

# LA TEORIA DEL BIEN JURÍDICO EN LA NORMATIVIDAD PENAL SALVADOREÑA, UN ANÁLISIS INTRODUCTORIO

Lic. René Castellón\*

## SUMARIO:

I. Introducción. II. Planteamiento del problema. III. El Bien Jurídico en el nuevo Código Penal. 1. Derivación Constitucional del Principio de Lesividad del Bien Jurídico. 1.1. Regulación del Principio en el Código Penal. 1.2. Bienes Jurídicos Individuales. 1.3. Bienes Jurídicos Supraindividuales. 1.4. Sistemática empleada en el Nuevo Código Penal. 1.4.1. Delitos contra la persona humana. 1.4.2. Delitos contra la Familia. 1.4.3. Delitos contra la Sociedad. 1.4.4. Delitos contra el Estado. 1.4.5. Delitos contra la Comunidad Internacional. IV. Reflexiones Finales.

## I. INTRODUCCIÓN

El trabajo que hoy presento, es el resultado de la investigación que paralela a mi labor docente, realicé durante el ciclo I/2001 en la facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de nuestra Universidad.

La selección del tema ha sido de mi exclusiva responsabilidad, y he tomado como parámetro para su realización la constatación de la ausencia de conocimientos elementales sobre ciertos temas, entre estos el atingente al bien Jurídico, en grupos de estudiantes de cuarto año de la carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, con quienes me ha tocado trabajar. Por tales razones, mi propósito fundamental es que este modesto aporte sirva de apoyo para acercar a los estudiantes de Derecho Penal II, de

nuestra facultad, a la teoría del bien Jurídico y particularmente a la forma como ésta se desarrolla en el marco del Nuevo Código Penal.

Estoy consciente que el tratamiento que hago, carece de la profundidad, con la que el tema puede ser abordado, pero tomando en cuenta, el sentido de servicio con el que he trabajado, y que éste debe de entenderse hacia los estudiantes, creo que cualquier deseo de profundización puede ser satisfecho, en la bibliografía citada.

Para finalizar, sería injusto no expresar mi gratitud por el apoyo que me han brindado en la redacción de este trabajo los profesores Armando Antonio Serrano, Disraely Omar Pastor y Luis Antonio Villeda. Del primero de ellos he tomado en consideración algunos planteos de tipo funcionalista, para abordar lo relativo a los delitos

\* Profesor del Departamento de Derecho Penal. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. UES.

que afectan a la sociedad, el segundo por haberme acercado la lectura de Baratta en cuanto a las viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho Penal, creo que ambos aportes han sido decisivos para mis conclusiones; y el tercero de ellos, por la gentileza que ha tenido al leer mi versión original y formularme observaciones. No obstante, creo que si mi esfuerzo sirve para la discusión, para la crítica constructiva o para fines didácticos me sentiré obligado a continuar brindando estos aportes.

## II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A pesar de que en los últimos tiempos, en el ámbito de la Ciencia Penal<sup>1</sup>, se han producido grandes cambios<sup>2</sup>, todavía hoy día y de acuerdo con una extendida opinión que incluso es doctrina dominante, se afirma, que el Derecho Penal sirve para la protección de bienes jurídicos<sup>3</sup>, por ello, sin duda alguna, el bien Jurídico y su teoría explicativa, no parecen estar destinados a la suerte del abandono en el campo del Derecho Penal; muy por el contrario, a pesar de que existen argumentos muy consistentes acerca de la idea de que el Derecho Penal en su tarea de configuración de la sociedad, está destinado a mantener su Identidad Normativa, creo que está muy lejos el momento en que tal planteamiento llegue a ser dominante u ocupe al menos a buena parte de la doctrina penal. Digo que está muy lejos pero, no debemos olvidar que, como sostiene el mismo JAKOBS, por ahora se está sembrando, no siendo el tiempo aún de recoger la cosecha<sup>5</sup>. Sin embargo me atrevo a sostener, que en el presente siglo se van a producir profundos cambios en el Derecho Penal, que sólo una adecuada preparación, nos van a permitir afrontarlos.

Lo cierto es que, si bien por ahora no vamos a prescindir de la misión fundamental que se le ha asignado al Derecho Penal, tampoco debemos dejar de lado planteos que se contrapongan al denominado principio de la Lesividad del bien Jurídico, en la concepción que lo hemos asimilado<sup>6</sup>. No alzar la voz y decir siquiera algo, si bien puede ser una forma de participar en una discusión<sup>7</sup>, no es lo que con el desarrollo de ésta temática pretendo<sup>8</sup>.

Creo que no se puede ocultar que la temática abordada, e insertada en el contexto del Nuevo Código Penal<sup>9</sup>, se la puede explicar desde la perspectiva en la que históricamente se ha efectuado, esto es, atendiendo a la idea del bien Jurídico, pero también pensando en la configuración de nuevos valores fundamentales y en nuevos objetos dignos de protección penal, que están muy lejos de ser, los que por siempre nos han mantenido ocupados.<sup>10</sup>

Esa configuración de nuevos valores fundamentales y su forma de lesionarlos o ponerlos en riesgo, es la que sin prescindir de enfoques tradicionales, nos obligan a reparar, que el nivel, de rendimiento de lo tradicional, irá cediendo ante los nuevos enfoques; por lo que el posterior desarrollo, es un intento por renunciar a la impasibilidad que ante los cambios solemos mantener.

## III. EL BIEN JURÍDICO EN EL NUEVO CODIGO PENAL

### 1. Derivación Constitucional del principio de Lesividad del Bien Jurídico.

En los últimos tiempos, la ciencia del Derecho Penal ha centrado sus reflexiones sobre como debe de ser un derecho penal moderno<sup>11</sup>, no sólo desde el

punto de vista de su eficacia como instrumento de represión de la delincuencia, sino desde la perspectiva de la potenciación de los derechos del ciudadano<sup>12</sup>. Esta reflexión tiene vigencia, por cuanto el Derecho Penal, su contenido y lo que derive de sus reglas, está íntimamente ligado a la forma de organización política imperante en un tiempo y un lugar determinado<sup>13</sup>. Sin duda alguna, que uno de los temas del Derecho Penal, donde se pone de manifiesto, con mayor énfasis, la determinación histórica, es el atingente al bien jurídico, en el que después de muchos años de discusión, y a pesar de los planteamientos más radicales en la ciencia del Derecho Penal reina el acuerdo en que, el Derecho Penal, debe de limitarse a la exclusiva protección de bienes jurídicos<sup>14</sup>; reservándole a otros mecanismos de control el ocuparse de ideologías políticas, religiosas, éticas o culturales<sup>15</sup>.

Obviamente, y tal como ya adelanté al inicio de mi exposición, para una mejor ubicación en la temática abordada, no debemos perder de vista que nuestro derecho penal no es ajeno a las actuales tendencias llamadas a ser dominantes, en la ciencia del derecho Penal.

En ese sentido, el principio de lesividad del Bien Jurídico, regularizado en el art. 3 del Nuevo Código Penal, puede ser abordado desde la perspectiva de que el derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la Constitución y la Sociedad<sup>16</sup>; digo puede ser abordado, por cuanto dependerá de donde nos ubiquemos dogmáticamente hablando<sup>17</sup>. Sin embargo, más allá de la toma de posición o de optar por un determinado modelo o sistema de Derecho Penal, se encuentra la preocupación, por proteger valores fundamentales, como de los que me ocupó en este trabajo, para lo cual considero que no

existe por ahora, mejor opción que concebir al Derecho Penal como parte de la sociedad<sup>18</sup>. En una visión de un Derecho Penal ajeno al contexto social, el discurso aquí sostenido, carecería de sentido, y tornaría más dificultosa la tarea de comprender a la sociedad en su estadio actual de desarrollo<sup>19</sup>. De ahí que una manera de comprender a la sociedad, es a través de su estructura garantizada formalmente, esto es, el derecho en general y dentro de éste, particularmente, el Derecho Penal<sup>20</sup>, que es la rama del Derecho al que nuestra temática pertenece.

Siguiendo el orden de ideas, recién esbozado, no podemos tampoco desconocer, que la base de todo el ordenamiento jurídico, de un Estado, emana de la Constitución, y que es en ella donde se plasman las más grandes decisiones no sólo de política criminal, sino de todo aquello que atañe al conglomerado social, en otros ámbitos comprendidos dentro de la política general del Estado<sup>21</sup>. Dentro de esos ámbitos, se enmarca la obligación del mismo Estado, de objetivar la protección de los derechos fundamentales que de manera expresa le han sido reconocidos a la persona humana, la que a mi juicio, no sólo se la protege a partir de la tutela de intereses vinculados de manera directa a su desarrollo individual, sino también por medio de la protección de otros valores fundamentales, que están conectados directamente a la vigencia de todo el sistema social, al que de manera indefectible se vincula también, la persona individualmente concebida<sup>22</sup>.

No obstante, somos proclives a no mostrar interés, en que la persona humana y todo lo que hace posible su realización como tal, se potencia, no únicamente a través de la protección de su integridad, sino que existen otras formas de afectación, aparentemente ino-

cuas para la persona humana, pero que más temprano que tarde, revelan sus altas dosis de nocividad.

El plan que me he trazado, se encamina a dilucidar el equívoco en que solemos caer, y lo inicio a partir de la consideración del principio de la Lesividad del bien Jurídico que regula nuestro Código Penal, el cual se identifica plenamente con los contenidos de la Constitución de la República, de donde emanan, todos los objetos dignos de ser protegidos por nuestro Derecho Penal vigente<sup>23</sup>.

### **1.1. Regulación del Principio en el Código Penal.**

En el Art. 3 del Código Penal vigente, el principio de Lesividad del bien Jurídico se enuncia de la siguiente manera:

“No podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien Jurídico protegido por la Ley Penal”<sup>24</sup>.

La formulación normativa del principio, hace uso, de una serie de conceptos, que constituyen en la actualidad, a pesar de la evolución y nivel de desarrollo alcanzado por la ciencia del Derecho Penal, temas centrales de discusión, entre estos conceptos, se encuentran los de acción y pena, sobre los cuales se sigue edificando todo el Derecho Penal. Sin embargo, y sin pretender restarle importancia a los aludidos conceptos, me limitaré, al concepto de bien Jurídico, por considerar, que más allá, de la polémica, en la que se comparta o no su formulación, se encuentra la idea, de que para descubrir el nivel de democratización, alcanzado por un Estado determinado, se debe acudir a la constatación, de la manera como dicho Estado, selecciona y protege los valores fundamentales, que ha decidido elevar a la categoría de bienes Ju-

rídicos, sólo mediante esa constatación, se puede comprobar si ese proceso de selección y protección, se hace respetando el principio de igualdad que enarbó el pensamiento ilustrado y posteriormente retomado por el constitucionalismo moderno, de la que es subsidiaria la Constitución de la República.

### **1.2. Bienes Jurídicos individuales.**

Con la idea de no apartarnos, de la tradicional definición de los bienes Jurídicos individuales, vamos a entender por tales, todo interés o derecho íntimamente vinculado a la persona, del que se ocupa el derecho penal, dándole protección<sup>25</sup>.

El concepto de persona, alude a la persona humana, que desde el punto de vista de la Constitución de la República, es el principio y el fin de toda la actividad estatal, aún desde el momento de su concepción<sup>26</sup>.

Desde esa perspectiva y siguiendo la sistematización y jerarquización de los delitos en la parte Especial del Nuevo Código Penal, se encuentran agrupados los objetos de protección, referidos a la persona humana de lo cual nos ocuparemos, más adelante<sup>27</sup>.

### **1.3. Bienes Jurídicos Supraindividuales**

En tanto que los bienes Jurídicos Individuales están referidos a la persona humana como sujeto de derecho, los Bienes Jurídicos Supraindividuales, están íntimamente vinculados a los grupos sociales, y en una concepción amplísima a toda la humanidad<sup>28</sup>. De ahí que, en la parte especial del Nuevo Código Penal, se hayan redefinido y reagrupado objetos de protección que claramente aluden a determinados sectores de la sociedad,

pero que, en una visión macro, trascienden el ámbito de territorialidad de nuestro Estado, convirtiéndolos, en intereses no sólo regionales, sino universales<sup>29</sup>.

#### **1.4. Sistemática empleada en el Nuevo Código Penal**

El Legislador Salvadoreño, indudablemente se ha inspirado en la orientación antropocéntrica de la Constitución de la República al iniciar la jerarquización de los objetos dignos de ser protegidos en la parte especial del Nuevo Código Penal<sup>30</sup>, y no siendo la intención de este trabajo, efectuar un análisis exegético del Libro Segundo del Nuevo Código Penal, en tanto que ya he señalado el ámbito al que circunscribo mi esfuerzo, me limito a señalar la forma como se han ordenado, a partir de su Lesividad, los tipos penales, en la parte Especial.

##### **1.4.1. Delitos contra la persona humana**

La preocupación central en cuanto a la protección penal de la persona humana, en clara armonía e identidad con la norma Constitucional, es la protección de la vida, aspecto que si bien el legislador no clarificó, debemos entender que se trata de la vida humana independientemente y dependiente<sup>31</sup>.

Sin embargo, el legislador ha considerado que además de la vida, a la persona hay que protegerle, otra gama de derechos sin cuyo goce se vería menguado o imposibilitado su pleno desarrollo, es así como se le protege su integridad, su libertad en todas sus posibles manifestaciones, y su honor e intimidad.

##### **1.4.2. Delitos contra la Familia**

La familia, al igual que la persona humana, se encuentra directamente vin-

culada a los fines del Estado, al considerarla como la base fundamental de la sociedad. Es así como, en clara materialización de la obligación estatal de potenciar la institución familiar, se conmina la celebración de matrimonios ilegales, así como aquellas conductas tendientes a ocultar, suplantarse o alterar el estado familiar. De igual forma se sancionan las conductas que atentan contra los derechos y deberes familiares.

##### **1.4.3. Delitos contra la Sociedad**

Evidentemente que no puede aludirse a la sociedad, sin la obligada consideración de que ésta tiene como base, a la familia y a la propia persona, por lo que cualquier referencia que de ella se haga; aparentemente en su dimensión unitaria, obedece a consideraciones estrictamente didácticas, sin desconocer por supuesto, que en el ámbito de la técnica legislativa y de la formulación normativa, si podemos encontrar diferencias en los enfoques que se realicen de la persona, de la familia y de la sociedad, tal como ha sido demostrado en los enfoques, respecto de la sistematización de los bienes Jurídicos que recién se esbozó.

Es importante señalar que los delitos contra la sociedad, son los que ocupan mayoritariamente la parte especial del Nuevo Código Penal, y en los que ha tenido considerable impacto la formulación de las denominadas nuevas formas de delincuencia, dentro de las cuales, se agrupan formas de criminalidad que se vinculan de manera estrecha, con el funcionamiento de todo el sistema social. Desde la problemática que se genera a partir de las diferencias existentes en la base económica, lo cual impacta en la persecución de grupos marginales que cometen delitos de contenido patrimonial, así también se pone de manifiesto, en el entramado social

que otro sector de la delincuencia propia de los grupos minoritarios son beneficiados con las sutilezas que el mismo sistema se encarga de diseñar.

En todo caso, y es algo que se abordará críticamente más adelante, debe aclararse en esta parte, que al menos desde la perspectiva de diseño formal, se ha pretendido satisfacer las expectativas sociales, de que la delincuencia debe ser tratada por igual, independientemente del sector de la sociedad de la que provenga. No obstante, sólo la confrontación con la realidad, nos puede dar respuesta, si el patrimonio, en todas sus manifestaciones, el orden económico, el consumo, los derechos laborales, el medio ambiente y la salud pública, son protegidas de manera efectiva en el sistema de Justicia Penal, o si por el contrario, es sólo un discurso cuya riqueza, sólo cabe en las normas, no así en su verdadera aplicación.

#### **1.4.4. Delitos contra el Estado**

La doble misión que le corresponde cumplir al Estado, es la de garantizar a todos una situación de bienestar; pero a la vez, garantizarse su propia existencia. En una concepción de carácter funcional, el Estado se coloca frente a los particulares en una relación de prestaciones mutuas<sup>32</sup>. De ahí, que en la Parte Especial del Nuevo Código Penal, y sin que ello signifique, grandes modificaciones, respecto del Código derogado, se regulen una serie de conductas, conectadas con prestaciones que solo competen al Estado, y que de igual forma sólo él puede garantizar su vigencia.<sup>33</sup>

Temas como la Administración de Justicia, la Administración Pública, el Sistema Constitucional, la Paz Pública y la vigencia plena de todo el sistema de garantías son propios para catalizar el

nivel de responsabilidad del Estado para evitar su vulneración, o de lo contrario para ver su nivel de compromiso en la persecución y castigo en caso de afectaciones<sup>34</sup>.

#### **1.4.5. Delitos contra la Comunidad Internacional.**

Hoy día, la aplicación del Derecho Penal, ha trascendido más allá, de la tradicional consideración del principio de territorialidad<sup>35</sup>, parece ser, que en lo sucesivo, y quizás se convierta en lo propio de este nuevo siglo, esté llamado a dominar el Derecho Penal Internacional. En ese contexto, aunque cuando se redactó el Nuevo Código Penal, no se perfilaban las actuales perspectivas, se ubican las conductas que el legislador consideró de carácter o trascendencia internacionales<sup>36</sup>.

En síntesis, he pretendido aproximarme a la forma como el legislador ha formalizado la protección de los bienes Jurídicos, en la parte Especial del Nuevo Código Penal, la que sin una mayor explicación se reduce a la persona, la familia, la sociedad, el Estado y la Comunidad Internacional, quedando por elucidar, si como ya acotara, la idea de protección igualitaria, realmente se cumple<sup>37</sup>.

### **REFLEXIÓN FINAL**

El tema que me propuse desarrollar y que desde un inicio, expresé que iba dirigido a los estudiantes, creo que es un tema del que la ciencia del Derecho Penal no se apartará en este nuevo siglo, razón por la que el mismo, no debe pasar desapercibido para todo estudioso del Derecho Penal, ni menos para quién se dedique a la docencia universitaria.

Mi objeto ha sido establecer las premisas mínimas que permitan com-

prender la forma como el legislador ha jerarquizado la escala de valores fundamentales, que a su juicio debían de ser protegidos penalmente. El problema de si esa protección se concretiza o no, trasciende este esfuerzo, por ser una cuestión perteneciente a la ciencia criminológica.

En un último orden de ideas si las líneas que he desarrollado han despertado alguna polémica, o generado algún otro tema de discusión digno de ser abordado: manos a la obra, que esa es una forma de enriquecernos académicamente, lo mismo una manera de responder ante las ideas de los demás.

## Referencias:

- 1 Para una visión acerca del concepto de ciencia penal, Vid., DE LA CUESTA AGUADO: Paz M. "Tipicidad e Imputación Objetiva", Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996, pág. 17.
- 2 Al respecto Vid., MUÑOZ CONDE, Francisco et. Al: "La Reforma Penal de 1989" Madrid, Tecnos, 1989, págs. 16-17 y BUSTOS RAMÍREZ, JUAN Y LARRAURI Elena: "La Imputación Objetiva" reimp. Bogotá, Temis, 1998, particularmente para efectos explicativos, la introducción contenida en la pág. 39.
- 3 Así, JAKOBS, Günther: ¿Qué protege el Derecho Penal: Bienes Jurídicos o la vigencia de la Norma? Trad. de Manuel Canció Meliá, Mendoza, 2001, págs., 7 y sig. . .
- 4 Un ejemplo muy palpable en BACIGALUPO, Enrique: "Principios Constitucionales de Derecho Penal", Buenos Aires, hammurabi, 1989, en especial el artículo: "La Función del derecho Penal, en la Unión Europea después del Tratado de Ámsterdam", págs., 271-293, en la que el autor enumera el catálogo de bienes Jurídicos comunitarios necesitados de protección, con lo que se trasciende de la preocupación estatal de erigir su propio catálogo de bienes Jurídicos objetos de protección penal.
- 5 Así, JAKOBS, Günther: "Derecho Penal Parte General fundamentos y teoría de la imputación", 2ª Edición, corregida, trad de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997, pág. X., por cierto que lo que exactamente dice JAKOBS es: aquí no se recoge de inmediato la cosecha, sino que sólo se realizan labores de cultivo. También sostiene que tomar parte en el desarrollo de una doctrina es la única posibilidad de aprender ciencia del Derecho Penal . modestamente es lo que estoy intentando hacer con otras ideas.
- 6 Me refiero a la consideración del principio, como la misión fundamental del Derecho Penal, que si se prescindiera de ella, la sola existencia del mismo Derecho Penal, no tendría ninguna legitimidad histórica.
- 7 En nuestro ámbito de "discusión", no producimos nada, no decimos nada, callamos y a veces pretendemos cambiar el mundo con comentarios que no trascienden el aula universitaria o el grupo de tertulia ,por lo que mi observación, no es más que un llamado de atención por iniciar una discusión o debate escrito, en el que desnudamos nuestras ideas y las sometamos al escrutinio de los demás , lo cual vendría a ser una bonita experiencia, por cierto que inédita, por que seguirán siendo nuestras propias ideas y las de los demás , mientras no las plasmemos en un papel. . .
- 8 Lo que pretendo es generar debate y despertar interés en el círculo docente a participar en mi iniciativa. . .
- 9 Ello no quiere decir, que la misma no pueda ser abordada, a la luz de cualquier otro Código Penal, independientemente de su novedad u obsolescencia. . .
- 10 Obviamente aludo a los denominadas nuevas formas de criminalidad, que distan mucho de ser las que como algo endémico persiguen nuestros sistemas penales. . .
- 11 Para una visión amplia al respecto Vid., Roxin, Claus: " El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo", trad. De J. Queralt, en Política Criminal y Reforma del Derecho Penal, Bogotá, Temis, 1982, pág. 5 y sig... "Política Crminal y Estructura del Delito", trad. de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, Barcelona, PPU, 1992, pág. 9 y sig... en lo que atañe, a nuestro ámbito de discusión y de manera muy restringida, CASTELLÓN René A.: "El tráfico de influencias en el Nuevo Código Penal", en foro judicial. N° 5. S.S. 1995.
- 12 En especial HASSEMER, Winfried: "El destino de los derechos del ciudadano en un dere-

- cho penal eficaz”, trad, de Francisco Muñoz Conde, en persona mundo y responsabilidad, bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal, Bogotá., Temis, 39 y sig...
- 13 Cfr. MAIER, Julio B. J.: “Democracia y Administración de Justicia Penal en Iberoamérica”, en Jueces para la democracia, No. 16-17, Madrid, 1992, pág., 146 y sig..
- 14 Al respecto Vid., HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: “Bien Jurídico y Estado de Derecho” Barcelona, PPU., 1991, en especial el prólogo a cargo de Francisco Muñoz Conde, págs., I a IV y sigs...
- 15 BUSTOS RAMÍREZ, Juan: “Manual de Derecho Penal” parte especial, 2ª edición, aumentada y corregida y puesta al día, Barcelona, Ariel 1991, pág. 3
- 16 Cfr. JAKOBS, Günther: “Sociedad, norma, y persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional”, trad., de Manuel Canció Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, Civitas, 1996, pág. 15.
- 17 Una de las virtudes que tuvo el Nuevo Código Penal fue, el no adherirse, al menos expresamente a una teoría en particular del Derecho Penal, pudiéndose abordar desde el finalismo, al causalismo o el funcionalismo. Todo dependería del nivel de formación del lector. Sin embargo, producto de las abruptas reformas que ha sufrido el Código, en tan corto tiempo, se ha dado de nuevo un giro hacia el causalismo. Ejemplo de ello es la definición de la Responsabilidad Objetiva que se dispone en el art.4 del Código Penal, en la que se explica que el resultado material, está unido “causal” o “normativamente” al hecho o acción realizada por el sujeto. Enfatizó en la vuelta al causalismo, con la consideración del nexo causal, no obstante que la explicación del resultado, desde una perspectiva normativa, es propio de la teoría de la imputación objetiva, Tesis Central, de una visión funcional del Derecho Penal.
- 18 Vid. JAKOBS, Günther: “Sociedad... op. Cit. pág. 17.
- 19 Cfr. JAKOBS, Günther: “¿Ciencia del Derecho o Humanística”, trad, de Manuel Canció Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pág. 7.
- 20 Vid, Ibid.
- 21 para una visión con un contenido altamente didáctico Vid. BINDER, Alberto M: “Política Criminal de la formulación a la Praxis, Buenos Aires, AD-HOC, 1997, págs, 25-42.
- 22 Vid. Ibid.
- 23 Es obvio, que el enfoque que normalmente se le dá al análisis, acerca de la protección de los valores fundamentales de la sociedad, efectuada por el Derecho Penal, en nuestro medio, es muy reducido y superficial, lo cual no permite una integración del discurso de la parte general y la parte especial, lo cual provoca en los estudiantes, lagunas de conocimiento, que sólo los verdaderamente interesados, en su formación alcanzan a llenar. La experiencia ha demostrado, que de la parte especial, del Código Penal, el mayor énfasis lo constituyen los delitos contra la vida y aquellos de contenido patrimonial, lo que obedece a enfoques utilitarios o de comodidad académica, que a la larga no sólo perjudican a los estudiantes, sino a la sociedad, en general, y sobre este punto en Particular Vid, Trejo, Miguel Alberto: “Protección Penal del Medio Ambiente del delito ecológico”, ponencia presentada en III Congreso Estudiantil de Ciencias Penales, Derecho constitucional y Derechos Humanos, San Salvador, 1994, en especial lo atinente al problema del bien Jurídico.
- 24 El art. 3 del Código Penal vigente fue objeto de reforma, por Decreto Legislativo, número 624, de 17 de junio de 1999, publicado en El Diario Oficial, número 128 tomo número 344, de 9 de julio del mismo año. La reforma, aparentemente insustancial, por cuánto únicamente, se suprime la palabra “efectivo”,. Hacía alusión, a la idea, de que el peligro al que debía ser expuesto un bien Jurídico, para desencadenar la intervención del Derecho Penal, debía ser un peligro real, esto es, observable, objetivo, concreto. Con la reforma se genera, no sólo la posibilidad, sino que se legitima al recurrir a los delitos de peligro abstracto, lo que hace menos posible el control del uso del poder punitivo del Estado. Estos riesgos fueron analizados de una manera muy exhaustiva, por el profesor Armando Serrano , uno de los redactores del Nuevo Código Penal ,en conferencia denominada “Análisis de las Reformas del Nuevo Código penal» dictada en la ciudad de San Miguel el 13 de agosto de 1999, en la que además recalco la ligereza con la que se trastoca la nueva normatividad, en la que se piensa que es factible reformar uno o dos artículos, sean estos de la parte general o de la parte especial, sin que ello impacte el cuerpo legal reformado, o incluso en todo el sistema de Justicia Penal. Me parece que ambos puntos de vista son atinados y sobre el segundo de éstos, es oportuno remitirnos al art. 63 del Nuevo Código Penal, el cual regula la determinación de la pena, en el que el número 1 comprende “La extensión del daño y



del peligro efectivo provocados”, como una especial consideración, además del establecimiento de la culpabilidad como el límite de la pena a imponer por el hecho realizado. Evidentemente que la idea de peligro del que se habla en el art. 3 no es congruente con el art. 63 número 1.

- 25 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: “Manual...” op. Cit. Pág. 4 y LABATUD GLENA, Gustavo: “Derecho penal” t. II Séptima edición actualizada por JULIO CENTENO VARGAS, Santiago; Editorial Jurídica de Chile, 1996, pág. 4.
- 26 Al art. 1 de la Constitución de la República, se le adicionó un segundo inciso, según el cual el Estado salvadoreño reconoce como persona humana, a todo ser humano, desde el instante de su concepción, lo cual impacta grandemente en la temática de los delitos contra la vida humana dependiente o en formación. Pero desde la otra perspectiva, que es desde la que yo la veo, el impacto recae en el Estado mismo, por cuanto está obligado a garantizar las expectativas o esperanzas de vida desde antes del nacimiento, lo que está estrechamente vinculado, a la temática objeto de análisis.
- 27 la remisión es en cuanto a la idea, de sistematización en la parte Especial y no a que sea el tema central a abordarse.
- 28 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: “Perspectivas y Desafíos de la Política Criminal, en América Latina, en memoria de la segunda conferencia iberoamericana de la Reforma de la Justicia Penal, CIC. S.S. 1994.
- 29 En el análisis de los Bienes Jurídicos he seguido la clasificación de Bienes Jurídicos Individuales y Bienes Jurídicos Supraindividuales, a pesar de que admito que la observación efectuada por BUSTOS RAMÍREZ, es cuestionable: “toda referencia al individuo es también a la sociedad y viceversa, y por otra parte, una separación tajante entre sociedad y estado en la actualidad no resulta aceptable desde el punto de vista de la ciencia política”. Así, BUSTOS RAMIREZ, Juan: “Manual...” op. Cit. Pág. 4. En otro orden, he considerado que para los efectos del análisis que efectuó, se vuelven más aprehensibles los conceptos de Bienes Jurídicos Individuales y Supraindividuales, para identificar a la persona humana, en su consideración de sujeto de derecho individual, a diferencia del grupo o grupos sociales, que si bien los integran personas individuales, ya sus derechos no son reclamados ni ejercidos, en forma individual y además porque las afectaciones al grupo se producen, aunque de manera individual, cada uno de los miembros, no hayan sido afectados. Más allá del anterior planteamiento, con-

tinuará persistiendo la no pacífica discusión, en torno a que el Derecho Penal como instrumento de represión, históricamente orientado hacia los intereses del grupo que político criminalmente, desde el poder lo define, intenta de manera igualitaria proteger a la sociedad, donde ha de aplicarse. Mientras esa discusión continúe, o mientras sin mayor esfuerzo arribemos a conclusiones, deslegitimadoras del discurso penal o criminológico, mi interés se orienta a despertar del letargo en el que han caído, grandes sectores de nuestra sociedad, que por lo menos desde una perspectiva académica, se deberían ocupar de la temática que he decidido abordar. En otro orden, y para quien se decida por una profundización de los puntos abordados y se decida por una toma de posición según la orientación que adopte, Vid., entre otros: WELSEL Hans: “Derecho Penal Alemán...” op. Cit. Pág. 5 y sig. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: “Bien Jurídico...” op. Cit. Pág., 109 y sig... JIMÉNEZ de ASÚA, Luis: “Lecciones de Derecho Penal”, México D.F., Harla, S.A. de C.V. 1997, pág., 3, ROXIN, Claus: “Derecho Penal, Parte General T I, fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Trad. De Diego Manuel Luzón Peña et. Al. Madrid, Civitas, 1997, pág., 52 y sig... FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y Razón” Teoría del garantismo penal, trad, de perfecto Andrés Ibáñez, et., al., Madrid, trota, 2ª Ed. 1997, pág., 464 y sig... JAKOBS, GÜNTHER: “Derecho Penal Parte General” Fundamentos y teoría de la Imputación, trad., de Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo, 2ª Ed., corregida Madrid, Marcial Pons, 1997, pág., 44 y sig... BARATTA, Alessandro: “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal”, Lineamientos para una teoría del bien Jurídico, en: Justicia Penal y Sociedad, Revista Guatemalteca de ciencias penales, año III- N° 5, Agosto de 1994, págs., 75-91, KINDHÄSER, Urs: “La Protección de los bienes Jurídicos por medio de las prohibiciones de lesión y exposición al peligro”, trad., de Claudia López Díaz, en: “Derecho Penal de la Culpabilidad, y conducta peligrosa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, págs., 65-89.

- 30 Es importante enfatizar que, además de la identidad normativa o armonía que debe guardar, la Legislación Secundaria, con la Constitución de un Estado, en ésta última se encuentran las grandes decisiones de política criminal, en las que obviamente queda comprendida la persona. De ahí que los códigos penales pongan esas decisiones al descubierto. Un análisis comparado, podría iniciarse a

partir de la lectura del Código Penal de la República de Cuba, cuya parte Especial, se inicia en el art. 91, regulando los delitos contra la Seguridad Exterior del Estado, cuyas sanciones son las más altas del Sistema Penal Cubano, ocupándose de la persona a partir del art. 261, los ataques a la vida e integridad personal, en el aludido Código, a título de homicidios, lesiones y otros, son penalizados con sanciones, relativamente bajas. Tampoco debe escapar en un enfoque comparado, que el Código Penal Cubano ha despenalizado el aborto.

- 31 En la doctrina mayoritariamente dominante, esas son las consideraciones utilizadas, para de ahí deducir los delitos de homicidio y aborto respectivamente.
- 32 Cfr. JAKOBS, Günther: "Sociedad, norma y persona..." op., cit., pág., 17.
- 33 Cfr. JAKOBS, Günther: "Derecho Penal..." op., cit., págs., 9 y sig. . .
- 34 Para una aproximación a la forma como operan nuestros sistemas penales, en cuanto al tratamiento diferenciado de la delincuencia, según su naturaleza, Vid., SANDOVAL HUERTAS, Emiro: "Sistema Penal y Criminología Crítica", Bogotá, Temis , 1989, págs. 69 y sig... y TOCORA Fernando: " Política Criminal en América Latina, Seguridad Nacional y Narcotráfico", México, editor S.A. de C.V., 1995, pág 3 y sig. . .
- 35 Para una visión actual un paradigmático caso, Vid. La obra colectiva "Crímen Internacional y Jurisdicción Universal. El caso Pinochet, de Ferré Olivé, Juan Carlos et al. Valencia Tirant lo blanch, 2000.
- 36 Las paradigmáticas casos de persecución de criminales a nivel Internacional, están vinculados a delitos de lesa humanidad.
- 37 La creación de normas penales por parte del Estado, destinados a satisfacer las demandas de seguridad o las expectativas de sectores que reclaman por la falta de atención o descuido, por no obedecer a un verdadero programa de acción, político - criminalmente diseñado, caen en una categorías de normas disuasivas y sin ningún efecto real: las denominadas normas penales simbólicas.