



# Revista Ciencia Multidisciplinaria CUNORI

## Lesividad al bien jurídico como habilitante del poder punitivo del Estado

Harmful to the legal good as enabling of the punitive power of the state

### Ever Ariel Orrego Dubón

Doctorado en Derecho Penal y Procesal Penal  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
arielorrego7@hotmail.com  
<https://orcid.org/0009-0002-9149-3041>



**Recibido: 22/01/2023**  
**Aceptado: 01/04/2023**  
**Publicado: 29/05/2023**

### Como citar el artículo

Orrego Dubón, E. A. (2023) Lesividad al bien jurídico como habilitante del poder punitivo del Estado. Revista Ciencia Multidisciplinaria CUNORI, 7(1), 101–118.  
DOI: <https://doi.org/10.36314/cunori.v7i1.211>



### Resumen



**P**ROBLEMA: En la actualidad se sancionan conductas que solo generan un peligro y no materializan una afectación, lo cual es parte de un derecho de autor, pues no producen lesividad al bien jurídico protegido. **OBJETIVO:** determinar en relación a la función del derecho penal, si la materialización de una acción al bien jurídico debe ser el presupuesto para perseguir y castigar penalmente por el Estado y no por el hecho de poner en peligro de forma abstracta el posible resultado, lo cual colisiona contra el derecho penal de acto y constituyen penas desproporcionales. **MÉTODO:** La metodología utilizada se basa en el método inductivo y deductivo descriptivo, pues se analiza el fenómeno planeado como una hipótesis y generalizando la información del tema que se plantea, así como derivar de lo general a lo específico. **RESULTADOS:** hay nuevas corrientes como el Garantismo Penal, el Abolicionismo o el Minimalismo que responden a un derecho penal de acto, sin embargo, también hay políticas criminales encaminadas a castigar un supuesto autor y no por la lesión provocada al bien jurídico que es la garantía de un derecho penal de acto; **CONCLUSIÓN:** Por lo tanto la intervención mínima del Estado debe operar solo en los casos en que se lesione el bien jurídico, al ser el derecho penal de última ratio; así también, permitir ampliamente que la víctima esté legitimada para disponer de su accionar y facultar la persecución y no necesariamente que el Estado se atribuya legitimidad para accionar sin tomar en cuenta el consentimiento de la víctima al ser la persona sobre quién ha recaído directa o indirectamente la afectación.

**Palabras clave**

lesividad, bien jurídico, materialización, ofensividad, peligro abstracto

**Abstract**



**P**ROBLEM: At present, behaviors that only generate a danger and do not materialize an affectation are sanctioned, which is part of a copyright, since they do not cause harm to the protected legal right. **OBJECTIVE:** to determine, in relation to the function of criminal law, if the materialization of an action against the legal good should be the prerequisite for prosecuting and criminally punishing by the State and not for the fact of jeopardizing in an abstract way the possible result, which which collides with the criminal law of the act and constitutes disproportionate penalties. **METHOD:** The methodology used is based on the descriptive inductive and deductive method, since the planned phenomenon is analyzed as a hypothesis and generalizing the information of the subject that is raised, as well as deriving from the general to the specific. **RESULTS:** there are new currents such as Criminal Guarantee, Abolitionism or Minimalism that respond to an act criminal law, however, there are also criminal policies aimed at punishing an alleged perpetrator and not for the injury caused to the legal right that is the guarantee of a criminal act law; **CONCLUSION:** Therefore, the minimum intervention of the State must operate only in cases in which the legal right is injured, since criminal law is of ultima ratio; likewise, widely allow the victim to be legitimized to dispose of his actions and authorize the persecution and not necessarily that the State attributes legitimacy to act without taking into account the consent of the victim as he is the person on whom it has fallen directly or indirectly the affectation.

**Keywords**

lesividad, legal good, materialization, offensiveness, abstract dange





## Introducción

El Estado ha fracasado con mantener el control y orden social a través de la administración pública, por lo que se han generado políticas criminales encaminadas a resguardar control social, provocando que se creen tipos penales y normas jurídicas que sancionan el peligro abstracto, sin que se materialice lesión alguna en los bienes jurídicos protegidos, pero el Estado se anticipa y pretende justificar una prevención general y sobreponer la protección del bien colectivo por sobre el particular, sin embargo, estas prácticas son propias de un derecho penal de autor, cuando el sistema jurídico penal que nos rige es de un derecho penal de acto.

El *ius puniendi* es la facultad de castigar aquellas conductas que se consideren desviadas y que afecten bienes jurídicos que protege en favor de sus ciudadanos, ello con la emisión de normas que componen el ordenamiento jurídico penal, sin embargo, se ha recurrido al sistema de justicia penal para buscar el equilibrio social al ser el mismo represor y castigador, ello en atención a una búsqueda del bien común, cuando el mismo tiene un origen y fin de excepcional o de *ultima ratio*.

Para poder prohibir y castigar una conducta debe tenerse presente que la misma genere una lesividad directa al bien jurídico tutelado en la cual se determina la afectación y materialización del daño, con lo cual el Estado estaría legitimado para castigar, sin embargo, en la actualidad se crean tipos penales de peligro abstracto en los cuales se castiga por un supuesto de hecho en el que se cree se puso en peligro determinado bien jurídico y con efecto de prevención general el Estado se anticipa a un resultado ficticio e incierto y castiga con penas desproporcionadas.

Debe también, atenderse a los intereses de la víctima, responder a sus pretensiones y no solo utilizarla como el sujeto procesal sobre quien recae la acción y para quien se buscará justicia, limitándole el derecho y facultad de decidir sobre la acción que le debiese competir al ser la persona afectada directa o indirectamente y no ser delimitado el catálogo de delitos sobre los que puede instar la acción penal y en su mayoría el Estado acciona de oficio.

La política criminal del Estado debe estar orientado en la persecución y sanción de aquellas conductas que afecten directamente un bien jurídico,

pues el suponer que se evita un daño con anticiparse a un acto personal es injusto, toda vez que no se puede conocer ni penetrar en la mente del sujeto para conocer su propósito. Siendo así garante la política penal basada en un derecho penal de acto y no de autor, requiriendo ofensividad al bien jurídico para poder accionar penalmente.

## Materiales y métodos

Los métodos empleados son el inductivo; partiendo del tema principal, el cual por ser compuesto, fue necesario hacer descripciones de cada elemento y poder arribar a conclusiones individuales y luego realizar una interrelación de los mismos para armonizar el tema y su finalidad.

Se utilizó método deductivo, en el cual se procedió a desglosar las generalidades, descentralizando su enfoque aplicado a la realidad jurídica para tener la visión sobre los planteamientos doctrinarios, el origen, la motivación de los mismos y su finalidad, haciendo un mapeo conglomerado y comprado del derecho que no puede ser universal su interpretación y conceptualización.

También se hizo aplicación de técnicas bibliográficas y de investigación documental, como libros, artículos científicos y revistas jurídicas.

## Resultados y discusión

El sistema penal ha evolucionado a través del tiempo, ha tenido diferentes finalidades en una política criminal, en algunos sistemas con carácter preventivo, en otros sancionador, se ha buscado un equilibrio siempre orientado a mantener y garantizar el orden social.

La prevención especial sólo subsistía desde la lectura constitucional del Derecho penal. Y, sobre todo, en el nuevo orden mundial, los Estados debían expresar signos de fortaleza, en suma, de subsistencia, para tal menester nada mejor que la apuesta por la intervención punitiva. Esta constituye una de las expresiones máximas del imperium del Estado. Se estaba gestando el Derecho penal de la nueva Edad Media. De la intervención mínima a la intervención máxima, del principio de la “ultima ratio” del Derecho penal a la “prima ratio”. (Morales, 2015, p.36).



Principiando por demarcar el derecho penal de mínima intervención, considerado también como un garantismo o también llamado un minimalismo, sin embargo, las prácticas punitivas se encuentran sujetas a estándares de legitimación consagrados en normas de derecho constitucional e internacional de los derechos humanos, éstas normas, otorgan operatividad judicial a los derechos fundamentales, imponiendo de alguna manera, restricciones a los distintos órganos que intervienen en la potestad punitiva.

Lo que se tutela no son los derechos de Pepito o Juanito, son las condiciones básicas para que todos podamos disfrutar de nuestros derechos. En estos bienes, encontraremos protecciones de naturalezas muy distintas, desde los delitos de tráfico de drogas, hacienda, ordenación del territorio, forestales, ¿Y todo esto se ha de proteger penalmente? ¿no se dice que la intervención debe ser mínima, la última ratio? es una pregunta de trascendencia histórica. A estos delitos se les llamaba delitos sin víctima, lo que es mentira, víctima somos todos, ¿un vertido de sustancias contaminantes no tiene víctimas?, pues si tiene, la víctima es toda la población.

Se podría alegar que para todo eso ya está el derecho administrativo, con sus multas y tal, que no sería necesario el penal, dejarlo como ultima ratio. Pero lo que hay que tener en cuenta es que el que el derecho penal sea la última ratio quiere decir que se reserva para lo más grave y para lo que lo demás vías no son capaces de solucionar, pero los temas de los que estamos hablando, seguridad en la vía, salud,.... tienen la suficiente entidad y lesividad para que el derecho penal se encargue de ellos.” (Guardiola, 2013, p.106).

En ese sentido es importante resaltar y recalcar sobre la corriente principal a tratar que es sobre la lesividad a un bien jurídico como punto de partida para motivar y poner en movimiento el aparato estatal, con esa facultad enmarcada bajo el aforismo *ius puniendi*, que responda y se configure en aquellos casos en que sean grave la afectación al bien jurídico tutelado.

El Estado como ente abstracto, debe responder a los intereses de la población, pues el ideal de bien común va más allá de crear políticas criminales en las cuales los números estadísticos se reflejan como un alcance importante en la impartición de justicia y que los mismos reflejan los índices de criminalidad, bajo los cuales se justifica la implementación de nuevas políticas de prevención orientadas a un derecho penal de autor y no de acto, pues no se sanciona por el acto que se realiza si no por lo que es, atribuyendo estereotipos y estigmas sociales de etiquetamiento criminal

con efectos de represión y castigo drástico, sin que se halla afectado directamente un bien jurídico en particular, es el hecho de ponerlo en peligro lo que justifica una pena y califica como delincuente a quien lo realiza.

Estos efectos, conllevan resultados que desencadenan otros sectores públicos, por ejemplo, se justifica la creación de nuevas cárceles, que se necesitan más elementos de seguridad, que se requieren juzgados especializados, también fiscalías especializadas, entre muchos más que se suman, pero el tema en concreto es que las consecuencias o los efectos recaen sobre el sujeto que ha transgredido una norma que contempla juicios de reproche por poner en peligro bienes jurídicos o incluso cuando la afectación es sobre el propio transgresor, por ejemplo, el tipo penal de posesión para el consumo, en el cual no se puede determinar cuál es la lesión que se provoca y en todo caso es el mismo sujeto quien la recibe y es el Estado quien determina que puede o no consumir aunque sea su propia salud la que esté en juego.

La lesión del bien jurídico es la destrucción, disminución o compresión del bien jurídico. La puesta en peligro es la medida de probabilidad asociada a la destrucción, disminución o compresión del bien jurídico. Tanto la lesión del bien jurídico como la puesta en peligro del mismo son conceptos autónomos que nada tiene que ver con la violación del deber jurídico penal (antijuridicidad). Son el puente de enlace entre el hecho y la violación del deber jurídico penal. Algunos iuspenalistas sostienen que la lesión o la puesta en peligro, da contenido a la "antijuridicidad material", afirmación sin sustento que introduce confusiones en el campo de la consumación y de la tentativa y en la misma antijuridicidad. La lesión del bien jurídico es elemento indispensable en el tipo de consumación, y la puesta en peligro es elemento que da sustento al tipo de tentativa. En cuanto a la antijuridicidad material, la consideración es grave pues puede haber lesión del bien jurídico penal sin que haya antijuridicidad. Tal es el caso de un homicidio en legítima defensa. —Violación del deber jurídico penal es oposición, a la prohibición (deber jurídico penal), de la conducta que al producir o no evitar la lesión o la puesta en peligro del bien protegido en el tipo, no va a salvar bien jurídico alguno o es innecesaria porque existe al alcance otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva. (García, 2007, p.393-394).

Dentro de su organización y función del estado tiene como fin principal garantizar el bien común a sus habitantes, regulando así conductas reprochables y punibles a través del sistema penal, toda vez que las figuras delictivas se configuran dependiendo del bien jurídico que se protege, es



precisamente ahí donde debe incluirse en una política criminal la sanción a través del derecho penal a conductas graves.

Resulta de gran importancia también, abordar el tema del derecho penal en su enfoque finalista, pues se entiende que lo que busca el mismo es una readaptación social, la reinserción y rehabilitación, entonces, es claro que la persona en estas políticas criminales y tendencias de un derecho penal de autor, el sujeto activo solo representa un número estadístico más, no es tratado en su dimensión de ser humano, de forma “legal” se le desarticula aparentemente de forma justificada de cada una de sus libertades individuales y derechos fundamentales a tal punto de inutilizarlo en todos sus ámbitos, pues los efectos y consecuencias de un juicio penal, van mas allá de pesar sobre el mismo una condena, ello le genera un estigma social, familiar, laboral y personal, pues difícilmente se reinserte a sus actividades de forma normal.

Protege bienes jurídicos. Este principio también es conocido como principio de lesividad y, como ya se había dicho, surge de la necesidad de limitar el abuso del poder arbitrario de los soberanos. El uso del derecho penal debe responder a la tutela de un bien jurídico afectado, pues ello evitaría la criminalización por motivos morales o religiosos, o por la mera desobediencia. De mínima intervención. En concordancia con lo anterior, la política criminal es una política pública excepcional del Estado, en tanto es la más severa reacción a ciertos fenómenos específicos. En esa medida, la política criminal no apunta a resolver problemas sociales generales ni a garantizar derechos civiles de los ciudadanos por fuera de los procedimientos e intervenciones que, en concreto, hacen parte de ella. Por el contrario, debe intervenir cuando las demás políticas o estrategias del gobierno no son efectivas. Es decir, la intervención penal es subsidiaria o de ultima ratio. No obstante, en lugar de estar aislada, la política criminal, desde esta perspectiva, debe guardar coherencia con otros fines del Estado y por ello, debe procurar apalancarse y articularse con otras estrategias o programas que abordan sectores o áreas sensibles, en tanto inciden directa o indirectamente en los fenómenos criminales como el trabajo, la educación, el acceso a los recursos y servicios, entre otros. (Romero y Lizarazo, 2017, p.113-114).

Es claro que el principio de lesividad está estrechamente relacionado con corrientes del garantismo penal como lo referiría Luigi Ferrajoli, también con un minimalismo como lo indicaría Louk Hulsman o como el maestro Eugenio Zaffaroni lo trata, como el derecho penal mínimo; corrientes que van buscando un enfoque distinto a las sanciones punitivas como respuesta

del Estado por cualquier conducta que se considera inapropiada o desviada, en las que se aborda y propone el tema desde una perspectiva humanitaria, considerando que el castigo y la prisión no son la solución a los problemas de criminalidad, deben buscarse mecanismos de sanción que vayan orientados a una rehabilitación, reinserción y readaptación social del delincuente, en donde también se debe tomar en cuenta a la víctima para la resolución del proceso.

La Víctima en el sistema penal juega un papel muy importante, pues al referirnos a la lesividad como acto material de la acción o de un resultado humano, es la víctima el sujeto pasivo, sin embargo el Estado con su política la coloca en esa figura simbólica como sujeto procesal, pero la realidad es que su derecho se ve limitado parcialmente en el proceso penal, al menos para buscar una conciliación o acuerdo, no así su facultad de querellante y coadyuvar con la prosecución del proceso en contra del procesado. El catálogo de delitos en las normas sustantivas que dependan de la acción particular es muy limitado, aun siendo la víctima sobre quien recae la acción, sin embargo, el Estado se atribuye función legitimadora para accionar en su representación, descartando cualquier acuerdo, convenio o conciliación para la solución del conflicto pacíficamente, cuando el mismo es un ente abstracto que no sufre o recibe directa o indirectamente una lesión.

Se busca la interrelación estrecha con la lesividad al bien jurídico protegido para considerar que al no haber una afectación real, directa que esté materializada en el sujeto pasivo, debería ser resuelta por otra rama del derecho que busque la solución del conflicto y no la criminalización del mismo. Habiendo una amplia gama de ramas a las que pertenece un problema social y que debería ser tratado en su ámbito, tomando en consideración una especialidad propia sobre el tema, sin embargo, es claro y evidente que han fracasado las políticas criminales y administrativas.

De este modo, para su captación por el derecho penal, las conductas no sólo han de encasillar dentro de la descripción de alguno de los tipos penales previstos en la ley, sino que han de estar dotadas de conflictividad, que bien puede traducirse en una lesión al bien jurídico o en su concreta y efectiva puesta en peligro, función que Zaffaroni ha bautizado como conglobante y que opera como contracara dialéctica del tipo objetivo sistemático.





Asumiendo esta premisa como punto de partida, parece indefectible concluir que, ante la ausencia de lesividad del bien jurídico -o su carácter insignificante-, el derecho penal -por su carácter fragmentario y de ultima ratio- deba abstenerse de echar mano del asunto. Pero, tal y como sucede en el mundo de los acontecimientos sociales, la colocación de las piezas en un tablero construido sobre una dicotomía blanco-negro deja huérfanos de solución a los “grises”, que están representados por aquellos supuestos en los que la lesión es de una entidad suficiente como para franquear la intervención de las agencias del sistema penal, pero cuya expectativa mínima de sanción medida de acuerdo a la escala penal prevista para el delito de que se trate se tornaría desproporcionada y colisionaría abiertamente con el principio de culpabilidad por el acto.

En resumidas cuentas, precisamente por su extrema generalidad e indeterminación, el principio de ofensividad interpretado en términos de lesividad del sistema social en general, antes que de bienes jurídicos determinados en concreto, no es capaz de desenvolver ningún rol de limitación al arbitrio punitivo ni de garantía de las libertades individuales. En cambio, puede fundar y justificar formas anti-garantistas e iliberales de Derecho penal máximo y de maximización, caracterizadas por la intolerancia hacia el disenso, y puede operar sólo como fuente de legitimación pero no de deslegitimación del Derecho penal (Zaffaroni, 2014 p.121)

En el sistema normativo debe tenerse presente que ante la creación de normas especiales con fin preventivo, con la creación de figuras delictivas de peligro abstracto que no generan lesión a bien jurídico determinado o individualizado, se pone en peligro la restricción de los derechos fundamentales y garantías individuales de las personas, pues ya no se busca que exista una relación causal con el supuesto jurídico, pues en estos delitos el Estado se ha adelantado a una materialización o lesión del bien jurídico protegido, siendo un derecho penal de autor y no de acto.

El Tratadista, Bustos Ramírez, (1994) aborda el principio de lesividad en contexto con la ofensividad que conlleva el mismo sobre un bien jurídico tutelado.

“El poder de restringir un derecho fundamental, como lo es la libertad individual de las personas, a través de la tipificación de una conducta penal, encuentra como límite el reconocimiento de la calidad de persona de todo ser humano, su libertad en el ejercicio de sus derechos, en la medida en

que no perjudiquen derechos ajenos. Este principio se conoce como *nullum crimen sine injuria* o principio de lesividad por medio del cual no hay delito sin afectación de un bien jurídico.” (p.113).

Deviene entonces necesario, realizar el siguiente cuestionamiento: “¿Qué criminalizar? Frente a determinada problemática, ¿es necesaria una ley penal, o son suficientes otros medios alternativos no jurídicos? Menciona ejemplos donde la creación legislativa ha vulnerado ciertos principios, como el de lesividad, mínima intervención, tolerancia, ponderación de daños y ventajas, practicidad procesal, abstención de ingeniería social. Si se plantea la necesidad de la sanción de una ley penal para resolver determinado problema social, antes deberá constatarse la existencia de un medio menos lesivo, como así también de que los beneficios esperados con la criminalización superarán los costos que ésta pueda llegar a acarrear.” (p.113).

Estos cuestionamientos y planteamientos deben ser considerados en una política criminal que no solo debe satisfacer el morbo social, pues los fenómenos o problemas que surgen en la sociedad y generan descontento en la población, el Estado tratando de cumplir su función de garantizar la paz, seguridad y bienestar de sus habitantes, genera una intervención directa sobre el asunto, creando normas especiales para combatir el problema, recurriendo a sanciones penales para ello, por considerarlas coercitivas y efectivas, pero es claro que no es la respuesta correcta, pues el trato viene a ser sancionador y no preventivo, no se busca o ataca el origen del problema.

Si bien, el Estado está legitimado para ese actuar, el punto en cuestión es que se desgasta el sistema penal para perseguir y sancionar conductas de peligro abstracto, que no generan en la sociedad una materialización o en un bien jurídico específico, entonces la sanción es sobre una conducta que se considera pone en peligro bienes jurídicos y a efecto de prevención el Estado se anticipa y sanciona, con la irracional idea que es una política criminal de prevención general, lo cual está muy lejos de serlo, pues como se indicó anteriormente, solo se está castigando un posible resultado, no así una política efectiva dirigida a arraigar el problema de raíz.

Debe entenderse que el fin del derecho penal y su función principal en la esfera del derecho dentro de un Estado de Derecho que protege a la colectividad y sus derechos, pero no puede desproteger al sujeto que resulte sindicado de un hecho delictivo.



Un Derecho penal estrictamente ceñido a la protección de bienes jurídicos es disfuncional, porque de los que se trata es de proteger funciones del Estado, cambiantes e inciertas. El Derecho Penal inicia su camino hacia el sosiego de la conciencia del pueblo, deben garantizarse expectativas de seguridad; para alcanzar tales metas el grado de lesividad de las conductas y la proporcionalidad de los castigos se convierten en contenidos de una vieja retórica de los tiempos modernos, abandonada por anacrónica y hasta peligrosa. (Morales, 2015, p.54).

Debe siempre y en todo caso tratarse a la persona sindicado como un sujeto del proceso y no solamente como objeto del mismo, o bien, como un número estadístico en una tabla de alcances y logros que por su alto número pretenden dar una idea de efectividad y eficiencia en las políticas criminales puestas en acción.

Otro aporte a la concepción del derecho penal en estos tiempos: Tradicionalmente al Derecho Penal de los tiempos modernos se le ha asignado la tarea de garantizar o reforzar la protección de bienes jurídicos, que la conciencia social ha percibido como tales. Se formula así el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, decantados socialmente, como uno de los pilares del Derecho penal del Estado de Derecho y como uno de los límites del ius puniendi del Estado. Protección y conservación de los bienes jurídicos, no significa que el Derecho Penal se halle cerrado a la evolución histórica y al cambio social. El Derecho penal es un producto histórico y cultural sometido a continuo cambio. (Morales, 2015, p.117)

De este aporte se toma en cuenta que es claro que el poder punitivo del Estado tiene un límite, este se da cuando el corpus iure contemplan un debido proceso, el derecho de defensa y garantías en favor del sujeto resguardan derechos fundamentales, sin embargo el problema abordado radica mayormente en las normas sustantivas que contemplan un supuesto de hecho en el cual se debe encuadrar una acción humana para su tipificación y respectiva sanción, por lo que al ser derecho positivo vigente, resulta de observancia y aplicación obligatoria para los operadores de justicia, es por ello que en la creación de la norma es que debe velarse por tener una regulación solo de aquellas conductas que directamente generen una afectación, materialización y lesión a un bien jurídico que no tenga otra forma de ser tratado más que a través del derecho penal.

Es precisamente en las conductas que conlleven una materialización grave y lesión directa al bien jurídico que solo deba ser tratado penalmente y no por otra vía, entonces se estaría facultando y habilitando al Estado para accionar oficiosamente contra el sujeto que genere tal afectación, sin perder de vista los derechos fundamentales que le asisten al sindicado, pues debe siempre en cuenta que el trato del sindicado debe ser bajo la presunción de inocencia y que el mismo es sujeto del proceso y no vérselo como objeto del mismo, o bien, como un número estadístico en el que se disfraza la efectividad y eficiencia de la política criminal por las varias sentencias condenatorias que se emitan.

Un factor importante en la política criminal es lo imposible a entender el pensamiento del sujeto que realiza una acción considerada delictiva, pues no es posible entender su propósito y fin del todo, pero se apunta a creer entender cual fue su fin y sin haber materializado una acción o lesionado un bien gravemente, se le aplican sanciones penales.

El problema material reside en lo siguiente: se establecen hechos punibles dolosos con base en normas de conducta que prohíben el causar dolosamente un detrimento a un bien jurídico. Pero si, con el fin de ampliar la protección del bien jurídico, se pretende castigar también a quien cause el resultado sin dolo, entonces todos nosotros estaríamos en una penitenciaría ...hasta nuestras madres, por haber causado nuestra muerte, porque si no nos hubieran dado a luz no encontraríamos algún día incierto, pero seguro, nuestra muerte. Ante esta alarmante situación es necesario buscar un límite entre lo que es accidente (caso fortuito) y lo que es un injusto. Debe haber violación de una norma de conducta que obliga a no realizar o a realizar determinadas acciones, una prohibición o un mandato. Donde no existen tales reglas, que influyen sobre las conductas humanas de antemano, antes de acontecer el resultado, no se puede hablar de una conducta antijurídica y, eventualmente, de la comisión de un hecho punible. Entonces, el problema reside en el cómo el legislador pretende lograr describir las billones de distintas conductas que conllevan por su característica el peligro de que en un momento dado, dándose algunas circunstancias determinadas, se produce la muerte de alguien. Ningún legislador del mundo es capaz de hacerlo. (García, 2007, p.378-379).



La protección de bienes jurídicos, otorga facultad punitiva al Estado, pero esta comienza desde la creación de la normativa legal que contempla las figuras delictivas, la sanción asignada a la misma y su ejecución.

Piénsese que, en sus orígenes, la sistemática de la teoría del delito fue concebida al amparo de un marco de plena legitimación de las potestades sancionatorias, con el reconocimiento de la existencia de un monopolio del ius puniendi en manos del Estado, básicamente, el derecho de castigar a los ciudadanos echando mano del ejercicio del poder punitivo. Esto, siempre en procura de la protección de determinados bienes jurídicos cuya lesión desestabilizaría el normal desenvolvimiento de la vida en sociedad y podría conducirnos a estadios históricos anteriores al surgimiento de los Estados-Nación, donde los conflictos se resolvían por aquellos procedimientos denominados “ordalías” o “juicios de dios” (pruebas de resistencia física) o bien, la venganza privada, propia de la lógica de los antiguos clanes germánicos.” (Zaffaroni, 2014, p.117-118).

Debe entenderse entonces que el poder punitivo del Estado no es pleno y sin límites, existen garantías para su aplicación y consecuentemente limitar esa facultad en su facultad de impartir justicia.

En los países desarrollados, el fenómeno de la criminalidad y encarcelamientos es menos frecuente y surgen los cuestionamientos, sobre si tiene que ver factores de raza, cultura, pobreza, sistemas de gobierno o cualquier otro estrato social. Pero es claro que el problema no puede circunscribirse a un aspecto o factor en particular, pueden haber muchos, como la educación, la falta de empleo, las limitaciones a salud, entre otras. Pero es claro que el estado no cumple plenamente en un plano igualitario de derechos sociales a sus habitantes, pero si lo exige en igualdad al aplicar disposiciones normativas, partiendo del enunciado, que nadie puede alegar ignorancia de la ley.

Entonces, resultará difícil pretender que si nos ocupa un sistema pena castigador, sancionador, en el que se juzga por lo que se es y no por lo que se hace, en donde la presunción de inocencia es relativa, pues la tendencia es que supuesto delincuente debe probar su inocencia, como el caso de las disposiciones y tipos penales de la Ley contra el lavado de dinero u otros activos. De esa cuenta, pretender que el sistema normativo, pueda admitir un modelo como el del garantismo penal o minimalismo, es difícil creerlo, en donde verdaderamente se recurra excepcionalmente al derecho penal

en aquellas conductas que se consideren graves en la lesión a un bien determinado, a tal punto que no pueda ser resuelto por otra vía, si no por el sistema penal.

Es incuestionable que si bien nuestra cultura no admitiría la decisión no punitiva de algunos conflictos, esto no sucede con todo el inmenso campo abarcado por la criminalización primaria ni mucho menos. No obstante, cabe señalar que estas propuestas de derechos penales mínimos exigen también una profunda transformación del poder que hoy camina en sentido diametralmente opuesto, aunque –al igual que el abolicionismo– tienen la virtud de invertir la cuestión: una vez más es el poder punitivo, como artificio humano, el que debe justificar su existencia y extensión. (Zaffaroni, 2012, p.172).

En el entendido que si el Derecho Penal debe operar como la última ratio, en aquellos casos que se lesionen bienes jurídicos gravemente, debe tenerse presente que esa lesión al bien jurídico tutelado habilita al Estado para actuar, pero debe considerarse otra salida que no solo tenga un fin beneficioso, como reinsertar al sujeto que delinque, si no también que permita una reparación directa al agraviado, y así se garantizaría la paz y bien común.

Es que la crisis de justificación de la pena y su incapacidad para demostrar la declamada reinserción social del autor, han determinado la búsqueda de estos nuevos caminos para prevenir los ilícitos penales y evitar un daño mayor (en especial, la violencia realimentada del sistema, se ha dicho). La idea de la reparación de la víctima como alternativa a la imposición de la pena se presenta como la tercera vía del derecho penal. Se ha dicho incluso que cumple mejor los fines de la pena, pues soluciona el conflicto por reposición al estado anterior al delito, lo que satisface la conciencia jurídica colectiva, y el autor –al reparar el daño– reconoce el valor del bien jurídico que lesionó y procura su reinserción social. (Cafferata, et al, p.109).

Como indica el jurista Ferrajoli, L. (1995)

“Si por la lesividad de una conducta se entiende de manera general la “perturbación de la estructura normativa de la sociedad” o un no mucho más preciso “daño social”, es difícil que el principio de ofensividad pueda operar como un límite a la potestad punitiva y, en particular, que



pueda impedir la configuración como ofensiva de cualquier conducta que el legislador considere “inmoral” (p.110).

Entonces es claro que resulta indispensable que desde la creación de la norma por parte de legislador, debe tomarse en cuenta una política criminal efectiva que valla de la mano y no solo responder a los fenómenos y problemas delincuenciales que surgen, pretendiendo contrarrestarlos y que se garantizará la paz social con crear una normativa especial para el caso criminal, esa cúmulo de normas solo generan carga de trabajo para el sector justicia sin obtener efectos positivos preventivos.

## Conclusión

En Guatemala el Estado ha fracasado con mantener el orden social y garantizar el bien común a sus habitantes, con el uso de los sistemas gubernativos administrativos y ante el desborde de problemas sociales, recurre a la represión y sanción a través del sistema de justicia penal. Como cita de casos prácticos, se puede referir que en temas tributarios o de rendición de cuentas, que son entidades especializadas que contemplan el control sobre su materia, sin embargo, al no tener un cumplimiento de un reparo o una obligación tributaria, se hace uso del sistema penal, tipificando la conducta como reproche social y asignándole una pena determinada.

En la actualidad se crean figuras delictivas y normas penales que van orientadas a una prevención general, pero las mismas contemplan supuestos de hecho como tipos penales que solo representan peligros abstractos, que no concretan una materialización o lesión a un bien jurídico determinado. Recientemente se han creado normas sustantivas, como la Ley de portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivo, en la cual por citar a efecto de ilustrar un caso real en el sistema normativo guatemalteco, en donde el portar un arma de fuego sin la licencia respectiva, tiene un carácter de prevención general y castiga una conducta de mera actividad, que se supone poner en riesgo bienes jurídicos, pero no hay determinación de los mimos ni sujetos individualizados como pasivos, no hay lesión alguna y la pena es más drástica que lesionar bienes jurídicos personales, como la indemnidad y libertad sexual, integridad física e inclusive la vida.

Se ha desnaturalizado el sistema de justicia penal, que fue concebido bajo el principio de excepcionalidad o de última ratio, convirtiéndolo en un mecanismo represivo y sancionador de respuesta rápida a los problemas sociales e incluso administrativos, con políticas públicas de prevención general. En los últimos tiempos se ha utilizado el sistema penal como una herramienta política electoral, con promesas que se eliminarán ciertos índices de criminalidad, de pandillas, que se endurecerán las penas, que se aplicará la pena de muerte, entre muchos derivados que pueden estar relacionados con el sistema de justicia penal, apartándose del valor justicia como tal para aquellos actos que afecten gravemente un bien jurídico que no exista otra vía de solucionarlo, esto en relación a un minimalismo penal o bien el garantismo.

El Estado se atribuye legitimidad para condicionar la persecución penal, en el sentido de determinar qué delitos son de acción pública, los de acción pública dependiente de instancia particular y los de acción privada, limitando el catálogo para los perseguibles de forma privada y dependientes de instancia particular, cuando en las conductas antijurídicas en su mayor cantidad el bien jurídico tutelado y afectado es de carácter personal en el cual hay sujeto pasivo determinado, pero es tomado en cuenta solo para efectos de habilitar el poder punitivo estatal, no así para la solución de un conflicto penal, pues el derecho penal solo decide el problema, más no lo resuelve, no le permite a la víctima un posible acuerdo y desistir en donde ambas partes concilien, ello, porque el estado ha catalogado y condicionado el acto de reproche como un tipo penal perseguible de oficio o sea de acción pública.

## Referencias

Bustos Ramírez, J. (1994). Introducción al derecho penal. Santa fe Bogotá, Colombia: Editorial Temis. S.A.

Cafferata Nores, J., Montero, J., Vélez, V., Ferrer, C., Novillo, C., Balcarce F., Hairabedián, M., Frascaroli, M., y Arocena, G. (s.f). Manual de derecho procesal penal. Argentina: Editorial ADVOCATUS.

Ferrajoli, L. (1995). Derecho y razón. Madrid, España: Editorial trota.



García Ramírez, S. y De González Mariscal, O. (2007). Panorama internacional sobre la justicia penal. Primera Edición, México: UNAM.

Guardiola García, J. (2013). Política criminal. España: Vniversitar De Valencia.

Morales Prats, F. (2015). La utopía garantista del derecho penal en la nueva “edad media”. España: Editorial Ediciones Gráficas Rey, S.L.

Romero, S., Lizarazo, V. y Camacho, P. (2017) Crimen y política pública criminal. Bogotá, D.C.

Zaffaroni, E. (2012). La cuestión criminal. Buenos Aires, Argentina: Editorial Planeta.

Zaffaroni, E. (2014) Revista de derecho penal y criminología. Buenos Aires: Editorial Thomson Reuters la ley.

## Sobre el autor

### Ever Ariel Orrego Dubón

Actualmente es estudiante en el Doctorado en Derecho Penal y Procesal Penal, tiene Pensum de estudio culminado en Maestría de Derecho Penal y Procesal Penal, es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario.

## Financiamiento de la investigación

Con recursos propios.

## Declaración de intereses

Declara no tener ningún conflicto de intereses, que puedan haber influido en los resultados obtenidos o las interpretaciones propuestas.



## Declaración de consentimiento informado

El estudio se realizó respetando el Código de ética y buenas prácticas editoriales de publicación.

### Derecho de uso

Copyright (2023) Ever Ariel Orrego Dubón

Este texto está protegido por la [Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)



Usted es libre para compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato y adaptar el documento, remezclar, transformar y crear a partir del material para cualquier propósito, incluso comercialmente, siempre que cumpla la condición de atribución: usted debe reconocer el crédito de una obra de manera adecuada, proporcionar un enlace a la licencia, e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que tiene el apoyo del licenciante o lo recibe por el uso que hace.