con más o menos libertad a la hora de decidir qué derechos fundamentales en forma de bienes jurídicos debe proteger y cómo debe hacerlos. No existe una obligación para el legislador de sancionar penalmente toda conducta que lesione un bien jurídico, ni es el derecho penal el único medio protector de los mismos; sean o no derechos fundamentales.

La vida humana, como cualquier fenómeno biológico está sometida al inevitable proceso de nacimiento; desarrollo y muerte. No se puede proteger la vida que todavía no existe o que ya ha dejado de existir. Sin embargo, esta verdad difícilmente discutible, se complica por el hecho de que la vida no es un fenómeno estático, sino dinámico, en el que es difícil, por no decir imposible; marcar con certeza científica cuándo comienza y cuándo acaba.

Existe, además, el hecho de que la vida antes de alcanzar su autonomía pase por un proceso de formación desde el momento de la concepción hasta su independización del claustro materno. Ello determina una distinta valoración según se haya o no producido la separación del claustro materno. Razones, no sólo científicas, sino filosóficas y jurídico-penales obligan a distinguir la protección jurídica a la vida humana según haya alcanzado o no la independización del claustro materno.

El bien jurídico o derecho fundamental de la integridad moral aparece como un bien jurídico difuso, cuyo punto de partida se puede situar en el concepto de dignidad humana, entendiendo por ésta la propia cualidad de ser humano y el respeto a esa

cualidad que todas las personas tienen por el hecho de ser personas; o sea, la superioridad o importancia que se le concede a una persona por el simple hecho de serlo y con independencia de la forma en que se comporte.

A partir de aquí, como expresión de esa dignidad humana se encuentra el derecho a la integridad personal; que engloba tanto la integridad física como la moral.

Tradicionalmente, la integridad física se ha interpretado, en la doctrina penal, como lo contrario a la falta de algún miembro u órgano corporal, quedando excluida, por tanto, la salud, como ausencia de enfermedad y la integridad psíquica que es el oncepto estricto de la integridad corporal.

3.2. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido en el delito de lesiones se dirige más hacia un concepto global de salud o de incolumidad personal, como estado en el que una determinada persona desarrolla normalmente sus funciones, entendiendo por función el ejercicio de un órgano o aparato, estado que, por otra parte; posibilita una concreta participación en el sistema social..

La diferencia entre integridad física e integridad moral, entendida esta última como integridad psíquica se desvanece al quedar ambas incluidas en el concepto de incolumidad. Además, la protección penal dispensada en la tipificación del delito de

lesiones, se ajusta más a la importancia del bien jurídico como presupuesto de un desarrollo normal de la vida de una persona.

"El derecho de integridad es aquel en que la persona tiene el derecho a no ser sometida contra su voluntad a tratamientos susceptibles de anular, modificar o herir su voluntad, ideas; pensamientos o sentimientos".[17]

Es decir, que la integridad moral se constituye como un derecho de los ciudadanos compuesto por valores como la voluntad, las propias ideas; los pensamientos o los sentimientos. Pero la esencia de este derecho vendría dada no por el contenido de estos valores, sino por el derecho a configurarlos o mantenerlos de forma voluntaria sin que nadie pueda alterar por la fuerza dicha configuración.

Como contenido mínimo de un derecho constitucionalmente declarado, no se encuentra ninguna objeción. Pero si se abandona el terreno de la interpretación constitucional para centrarse en la integridad moral como bien jurídico penalmente protegido, se señala que las posibles acciones y los posibles valores atacados por las mismas que de esta definición constitucional se derivan, constituyen precisamente, el objeto de protección de otros tipos penales.

Así, por ejemplo, conductas dirigidas a anular o modificar la voluntad de una persona son el núcleo del delito de coacciones y de amenazas; conductas que puedan herir los sentimientos de una persona pueden ser perfectamente encuadrables en el delito de

[17] **Ibid,** pág. 34.

injurias; comportamientos dirigidos a anular o modificar ideas o pensamientos pueden incluirse en el supuesto de coacciones, cuando se trate de impedir el ejercicio de un derecho fundamental, como lo es la libertad ideológica.

La base del atentado contra la integridad moral es cualquier acto violento contrario a la voluntad de su titular; y, cuando actos de este tipo se cometen, se lesiona de forma directa el bien jurídico protegido en cada caso, pero también de forma indirecta; el bien jurídico integridad moral.

Las reiteradas alusiones a la voluntad quebrantada del sujeto pasivo, reconducen a bienes jurídicos como la libertad y devuelven a otros tipos delictivos como las coacciones o las amenazas.

Resumiendo, en atención a las diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales, tanto en el campo penal como en el constitucional, la determinación del contenido mínimo del derecho a la integridad moral resulta una cuestión altamente complicada; dada la ausencia de definiciones al respecto.

Las delimitaciones negativas de sus límites y la enumeración de las acciones que pueden suponer un ataque al mismo y dejan como resultado una gran similitud entre el concepto de integridad moral y el concepto de voluntad, como libre determinación de la persona.

La diferencia solamente se puede situar en el hecho de que el atentado contra la

integridad moral supone a la vez una humillación mientras que el atentado contra la voluntad no tiene por qué suponerlo, aunque, en la mayoría de los casos también se dará esta consecuencia.

3.3. Proceso de normativización

El derecho penal protege los derechos fundamentales en la medida en que éstos, a través de un proceso de normativización, son reelaborados en función de necesidades específicas y de determinados principios característicos; y convertidos en bienes jurídicos. De forma que, como ya se ha dicho, tan importante o más que el concepto de bien jurídico o de derecho fundamental que subyace en todo tipo delictivo, es el proceso mismo social y político a través del que se constituye.

En esta tarea el derecho penal goza de una autonomía casi absoluta, pero esto no quiere decir que los bienes jurídicos o los derechos fundamentales convertidos en bienes jurídicos protegidos en los respectivos penales; puedan ser protegidos de cualquier modo o de forma arbitraria. La protección de bienes jurídicos no significa necesariamente protección a través del derecho penal. Los bienes jurídicos, no sólo deben ser protegidos por el derecho penal; sino también ante el derecho penal.

El concepto de bien jurídico se formuló originalmente más como límite que como exigencia para la intervención del derecho penal. Precisamente, el principio de intervención mínima, tenía este sentido, para evitar una hipertrofia cualitativa y

cuantitativa del derecho penal que eliminara su carácter de ultima ratio frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico.

Se hace muy difícil resolver la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja.

La sociedad moderna se caracteriza por una serie de problemas del medio ambiente, criminalidad organizada y delincuencia económica que no pueden ser resueltos con los esquemas tradicionales del derecho penal clásico.

Es por ello, que es de conveniencia la existencia de un derecho penal moderno más idóneo para resolver esos problemas. De ahí que en esta materia el Código Penal tenga una mayor vocación penalizadora que despenalizadora y que conciba el derecho penal más como un instrumento político de dirección social que como un mecanismo de protección jurídica subsidiario de las otras ramas del ordenamiento jurídico.

Hasta cierto punto esto, por lo menos en sectores que caracterizan el derecho penal moderno, y ello parece inevitable; pero da lugar, a un cierto debilitamiento de algunos de los principios básicos y garantías del derecho penal clásico; que también constituyen hoy derechos fundamentales a los que no se puede renunciar porque son consustanciales al Estado de derecho.

“La idea de prevención y de orientación a las consecuencias que son señales de identidad del derecho penal moderno, pueden tener aspecto negativo para algunos

derechos humanos”.[18]

El Código Penal recoge, los principios básicos del derecho penal de un Estado de derecho, se acoge expresamente el principio de legalidad de los delitos y las penas, así como de los estados de peligrosidad y medidas de seguridad posdelictuales, con todas sus consecuencias de proscripción de la analogía, al menos en su vertiente in malam parten, y la irretroactividad de las leyes penales desfavorables para el reo.

Lo mismo sucede con el principio de culpabilidad, entendido como proscripción de la responsabilidad objetiva, limitando las fuentes de imputación subjetivo al dolo o a la imprudencia, dando relevancia al error sobre los hechos o su licitud y a determinados estados de alteración mental como causas de exención o atenuación de la responsabilidad criminal.

En el derecho penal moderno se ve como un obstáculo para llevar a cabo un efectivo control de los problemas que aquejan a las sociedades modernas, la vinculación a los principios del poder punitivo del Estado que desarrolló la teoría clásica del derecho penal precisamente como límite a una política criminal demasiado pragmática, deseosa a toda costa de solucionar con la sola ayuda del derecho penal o utilizando a éste no como última, sino como prima ratio; los problemas más preocupantes que las sociedades tienen en cada momento histórico.

[18] Castellanos Tena, Fernando. **Lineamientos elementales de derecho penal,** pág. 39.

Una forma de aparición de la tendencia a la desformalización es, la frecuente utilización de leyes indeterminadas, es decir, de leyes en las que se emplean conceptos vagos y cláusulas generales de difícil interpretación que dejan en la penumbra los límites entre los comportamientos delictivos y los que no lo son, o que dejan en manos del juez la solución final; sin vincularlo a conceptos claros y precisos.

El legislador ante un cambio social acelerado o ante una situación especialmente conflictiva cae en la tentación de dejar a los jueces un amplio arbitrio, ofreciéndoles programas de decisión flexibles, pero ello no puede llegar hasta el punto de abandonar uno de los principios fundamentales del derecho penal, como lo es el principio de legalidad y el de la división de poderes que le subyace.

La formalización de las decisiones legislativas no debe entenderse como algo contrapuesto a la función protectora de bienes jurídicos que el derecho penal tiene que cumplir; sino como una vía racional de llevarla a cabo. A diferencia de lo que sucede en otras instancias de control social, el derecho penal está obligado a dar toda la información que sea posible sobre sus normas; sus sanciones y el procedimiento adecuado para imponerlas.

El legislador penal no puede sorprender, ni engañar a los implicados en un caso penal, sin decir con la debida antelación y públicamente que es lo que castiga y en qué forma lo hace, y desde luego tampoco puede dejar abandonada esa labor en manos del juez. Los principios como el de legalidad, seguridad y certeza, prohibición de analogía y de

retroactividad de la ley penal desfavorable son ingredientes fundamentales de la cultura jurídica guatemalteca; a los que no se puede renunciar.

Tampoco se puede renunciar al principio de la división de poderes, o a principios formalizadores del proceso penal, como el de publicidad del proceso, el derecho a ser oído que tiene el acusado, el derecho a la asistencia de abogado desde el momento de su detención, el derecho a proponer pruebas, a intervenir en el proceso y el in dubio pro reo. Todo ello son logros y alcances del derecho penal clásico que, en ningún modo, pueden considerarse superados por un entendimiento puramente funcionalista del derecho penal moderno.

3.4. El principio de legalidad

Como es lógico, los sectores más afectados por estas quiebras del principio de legalidad son los más característicos de esa parte del derecho penal que, por contraposición al llamado derecho penal clásico, se denomina moderno, es decir, aquellos ámbitos en los que el progreso científico o técnico, el tráfico económico o la intervención del Estado en la economía, plantean problemas de tal complejidad que no pueden ser resueltos satisfactoriamente sin la existencia del derecho penal moderno.

Se recurre aquí a la técnica de la norma penal en blanco, es decir, a la remisión a otras ramas del ordenamiento jurídico, especialmente al derecho administrativo, para determinar el supuesto de hecho de la norma penal.

Con ello se corre el peligro de que el verdadero carácter delictivo del comportamiento tipificado en la ley como delito no lo determine la ley penal misma, sino las leyes administrativas y otras disposiciones de carácter jerárquico incluso inferior al de ley, pues, como bien ha destacado la mejor doctrina, lo grave no es ya que se recurra a la técnica de la norma penal en blanco, ya que esto es muchas veces inevitable por la propia especificidad de la materia regulada; lo grave es que no queden en la propia norma penal suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta punible.

Una de las razones que pueden explicar estas quiebras de los principios básicos del derecho penal clásico es la tendencia a la funcionalización; que se denuncia como una característica del moderno derecho penal que se refleja igualmente en las reformas a la legislación penal vigente.

La penetración de los intereses preventivos en constelaciones jurídico-penales con alta necesidad política de solución se refleja en la aparición de una legislación penal simbólica, en la que la necesidad de solución del problema no se corresponde con posibilidades de solución adecuada por la vía del derecho penal.

Ciertamente, que un derecho penal funcionalizado por la política criminal y por los intereses preventivos tiene más fácil justificación ante la opinión pública; pero, al mismo tiempo, encierra el peligro de que se le asignen tareas que el derecho penal no puede cumplir o que, en todo caso; no puede cumplir sin las garantías y principios básicos. Tanto en uno, como en otro caso se está pervirtiendo su función o se está engañando a

la opinión pública, ofreciéndole unas perspectivas de solución a los problemas; que luego no se verifican en la realidad.

Consecuencia de esta funcionalización es la frecuente utilización en el Código Penal de los delitos de peligro abstracto y la amplia protección que se brinda a bienes jurídicos universales. Respecto a los primeros, es fácil entender por qué el moderno legislador utiliza esta forma de tipificación de la conducta delictiva. Por un lado, amplían enormemente el ámbito de intervención del derecho penal a supuestos en los que ni siquiera hay que demostrar una puesta en peligro concreta del bien jurídico, ni por supuesto un perjuicio o una relación de causalidad entre éste y la acción realizada. Basta con demostrar la realización de la acción incriminada misma, sin ulteriores exigencias probatorias respecto a datos que han sido excluidos en la configuración de los tipos penales. Por otro lado son los que mejor se adaptan a los nuevos bienes jurídicos universales que se quieren proteger.

En el derecho penal clásico el modelo de tipo delictivo que constituía el núcleo esencial de la legislación penal eran los delitos de lesión o, por lo menos, aunque ya en una fase más avanzada de la evolución legislativa, de peligro concreto de bienes jurídicos preponderantemente individuales, como la vida, libertad y propiedad, a los que sólo se protegía frente a los ataques más graves y, por ello mismo, merecedores de una sanción penal.

Ahora, en cambio, y por lo menos en relación con la protección penal que se brinda a los nuevos bienes jurídicos de carácter institucional, colectivo o universal, se hace

recaer el acento en la protección de la institución misma, quedando en un segundo plano o muy difuminada la protección de los intereses individuales. Junto a la propiedad y a los bienes jurídicos patrimoniales individuales aparece en la rúbrica el orden socioeconómico, la ordenación del territorio, el patrimonio histórico, los recursos naturales y el medio ambiente y la flora y fauna aparecen como bienes jurídicos autónomos, dando lugar en algunos casos a delitos de peligro abstracto que en nada se diferencian de las infracciones administrativas que constituyen las acciones incriminadas en los respectivos tipos delictivos, o tipificando hechos delictivos que ya son típicos conforme a otros delitos referidos a bienes jurídicos individuales.

Es de preferencia que estos comportamientos hubieran seguido siendo simples ilícitos administrativos o, por lo menos, continuaran formando parte de la legislación especial sectorial en la que tienen mayor justificación; o, en los casos en que el hecho ya de por sí constituye otro delito tipificado en otro lugar del Código Penal; que se hubiera añadido simplemente una cualificación que recogiera el mayor desvalor de la incidencia del hecho en un interés de carácter colectivo o social.

De todos modos, la tendencia a la protección de bienes jurídicos institucionales o universales parece inevitable y, dada la dificultad de precisar con nitidez sus perfiles y contornos, parece inevitable también el recurso a los delitos de peligro abstracto, anticipando la intervención del derecho penal a momentos anteriores a la afectación del bien jurídico. Pero en ningún caso, ello debe significar la pérdida de identidad del derecho penal y su conversión.

También una prudente política despenalizadora en estos sectores característicos del derecho penal moderno, por más que sea a corto plazo menos llamativa o rentable de cara a la opinión pública; puede ser igualmente eficaz y menos gravosa que la intervención penal a toda costa.

Es esencial el estudio de los delitos que en la terminología del Código Penal afectan directamente a los derechos fundamentales e insistir en que esas libertades o derechos son libertades o derechos democráticos; pues su efectividad práctica es sólo imaginable en un sistema democrático en el que el pueblo participe en la vida política y controle el poder. La existencia en el Código Penal de estos delitos supone, por tanto; el reconocimiento de los derechos a los que afectan. Este reconocimiento es, sin embargo, muchas veces más formal que efectivo. Pocos son, desde luego; los Estados que no reconocen los derechos democráticos y las libertades políticas fundamentales.

Pero otra cosa sucede en la práctica, cuando se trata del reconocimiento y ejercicio de estos derechos. Es a veces la misma legislación penal ordinaria la que dificulta la efectividad material de estos derechos, criminalizando en tipos penales, generalmente vagos e imprecisos; manifestaciones y ejercicios legítimos de los mismos.

El derecho penal se utiliza como un arma política más para reprimir la oposición y las discrepancias políticas. La regulación legal vigente ha cambiado lógicamente en la medida en que se parte de un régimen político distinto que se califica como Estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia; la igualdad y el pluralismo político.

En lo que se refiere al incumplimiento de la prestación social sustitutoria, el derecho penal sigue caracterizándose por un exceso de represión que puede rozar los límites de la anticonstitucionalidad.

CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico y doctrinario de los bienes jurídicos fundamentales protegidos por el derecho penal

El derecho penal tiene a su cargo, la técnica de tutela en beneficio de los ciudadanos contra la ofensa de derechos subjetivos e intereses fundamentales; sean individuales o colectivos.

La idea del bien jurídico que se remite al principio de la ofensividad de los delitos como condición necesaria de la justificación, de las prohibiciones penales, se configura como límite axiológico externo con referencia a bienes considerados políticamente primarios o interno con referencia a bienes estimados; constitucionalmente protegidos del derecho penal.

Las políticas del derecho penal se orientan en sentido diametralmente opuesto. En efecto, prosiguen la expansión incontrolada de la intervención penal que parece haber llegado a ser, al menos en Guatemala, el principal instrumento de regulación jurídica y de control social, aunque sólo sea por la total ineficiencia de los otros tipos de sanciones: civiles, administrativas, disciplinarias y políticas.

Desde las pequeñas infracciones contravencionales hasta las variadas formas de ilícitos en materia monetaria y comercial, desde la tutela del ambiente y de otros intereses colectivos hasta la represión de las desviaciones políticas y administrativas de los

poderes públicos, cada vez más la sanción penal aparece como la única forma de sanción y la única técnica de responsabilización dotada de eficacia y de efectividad.

De ahí da resultado tal inflación de los intereses penalmente protegidos, que se ha perdido toda consistencia conceptual de la figura del bien jurídico.

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

“El bien jurídico es un término densamente valorativa. Decir que un determinado objeto o interés es un bien jurídico, equivale a expresar sobre él un juicio de valor, decir que es un bien jurídico penal, equivale a expresar un juicio de valor penal; es decir una justificación de su tutela mediante prohibiciones y puniciones de su infracción”.[19]

Se entiende así el significado axiológico de límite o garantía del concepto de bien jurídico, que consiste en que un objeto debe ser un bien jurídico porque su tutela penal esté justificada.

[19] Burgoa, Ignacio. **Las garantías individuales,** pág. 60.

4.1. El problema axiológico

"El problema filosófico de la justificación axiológica externa de las prohibiciones penales fue un problema central en el pensamiento iluminista, el cual, como se sabe formuló por primera vez el principio de ofensividad penal sobre la base de una firme opción utilitaria".[20]

Solo el daño causado a otros puede justificar la prohibición y la punición de un comportamiento. Es claro que semejante principio, con el cual se postuló la secularización del derecho y su separación de la moral es ya de por sí un potente criterio de delimitación cualitativa de la esfera penal que valió para excluir de ella todos los comportamiento inmorales, los actos contra sí mismo, los vicios y las inclinaciones mal sanas, los actos internos y los estados de ánimo.

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

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

[20] González. **Ob. Cit.,** pág. 55.

El principio de utilidad, que responde al problema de si debe existir cierto bien como objeto de tutela de las prohibiciones penales, no ayuda en nada, en efecto; el problema es precisamente el de los criterios de utilidad con base en los cuales reconocer un bien como merecedor de tutela penal.

El objeto del delito deber ser necesariamente un derecho subjetivo natural de la persona, comprendiendo en esa expresión a los bienes fundamentales como aquellos para cuya tutela se constituye el Estado, esto es en relación a la vida y cuanto contribuye a su conservación, como la libertad, la salud, los miembros del cuerpo o los bienes.

Esta noción restringida sufre después una parábola al término de la cual perdió todo valor axiológico extendiéndose primero a cualquier bien que debe ser tutelado por el Estado y llevando su referencia empírica de lo que es justo en su existencia al derecho en sí, de la parte lesionada al universal lesionado, y siguiendo las huellas de todo vínculo con los intereses materiales de los individuos y llegando a comprender, que todo lo que puede servir al interés del Estado tiene valor a los ojos del legislador; en fin, identificándose directamente con el interés del Estado o peor aún con el sentimiento del deber y de la fidelidad a su jefe, de manera que pasa de ser criterio de delimitación y deslegitimación externa; a ser un instrumento autoreflexivo de legitimación ético-político del poder punitivo.

Frente a estas perversiones ético-estatalistas, el primer objetivo de la cultura penal-democrática fue por un lado restaurar la referencia semántica del concepto de bien a

situaciones objetivas y a intereses de hecho, independientes de las normas jurídicas; por el otro, restituir a dicho concepto relevancia crítica y función axiológica; aunque solo sea como límite interno referido a valores o bienes constitucionales.

En efecto, si se comparte en todos sus sentidos el principio de separación entre derecho y moral, la determinación de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal no puede depender ni ser condicionada de lo que dicen las normas positivas, aunque sean de rango constitucional, sino que debe elaborarse autónomamente; prescindiendo del ordenamiento jurídico vigente.

Es claro que aquí entran en juego las diversas concepciones y opciones políticas sobre las funciones del Estado en el tema del control punitivo y más en general sobre las relaciones entre Estado y ciudadano y entre poder y libertad.

Una visión teológica o ética o de cualquier modo idealista del Estado será llevada a reconocer un bien merecedor de tutela en cualquier cosa que guste al soberano, y una ofensa en cualquier cosa que le disguste. Todo delito es en definitiva un delito de felonía, un crimen de lessa majestad.

Resultados no muy distintos, como se ha visto, ha tendido gran parte de la cultura penalista del último siglo, la cual, elaborando sobre bases jurídico-formales, doctrinas políticas o sustanciales del bien jurídico, llega a concebir el Estado como bien supremo y su interés o su voluntad como valores a priori; transmutando de este modo la legitimación externa con la interna y pasando del positivismo jurídico al estatalismo ético.

Por el contrario, una concepción laica y democrática del Estado y del derecho penal puede justificar solamente prohibiciones dirigidas a impedir ofensas a los bienes fundamentales de la persona, entendiendo por ofensa no solo el daño sufrido sino también el peligro corrido. Obviamente el problema radica en qué entender por bienes fundamentales de las personas.

Es claro que se trata de una noción que incluye todos los derechos fundamentales, no solo los clásicos derechos individuales y liberales sino también los colectivos y o sociales, como los derechos al ambiente, a la salud, etc.

Pero también incluye bienes que no son derechos, como el interés colectivo en una administración no corrupta de los asuntos generales; interés ciertamente fundamental para todas las personas.

Entonces se puede llamar principio de ofensividad personal a ésta reformulación del concepto axiológico de bien jurídico penal, tanto porque con base en él no se conciben objetos o sujetos dañables que no sean o no se refieran más o menos directamente a las personas, como por qué en base en él cualquier cosa es un bien; sólo si lo es para las personas y refleja los intereses individuales o colectivos de éstas.

Naturalmente que el criterio resulta un poco genérico e indeterminado. Se le puede precisar afirmando que ningún bien justifica una protección penal si su valor no es mayor al de los bienes que resultan negados mediante las penas. Obviamente tal comparación no es posible de modo riguroso sino solo a través de juicios de valor. Esto

no quita, que el mismo pueda actuar con poder en relación con la crisis inflacionaria que hoy obliga a la justicia penal.

4.2. La ofensividad penal

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

En el Código Penal, el mismo principio reconoce un resultado dañoso y peligroso como elemento estructural del delito. La Constitución Política de la República aún vinculando el contenido de las prohibiciones penales al respeto de muchos otros principios no contiene ninguna norma que enuncie expresamente el vínculo de la ofensividad personal. Pero se ha sostenido autorizadamente que el principio en la Constitución la cual excluye que el bien constitucional primario de la libertad personal pueda ser privado por medio de penas detentivas, sino es para tutelar bienes jurídicos que a su vez son constitucionalmente relevantes. Lo anotado, es compartido puesto que el valor constitucionalmente más relevante es el de la persona humana, así como también el principio de justificación externo de la ofensividad personal que recibe fundamento constitucional aunque sea directo.

En todos los casos, más allá de los argumentos textuales, sería ilógico pensar que la constitución pueda admitir privaciones de aquel bien constitucionalmente relevante que es la libertad personal; salvo para prevenir lesiones de bienes de rango igualmente constitucional. También el criterio de la comparación, mediante juicios de valor, entre costos de las penas y costos de los delitos prevenidos por ellas tiene, consiguientemente; un fundamento constitucional.

4.3. Bienes jurídicos legalmente tutelados por el derecho penal

Es una cuestión completamente diferente sí, y en qué medida, un determinado sistema jurídico satisfaga el principio de ofensividad, es decir, tutela legalmente los bienes, en particular los constitucionales y más en particular los que interesan a las personas.

La respuesta es negativa, lo cual equivale a una pesada censura de ilegitimidad; político constitucional del ordenamiento penal positivo. El sistema penal guatemalteco, como muchos otros, desde hace muchos decenios ha sufrido una creciente crisis inflacionista.

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

Por un lado a través del incremento de delitos sin daño, como los que ofenden entidades abstractas como la personalidad del Estado y la moralidad pública por el otro,

a través del aumento incontrolado, provocado por la incapacidad del Estado de intervenir con sanciones administrativas, de los delitos contravencionales; con frecuencia son consistentes en infracciones de meros ilícitos de desobediencia. En segundo lugar, ha habido una extensión indeterminista del campo de denotación de los bienes tutelados, a través de uso de términos vagos, imprecisos o peor aún, valorativos, que derogan la estricta legalidad o taxatividad de los tipos penales, permitiendo amplios espacios de discrecionalidad o de inventiva judicial. En tercer lugar, se tiene una cada vez más difundida anticipación de la tutela de los bienes, mediante la configuración de delitos de peligro abstracto o presunto, caracterizados por el carácter altamente hipotético y hasta improbable de la lesión del bien; con un reflejo inmediato sobre la taxatividad de la acción que se desvanece en figuras abiertas o indeterminadas del tipo de los actos preparatorios.

Ello, sin contar con la persistencia en el ordenamiento, de residuos premodernos como las previsiones de delitos consistentes en hechos dirigidos contra sí mismo, desde la ebriedad, al uso de estupefacientes; además de todos los delitos de opinión y contra la religión.

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

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

penal y señala la sobrecarga de funciones del todo impropias que pesan una vez más sobre la justicia penal.

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

"La tarifa de la pena mide el valor de los bienes sociales y poniendo en un lado los bienes sociales y en el otro las penas se obtiene la escala de valores de una sociedad, y por ende resulta difícil negar el carácter pletórico, antiliberal, irracional y tendencialmente clasista de la escala de los bienes tutelados por el derecho penal y el escaso valor que éste asocia a la libertad personal, privada por virtud de penas detentivas, aún por infracciones levísimas, y es fácil reconocer el contraste entre esta escala de valores y la sugerida por nuestra constitución, la cual, en cambio; confiere el primer rango a la libertad personal y la dignidad de la persona".[21]

4.4. Bienes jurídicos efectivamente tutelados por el derecho penal

Es necesaria la determinación de que si el derecho penal tutela efectivamente los bienes jurídicos fundamentales. Se trata, de una cuestión empírica de tipo sociológico, que es resuelta sobre la base de lo que efectivamente ocurre: no con referencia al derecho en general, sino al derecho penal positivo de cada ordenamiento singular; una investigación semejante es muy problemática.

[21] Mir. **Ob. Cit.,** pág. 102.

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

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

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

a) El grado de inefectividad de las prohibiciones penales, o bien la cantidad de las lesiones de los bienes jurídicos cometidas a pesar de la amenaza de la penas.

b) Los costos del derecho penal para los transgresores, así como para los sujetos injustamente acusados, es decir, los sufrimientos y las restricciones padecidos por ellos con el proceso y con la pena.

c) Los costos de la máquina penal para la sociedad.

Además, se puede afirmar con certeza, puesto que las praxis están siempre en un escalón más abajo que la legalidad formal, que la tutela efectiva de bienes jurídicos asegurada por cualquier derecho penal es siempre inferior a la legal; mientras que la suma de los costos efectivamente sufridos es siempre ampliamente superior respecto a los costos penales legalmente previstos.

4.5. Bienes jurídicos penales fundamentales y prohibiciones mínimas

Es necesario medir la distancia entre el principio axiológico de ofensividad enunciado en el plano ético político con referencia a bienes asumidos como fundamentales, y el grado de tutela efectiva ofrecida a tales bienes por la práctica penal, o sea:

a) La distancia entre tal principio y el equilibrio aún constitucional de cada ordenamiento penal, en el que se estime que el vínculo de la ofensividad no esté normativamente incorporado en este.

b) El lugar donde tal vínculo esté en cambio e incorporado como principio constitucional.

c) La distancia entre los bienes constitucionales a los que éste limita la tutela penal y los bienes incluso inconsistentes, tutelados por la ley y la distancia entre bienes legalmente protegidos y los efectivamente tutelados.

La primera diferencia contradice los fines justificantes del derecho penal o bien sus fundamentos axiológicos externos, y es, como tal, un factor de ilegitimidad ético-político; la segunda diferencia contradice sus fines constitucionales, o bien sus fundamentos axiológicos internos y es, en cuanto tal, un factor de ilegitimidad constitucional; el tercero contradice sus fines legales y es por ello un factor de ilegitimidad legal.

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

Por el contrario, una doctrina garantista del bien jurídico debe tematizar aquella triple diferencia y sus correspondientes perfiles de ilegitimidad para procurar su eliminación o al menos su reducción.

Es de este modo que la doctrina del bien jurídico puede valer como instrumento de crítica sea política o constitucional de las leyes y de las prácticas vigentes, en una perspectiva de derecho penal mínimo, por las prohibiciones; como por las penas y los juicios.

“Toda nueva fundamentación del derecho penal debe partir de la valoración de la jerarquía de los bienes, base de la jerarquía de las prohibiciones vigentes y de las penas legalmente establecidas, y proceder luego a reelaborar la lista de los bienes fundamentales considerados merecedores de tutela”.[22]

Al mismo tiempo, semejante reformulación supone una revaloración de los bienes sustraídos a las penas, ya que, la relación entre delitos y penas señala no solo el valor social asociado a los bienes ofendidos por las primeras, sino también el valor asignado a los bienes sustraídos de las segundas.

Y es claro que el grado de civilización de un ordenamiento se mide sobre todo por este segundo valor y por ende, por la economía de las prohibiciones y de las penas; o bien por el grado de tolerancia social expresado ante la conducta desviada sobre todo si esta no ofende los derechos fundamentales de las personas.

Un programa de derecho penal mínimo debe entonces apuntar hacia una masiva deflación de los bienes penales actualmente tutelados por la ley, por lo tanto a una drástica reducción de las prohibiciones legales; como condición de su legitimidad política y jurídica.

Para tal fin, el principio de ofensividad personal que supone una noción de bien jurídico ciertamente más extensa que la del derecho subjetivo, tiene el valor idóneo para excluir

[22] Cerezo. **Ob. Cit.,** pág. 99.

como justificadas muchas figuras penales consolidadas, o en otros casos; para restringir su extensión mediante profundos cambios de estructura.

Es de importancia señalar al menos tres clases de delitos, respecto de los cuales se ejercita la función minimizadora del principio en la esfera de la relevancia penal.

La primera minimización es de carácter cuantitativo y consiste en que la clase más numerosa de delitos cuya prohibición resulta deslegitimada por el principio de ofensividad personal es la de todos los delitos bagatelarios, los cuales no justifican ni el procedimiento penal ni la pena en particular, así como la entera categoría de las contravenciones y junto a ella la de los delitos que solamente son punibles con multa o alternativamente con multa y prisión, y que tendrían despenalización en nombre de la máxima economía del instrumento penal y de la reducción de las prohibiciones al mínimo necesario.

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

ofensividad.

“Es esencial insistir sobre el efecto de extraordinaria simplificación y racionalización del sistema penal que resulta de la supresión de esta enorme cantidad de ilícitos casi siempre artificiales, sobre todo se para la reducción de la esfera de los errores inevitables de la ley penal”.[23]

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

En fin, se adquiere una mayor linealidad y unitariedad de la relación entre delito, proceso y pena, ya que los ilícitos de esta forma solo son los delitos con los requisitos subjetivos y objetivos requeridos para ello; y las penas consisten solamente en restricciones de la libertad, de tipo detentivo o de otros tipos; y el proceso es relativo solamente al procedimiento dirigido a limitar la libertad personal para tutelar bienes penales fundamentales.

La segunda minimización es de carácter cualitativo. De las innumerables abstracciones catalogadas por el Código Penal como bienes jurídicos, y como títulos de otras tantas clases de delitos, la personalidad del Estado, administración pública, la actividad judicial, el orden público, la incolumidad pública, la fe pública, la economía pública, la industria y

[23] Cuello. **Ob. Cit.,** pág. 86.

el comercio, la moral y las buenas costumbres, el pudor, la integridad y salud, la familia, el matrimonio, la moral familiar, el Estado de familia, la asistencia familiar y el patrimonio familiar se consideran bajo el principio de ofensividad como bienes jurídicos debido a que su lesión se concreta en un daño para las personas, debido a que el hombre no fue hecho por el Estado o para otras abstracciones similares sino que el Estado y las otras Instituciones fueron hechas por el hombre.

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

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

La tercera minimización es de carácter estructura, y se deriva del cambio de estructura

que impone el requisito de la ofensividad personal a varias clases de delitos. Son los referentes a los actos dirigidos a realizar determinadas lesiones incluyendo allí aún los actos preparatorios y las ideaciones, sin tomar en cuenta el peligro corrido por los bienes atacados, para la reformulación de actos idóneos para producir tales lesiones; es decir, de figuras de tentativa y por lo tanto suprimidos.

Pero lo mismo cabe hacer con todos los llamados delitos de peligro abstracto, en los que el peligro tampoco es requerido como algo concreto, como peligro corrido por el bien jurídico, sino que es presumido en abstracto por la ley, de manera que, en los casos en que ese peligro no exista de hecho, se castiga la mera violación formal de la ley por parte de una acción inofensiva de por sí.

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

4.6. Los bienes jurídicos fundamentales protegidos por el derecho penal de Guatemala

En relación al ámbito donde se realiza la clasificación o sujeto realizador de la clasificación se pueden distinguir:

El ámbito doctrinal, las clasificaciones doctrinales, que son las llevadas a cabo por los

autores en los distintos saberes acerca de los derechos humanos y mediante los estudios de iusfilósofos, sociólogos, científicos del derecho, constitucionalistas y penalistas.

En el ámbito normativo, que consisten en las clasificaciones legales o normativas de los derechos.

Estas, a su vez, se pueden ordenar así:

a) Clasificaciones constitucionales: son aquellas que son seguidas por las diversas normas constitucionales o fundamentales de los Estados.

b) Clasificaciones legales en sentido estricto: que son aquellas que son llevadas a cabo por la legislación de los Estados que desarrolla la Constitución.

c) Clasificaciones llevadas a cabo por normas internacionales, convenciones y tratados referentes a derechos humanos: como por ejemplo, la clasificación llevada a cabo en el Pacto de San José de Costa Rica.

d) Clasificaciones realizadas por declaraciones de derechos humanos: en sentido estricto, en los que se reconocen los derechos. Es, por ejemplo, la clasificación que figura en la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales, aprobada en virtud de resolución de 16 de mayo de 1989.

Existe, entre los cuatro ámbitos citados una mutua interdependencia, de tal manera que pueden hacerse, incluso, clasificaciones de carácter unitario. En realidad, buena parte de las grandes clasificaciones sustentadas por la doctrina y las organizaciones son posteriormente asumidas por las normas jurídicas.

Cada derecho fundamental va dirigido directamente a proteger un determinado bien jurídico, e indirectamente otros bienes jurídicos. Pero a veces en torno a un determinado bien de la personalidad se sitúan una serie de derechos fundamentales, de tal manera que se puede hablar de unos derechos fundamentales genéricos, como el derecho a la vida o el derecho a la intimidad, o el derecho a la igualdad, o el derecho a la propiedad; y de derechos fundamentales específicos.

Estos no son sino concreción de aquellos, teniendo en consecuencia sus mismas características básicas, si bien con distinta forma de especificación y con características en cierto modo propia; en virtud de dicha especificidad.

El nexo fundamental y estructural existente entre los derechos genéricos y sus correlativos derechos específicos está constituido por el contenido esencial de los derechos. El contenido esencial de los derechos genéricos, es desarrollado por los respectivos derechos específicos que de él derivan.

Del genérico derecho a la vida derivan una serie de derechos específicos, como el derecho a la vida frente a la pena de muerte o el derecho a la vida frente al aborto.

Del genérico derecho a la libertad derivan todos los derechos específicos que se pueden denominar derechos de libertad, y cuyo objeto es la libertad humana; como son el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de conciencia.

Del genérico derecho a la igualdad derivan todos los derechos específicos que se pueden denominar derechos de igualdad; y el bien jurídico protegido por ellos es la igualdad social. Esos derechos son, entre otros, el derecho a la no discriminación por razón de raza y el derecho a la no discriminación por razón de sexo.

Del genérico derecho a la intimidad derivan, como derechos específicos, entre otros, los siguientes: el secreto de las escuchas telefónicas, el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia y el derecho a la libertad informática.

Del genérico derecho a participar en las funciones públicas derivan, entre otros derechos específicos, el derecho de sufragio, activo y pasivo y el derecho al acceso a los cargos públicos no representativos.

Del derecho a la integridad personal derivan como derechos específicos, el derecho a la integridad personal frente a la tortura y frente a las desapariciones forzadas.

Los derechos humanos suponen como derechos específicos los derechos de los consumidores y usuarios, los derechos de los soldados y los derechos de las personas pertenecientes a la tercera edad.

Por otra parte, existen en algunos derechos humanos una sucesión o cadena en el orden de concreción. Así, del genérico derecho a la libertad deriva el derecho a la libertad de pensamiento o libertad ideológica, de éste deriva, en cuanto que derecho genérico el derecho a la libertad de conciencia. Pero, a su vez, de él deriva, en cuanto derecho genérico; el derecho a la objeción de conciencia. Este último derecho es específico respecto del derecho a la libertad de conciencia, pero es genérico a su vez, respecto del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar o respecto del derecho a la objeción de conciencia al aborto.

Todo derecho es genérico respecto a los derechos que de él derivan y es específico respecto del derecho del que deriva.

Las categorías de derechos que alcanzan el mayor grado de generalidad son los derechos civiles y políticos, los derechos económicos; sociales y culturales y los derechos de los pueblos. En torno a ellos se dan cita todos los demás derechos, en cuanto la especificación de los mismos.

Así, los derechos civiles y políticos se aglutinan predominantemente en torno al valor libertad, los derechos económicos, sociales y culturales en torno al valor igualdad y los derechos de los pueblos en torno al valor solidaridad.

En relación al carácter o contenido peculiar de los derechos, es decir, en relación a su ámbito de ejercicio; pueden ser clasificados los derechos de la siguiente forma:

- Los derechos que reconocen y tutelan la integridad física del sujeto y los derechos comprendidos en este grupo son: el derecho a la vida, el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a la integridad física, el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, e derecho a la propiedad, el derecho a la protección contra el desempleo y el derecho a una jornada laboral limitada.

- Los derechos que reconocen y garantizan la integridad moral del sujeto y en este grupo están integrados los siguientes derechos: el derecho a la educación, el derecho a la intimidad, el derecho al honor, el derecho a la conservación y desarrollo de la propia cultura.

- Los derechos que garantizan la libre actuación del hombre: son los derechos de libertad y estos derechos pueden ser agrupados de la siguiente forma: los que hacen referencia a la libertad física o derechos del hombre a no estar sometido a otro sujeto y son entre otros: el derecho a no ser sometido a esclavitud, el derecho a circular libremente o derecho de libre desplazamiento.

- Derechos a través de los cuales se garantiza la libre actuación racional o espiritual con un carácter estrictamente personal-individual y se despliegan en dos ámbitos: el privativo individual y el comunitario.

Comprenden en el plano privativo individual: el derecho a la libertad religiosa, el derecho a la libertad de conciencia y el derecho a la libertad de pensamiento.

Comprenden en el plano comunitario: el derecho a la libertad de opinión y expresión, el derecho a la información y el derecho a la libertad de culto.

- Los derechos de libertad propiamente social, que comprenden los siguientes derechos: el derecho de los pueblos a la libre determinación de su desarrollo social, el derecho de reunión y el derecho de asociación.

- Los derechos de libertad de contenido económico: entre ellos figura como básico el derecho de los pueblos a promover libremente su desarrollo económico.

- Los derechos de libertad de contenido político: que comprenden los derechos de libertad como el derecho de libre determinación política, el derecho a intervenir en el gobierno del país y el derecho de sufragio.

- Los derechos de libertad de contenido laboral: que comprende el derecho a la libertad laboral.

- Los derechos que promueven una ordenación justa de las relaciones sociales para asegurar el ejercicio de los derechos de integridad y de libertad, los cuales a su vez, pueden ser clasificados de la siguiente forma:

a) Derechos que garantizan un orden social justo en que se hace posible el disfrute de los demás derechos, como el derecho a condiciones equitativas de trabajo.

b) Los derechos que aseguran la existencia de las condiciones de disfrute de los derechos de integridad física y moral, como el derecho a una retribución justa.

c) Los derechos que aseguran la existencia de condiciones de disfrute de los derechos de libertad.

d) Los derechos que establecen garantías simultáneamente válidas para la integridad físico-moral y para la libertad.

Los delitos mencionados son los relativos al hurto de cosas de insignificante valor, tales como los denominados por la doctrina como hurto famélico, el cual puede ser realizado por un indigente que hurta una manzana de un puesto de frutas en un mercado porque se muere de hambre o bien el que realiza un padre de familia cuando se lleva pastillas para curar de la fiebre a su hijo. El monto de lo hurtado resulta risible, comparado con los gastos que realizaría el Estado, a través del sistema de justicia, para la captura del sindicado, el juicio del procesado y el mantenimiento en la cárcel del sentenciado.

Estos delitos, aunque afectan al bien jurídico tutelado propiedad que es fundamental en el derecho penal, su incidencia sobre el mismo y el peligro al cual se ve expuesto es mínimo, por lo que la pérdida de recursos humanos y económicos permite a la doctrina que los mismos deben despenalizarse.

En segundo lugar, se encuentran los delitos cuyo bien jurídico tutelado no es fundamental, sino que resulta complementario, al extremo que su quebrantamiento

únicamente da origen a multas y no a prisión, siendo un ejemplo de ellos la violación de correspondencia y papeles privados que se encuentra regulado en el Artículo 217 del Código Penal, estableciendo para quienes realicen este ilícito la pena de multa de cien a un mil quetzales o el de sustracción, desvío o supresión de correspondencia, establecido en el Articulo 218 del mismo cuerpo legal, imponiéndosele una multa de cien a un mil quetzales.

.

Como se puede ver, desde el derecho penal mínimo, se entiende que este tipo de delitos debieran despenalizarse, especialmente porque los mismos únicamente consumen recursos y tiempo del ente persecutor estatal, distrayendo su atención y esfuerzos hacia ilícitos sin ninguna incidencia social, limitándole con ello la posibilidad de llevar a cabo una adecuada persecución y acción penal sobre aquellos delitos de alto impacto que vulneran la seguridad de la población guatemalteca.

En el tercer caso, al igual que los dos anteriores, la despenalización se orienta a evitar la dispersión de esfuerzos en el sistema de justicia, porque el delito en si mismo no afecta la convivencia social, tal como sucede con el delito deportivo establecido en el Articulo 152, porque resulta casi imposible demostrar que hubo dolo en la persona que participando en el ejercicio de cualquier deporte cause un resultado dañoso, aunque sea con la infracción de las reglas, sino que resultaría considerándosele a dicha acción una conducta culposa, la que tiene sanción pecuniaria y no pena de prisión.

En sentido contrario a la despenalización, se encuentran aquellas acciones que debieran ser sancionadas como delito con una pena de prisión y de multa, porque

afectan bienes fundamentales, pero que en la actualidad se encuentran regulados como faltas a las que se le impone una multa o bien están establecidos como delitos en el Código Civil, pero que la pena para proteger el bien resulta risible, siendo una nulidad su protección. En el primer caso se encuentra, por ejemplo, la tala de árboles que afecta los bienes difusos y sociales, perjudicando manantiales, fauna, salud e incluso la vida; sin embargo, dicha acción que únicamente se regula como falta.

En el segundo caso, se encuentra, por ejemplo la entrega indebida de un menor, ilícito que se encuentra regulado en el Artículo 213 del Código Penal, en donde la sanción es una multa de cien a quinientos quetzales, lo cual va en contra de la seguridad y de la obligación estatal de evitar la trata de personas o el delito de expendio irregular de medicamentos, regulado en el Artículo 304 del mismo Código, porque pone en peligro el bien jurídico fundamental que es la vida, sin embargo, únicamente tiene una pena de multa de doscientos a tres mil quetzales; asimismo, se encuentra regulado el delito de aceptación ilícita de regalos, lo cual fomenta la corrupción, puesto que cometer este ilícito no tiene más costo que una multa de cien a tres mil quetzales, lo cual permite a un alto funcionario público, un Magistrado de la Corte de Constitucionalidad, por ejemplo, aceptar un carro último modelo valorado en un millón de quetzales, porque únicamente será sancionado por la aceptación ilícita de regalos.

Es en esta línea de ideas que se presenta la discusión de la necesidad de despenalizar algunos delitos tipificados en el Código Penal y de penalizar o tipificar otros que actualmente no se encuentran regulados a pesar que violan bienes jurídicos fundamentales.

Es fundamental el establecimiento de diversas propuestas de solución en relación a la penalización y despenalización, así como también la indicación de la utilidad de que ello se encuentre regulado de forma apropiada. Entre las propuestas de solución señaladas se encuentran las siguientes:

- Regulación de los bienes jurídicos fundamentales relacionados con el derecho ambiental, para garantizar un ambiente digno dirigido a las nuevas generaciones.

- Despenalización de los delitos que incluyen únicamente multas, para así evitar que no se realice adecuadamente la persecución y acción penal por parte del Ministerio Público.

- Establecer en la parte dogmática del Código Penal los criterios para la penalización y despenalización de conformidad con los bienes jurídicos tutelados.

Con la regulación apropidada, se permite garantizar que la política criminal se oriente a perseguir solamente aquellos ilícitos que ponen en peligro el orden y la paz social. Ello, también permite que el Ministerio Público se concentre en la persecución penal contra los delitos de alto impacto social.

CONCLUSIONES

1. Actualmente, en el Código Penal existen tipificados ilícitos que no tienen sentido ser tipificados como delitos, porque no afectan bienes jurídicos fundamentales, porque su incidencia social es nula o bien porque el daño que se ocasiona en la sociedad cuando los mismos se realizan o ejecutan, resulta menor que presentar a los sindicados ante la justicia.

2. En una política criminal democrática, fundamentada en el derecho penal minimalista, se debe evitar que los delitos, que son los más comunes en el medio guatemalteco, tales como los de hurto famélico, se incluyan en el Código Penal, porque los mismos se convierten en una pérdida de recursos y tiempo para el sistema de justicia en Guatemala.

3. La realidad penitenciaria guatemalteca evidencia que muchos de los detenidos y presos, fueron procesados por delitos que no inciden en la lucha contra la delincuencia, sino que únicamente responden a una concepción castiguista del derecho penal, en donde se busca sancionar a la persona en función del etiquetamiento de la misma y no de acuerdo al bien jurídico perjudicado.

4. La mayoría de jueces y magistrados del ramo penal en Guatemala, todavía tienen una visión castiguista del derecho penal, porque asumen como válido llevar a cabo la investigación de hechos por delitos de poca significancia e incluso utilizar la prisión preventiva contra los sindicados, a pesar que esta

práctica únicamente conlleva al hacinamiento de los sindicados en las cárceles del país.

5. A pesar que en las sociedades democráticas es una tendencia la reforma de su política criminal orientada a concentrar los esfuerzos de persecución y acción penal del órgano prosecutor del Estado, hacia las bandas y organizaciones criminales responsables de delitos de alto impacto, en la sociedad guatemalteca todavía no se han promovido cambios orientados en este sentido.

RECOMENDACIONES

1. Que el Organismo Legislativo establezca una comisión revisora del Código Penal, para despenalizar aquellos delitos que no afectan bienes jurídicos fundamentales, con lo cual se logrará reducir la cantidad de hechos ilícitos que debe perseguir el Ministerio Público y de esa manera concentrarse en los casos de alto impacto.

2. Que el Congreso de la República, conjuntamente con el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, promueva un Congreso Jurídico para establecer los hechos y actos que afectan bienes jurídicos fundamentales y que actualmente no se encuentran tipificados en el Código Penal y de esa manera reformar éste para que se tipifiquen y se persigan penalmente.

3. Que la Corte Suprema de Justicia a través de la Escuela de Estudios Judiciales, implemente cursos formativos para jueces contralores de la investigación penal, orientados hacia el conocimiento, discusión y aplicación del derecho penal minimalista, para que en aquellos casos donde existan delitos de bagatela, resuelven el sobreseimiento del proceso.

4. Que el Ministerio Público establezca una política de persecución penal, orientada a promover la petición de sobreseimiento sobre los casos donde el bien jurídico afectado no sea fundamental o que el tipo de acción sea de bagatela, para evitar congestionar las funciones prosecutoras de la instancia estatal encargada de la acción penal.

5. Que el Ministerio de Gobernación a través de la Academia de la Policía forme a los oficiales de la Policía Nacional Civil en una visión democrática y minimalista del derecho penal, que les permita evitar dispersar los esfuerzos de los agentes de policía a su cargo en la persecución de aquellos casos en donde no existe un bien jurídico fundamental tutelado.

BIBLIOGRAFÍA

BURGOA, Ignacio. **Las garantías individuales.** México, D.F.: Ed. Porrúa, S.A., 1998.

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

CASTELLANOS TENA, Fernando. **Lineamientos elementales del derecho penal.** México, D.F.: Ed. Porrúa, S.A., 1991.

CEREZO MIR, José. **Problemas fundamentales del derecho penal.** Madrid, España: Ed. Tecnos, 1982.

CUELLO CALÓN, Eugenio**. Derecho penal.** Madrid, España: Ed. Bosch, 1981.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **Delitos contra bienes jurídicos fundamentales.** Valencia, España: Ed. Tirant lo Blanch, 1993.

GÓMEZ CRUZ, Eusebio. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Civitas, 1988.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. **Derecho penal.** México, D.F.: Ed. Porrúa, S.A., 1991.

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

MAGGIORE, Giuseppe. **Derecho penal.** Bogotá, Colombia: Ed. Temia, 1989.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Reus, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal.** Valencia, España: Ed. Tirant lo Blanch, 2000.

PUIG PEÑA, Federico. **Derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Nauta, 1986.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. **Derecho penal español.** Madrid, España: Ed. Dykinson, 1989.

Legislación:

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

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

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