



Informe de Investigación

Título: BIEN JURÍDICO PROPIEDAD Y EL IUS PUNIENDI

Rama del Derecho: Derecho Penal	Descriptor: Derecho Penal Especial
Tipo de investigación: Simple	Palabras clave: Bien Jurídico. Ius Puniendi
Fuentes: Doctrina	Fecha de elaboración: 11/2009

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	1
2 Doctrina.....	1
a) El Bien Jurídico Propiedad.....	1
b) Bien jurídico y derecho de castigar del estado. comentarios sugeridos por una sentencia de la sala constitucional.....	9

1 Resumen

En el presente informe se recopila a petición del usuario dos artículos referentes a estudios del bien jurídico propiedad y al ejercicio del ius puniendi, los mismos han sido recopilados en su totalidad.

2 Doctrina

a) El Bien Jurídico Propiedad

[CHIRINO SÁNCHEZ]¹



En el presente ensayo pretende ser una disquisición sobre lo qué es el bien (urídico propiedad en nuestro Código Penal.

Se parte para este estudio de la siguiente definición de bien jurídico ..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 las conductas que lo afectan." (1)

Como presupuesto inicial se tiene que el ordenamiento jurídico es un cúmulo complejo que no se agota en el orden normativo, sino que también puede (y debe) integrarse con preceptos permisivos, "Estos preceptos permisivos no implican una contradicción con las normas sino que, por el contrario, las presuponen, en un juego armónico de normas prohibitivas y preceptos permisivos." (2)

A lo largo del ensayo se citan conceptos tales como antinormatividad, tipicidad conglobante y antijuridicidad. Estos conceptos son claves para comprender el sentido de la exposición por lo que conviene aclararlos.

En primer lugar, hay que decir que la antijuridicidad surge de la antinormatividad (tipicidad penal). Se dice que la tipicidad penal implica una contrariedad con el orden normativo, no obstante, esta contrariedad no es suficiente para pensar de inmediato en la existencia de la antijuridicidad (relación de contradicción de la conducta con el orden jurídico) ya que es necesario hacer una averiguación sobre la existencia o no de una causa de justificación que sena el orecepto permisivo que ampara la conducta. Esto nos lleva a la necesaria idea de que juzgador no debe conformarse con el juicio de tipicidad legal sino que debe ir más allá: hacia la comprobación de la tipicidad conglobante. Esta última no es otra cosa que la averiguación de la prohibición mediante un análisis del alcance prohibitivo de la norma integrando o "conglobando" en el orden normativo En dos palabras, la tipicidad conglobante puede ser un colectivo" de la tipicidad legal porque puede eliminar la característica de típica que tienen '..ciertas conductas al hacer claro que son solo en apariencia prohibidas porque el orden normativo no quiere prohibirlas, antes bien, las permite

La insignificancia de la afectación excluye la tipicidad, pero la misma solo se puede es tablecer mediante el uso del juicio de tipicidad conglobante que va en pos del fin del aseguramiento buscado por el Estado en las prohibiciones, es por eso que lo insignificante o lo brutal del daño al bien jurídico solo puede surgir a la luz de la finalidad general que le da sentido de orden normativo

Este ensayo pretende enmarcarse en estas líneas generales y tratar de entresacar el sentido verdadero de la propiedad, primero como ente, luego como bien, y después como bien jurídico penalmente tutelado Subsidiariamente pretendo analizar si en este sentido el Derecho Penal debe construir sus propios conceptos de propiedad y de los demás derechos reales o si por el contrario debe acudir a las fuentes civiles para aplicarlas al momento de la averiguación de la adecuación típica. Esto exige, forzosamente, abandonar un criterio muy en boga de que el Derecho Penal puede tener un criterio realista

Este ensayo tuvo como fuente para su cuestionamiento la tesis cuarta propuesta por el Lic Pablo Rodríguez en un pequeño trabajo mimeografiado que llevaba como título "El Concepto Constitucional de la Propiedad" Aceptamos esta tesis ya que la misma era la más coherente con el marco teórico que habíamos escogido y que tratamos de exponer en las líneas anteriores. Para mejor comprensión del lector transcribiremos en su totalidad esta tesis, llamada cuarta' "Es dogmático sostener que solo una interpretación de la constitución es la exacta" En cierta manera el resultado de las construcciones sistemáticas de los juristas está configurado por las premisas de su argumentación Si se parte de que el derecho subjetivo de propiedad es la prima prieta de nuestra

constitución es posible concluir que la propiedad es absolutamente inviolable. Si se parte de que el artículo 50 de la constitución debe prevalecer, se llegaría posiblemente a otro resultado. Iguales conclusiones divergentes cabría sostener si se sostiene que hay contradicción entre el artículo 50 y el 45, o si se argumenta que la hay entre el primero y el segundo párrafo de este último. El punto de partida del teórico y del aplicador del derecho no es científicamente justificable.

Con las anteriores aclaraciones creemos que es posible entender la idea de este trabajo y esperamos sinceramente que sirva para detenerse un minuto a pensar sobre lo que es y lo que puede ser la aplicación de la ley penal sobre todo en lo que se refiere a los 23 tipos del título VII de nuestro Código Penal.

EL BIEN JURÍDICO PROPIEDAD Y LA CUARTA TESIS

En opinión de Rodríguez Devesa, la palabra propiedad no ha de tomarse en sus acepciones civilistas o filosóficas. Considera también un error el decir que los 23 tipos que conforman este Título VII de los delitos contra la propiedad tengan por nota común el constituir un ataque al patrimonio considerado como una unidad. Para este autor nos hallamos ante un problema jurídico-penal, y nuestro único instrumento de auxilio es el código, el cual permite usar el concepto de patrimonio de una manera especial, como punto de referencia, de tal forma que los 23 tipos de este título son acciones que se dirigen contra "elementos integrantes del patrimonio."

Welzel, entre otros, incorpora una posición intermedia, postula un concepto de patrimonio económico-jurídico al decir "es la suma de los valores económicos puestos a disposición de alguien bajo la protección del ordenamiento jurídico", conforme a esta posición pertenecerían al patrimonio, además de los derechos, las posiciones jurídicamente protegidas.

En nuestro código parece seguirse esta posición intermedia, ya que los tipos parecen dirigirse a proteger un conjunto indeterminado de relaciones jurídico-patrimoniales que generalmente tienen un valor económico. Si el lector ha de pedirme ejemplos que fundamenten esta presunción, yo propondría, simplemente, el artículo 217: el estelionato. Este es uno de los tipos peor descritos e indeterminados que, sin embargo, ayuda a ejemplificar las relaciones económicas y jurídicas que, íntimamente ligadas, dan por resultado la protección penal que ofrece el título VII.

El nombre de delitos contra la propiedad es consecuente con la problemática constitucional del art. 45. El querer llamar a este título "de delitos contra el patrimonio" es un deseo desafortunado desde dos puntos de vista: primero el concepto patrimonio no es puro, ni siquiera en el derecho privado donde tuvo su cuna (aplicarlo ayudaría a dar más indeterminación a la hora de leer los tipos, y nos traería como consecuencias serios aspectos contradictorios con el principio de legalidad, es decir, no estaríamos confeccionando ni tipos claros, ni tipos precisos, y mucho menos tipos delimitados) y luego chocaríamos con la necesaria correlación que debe guardar el ordenamiento jurídico en sus conceptos, además de que es imposible un ataque a la totalidad del complejo formado por el activo y el pasivo, "ya que siempre la sustracción, v.gr., de una de las cosas o bienes que son el objeto de esa relación jurídica patrimonial da lugar a una pretensión al resarcimiento (o una acción reivindicatoria) de igual valor jurídico, aunque no económico."

Partiendo del supuesto según el cual estas razones nos impiden pensar en otro apelativo que no sea el de propiedad para este título, podemos comenzar a desarrollar nuestra argumentación.

La cuestión constitucional no es ajena al problema de los delitos contra la propiedad; para algunos autores, implica, incluso, que el derecho a tener un patrimonio es un derecho natural reconocido por las leyes y no un mero producto parcial del legislador. Ya nos adentraremos en esta problemática.



Buscando el bien jurídico tutelado en los delitos contra la propiedad, nos remitimos normalmente al artículo 45 constitucional que señala que la propiedad es inviolable. La hermenéutica jurídica, que es la disciplina científica cuyo objeto es el estudio y la sistematización de los principios y métodos interpretativos, nos enseña que la interpretación es la aplicación de la hermenéutica, y nunca dos conceptos sinónimos. La hermenéutica descubre y fija los principios que rigen la interpretación; en pocas palabras, la hermenéutica es la teoría científica del arte de interpretar. Podríamos preguntarnos si el trabajo intelectual de la interpretación es realmente necesario en la aplicación de la justicia penal. Para responder este cuestionamiento debemos de decir lo siguiente: el tipo existe, luego, hay un interés del legislador en un ente; resulta como consecuencia necesaria que toda conducta que se ajusta a un tipo contravenga una norma y afecte un bien jurídico. Esto significa, según lo que nos han enseñado los doctrinistas, que la conducta por ser típica es anti-normativa. Hay muchos casos en que una conducta no es antinormativa, aún cuando se adecué el tipo. Esto nos lleva a que tenemos delante dos labores básicas e importantes: estudiar la adecuación típica y estudiar el alcance de las normas que dan origen al tipo y luego, ver la afectación del bien jurídico. Lo que estudiaremos como analistas de la realidad es lógicamente la adecuación real de las conductas que es la tipicidad penal, es decir, nos tocará observar cuándo en el trajinar de la vida del hombre y en sus continuas relaciones interindividuales las situaciones y conductas se adecúan a la de algún tipo penal y se afecte un bien jurídico. Para ponerlo en términos humorísticos, no basta con meter todos los códigos penales en la cárcel por un máximo permitido de 25 años (tipicidad legal) sino que es necesario que la conducta real de un hombre se identifique a la descripción que se halla en algún tipo penal.

Zaffaroni dice que la tipicidad penal es igual a la tipicidad legal más la tipicidad conglobante. La tipicidad conglobante es la averiguación de la prohibición mediante la indagación o búsqueda del alcance prohibitivo de la norma. Pero este trabajo no se hace aisladamente, sino que se toma en cuenta el cúmulo de normas que forman parte del ordenamiento jurídico, el cual no sólo está compuesto de normas prohibitivas, sino también de normas permisivas; estas últimas suponen lógicamente la existencia de normas anteriores; pero no es igual al juicio de antijuridicidad.

Volviendo al asunto inicial, ya hemos dicho que al existir un tipo penal ya existe incluido en el mismo un interés del legislador de tutelar un ente. Este interés del legislador puede demostrarse creando primero una norma. Sin embargo, el legislador puede brincar esta etapa y pasar de una vez a crear un tipo penal, creando bienes jurídicos en los mismos tipos. La norma es un medio por el cual se valora un ente, es la pauta general de conducta: no usurparás el dominio público; este caso nos lleva a concluir que hay normas que no están necesariamente en la Constitución como el punto más importante del ordenamiento, sino que pueden, o estar en la ley, o ser creadas por el tipo penal. Para que una conducta sea penalmente típica tiene que violar la norma que la precede. Entonces, ¿hemos de decir que la norma que está detrás de todos estos tipos de título VII requieren de la violación de la norma: no violarás la propiedad? Este segundo cuestionamiento debemos unirlo al primero que nos refería el trabajo intelectual de la interpretación y de la utilización del método de la búsqueda del bien jurídico tutelado. Aquí coinciden al parecer dos métodos disímiles que buscan un mismo objetivo: la interpretación, que es un elemento esencial y un presupuesto indispensable en la aplicación de la norma jurídica, porque lógicamente no se puede concebir la aplicación de una norma jurídica que no sea previamente interpretada. Si por interpretación se entiende el proceso lógico mediante el cual se señala y se pone en evidencia el contenido de la disposición legal o constitucional, cuando un concepto constitucional es claro no debe buscarse uno oculto. El otro proceso que parece unirse a este es el de la búsqueda del bien jurídico tutelado en la integración de todo el sistema incluyendo preceptos permisivos y prohibitivos a la vez. Se dijo que estos dos procesos eran disímiles, no obstante si se une la interpretación al segundo nos daremos cuenta que la aplicación del Derecho será más justa y estará tendiendo al



objetivo o meta (¿valor?) que se propuso el legislador. No es que estemos afirmando aquí que el juzgador deba interpretar el Código Penal. Ya sabemos que la "espada de Damócles". del principio de legalidad pesa sobre él y no puede hacer una interpretación analógica o extensiva, ya que eso violaría el principio al que hemos hecho referencia. No, lo que queremos decir es que el juzgador no puede quedarse solamente con la tipicidad legal, la que, en todo caso, no sólo no le dará aspectos claros y profundos para realizar su actividad, sino también, le ofrece el inconveniente de vérselas con la complicación propia de un legislador que no supo verter con claridad su pensamiento en la elaboración y redacción de los tipos penales. La adecuación real tiene múltiples matices, y el juzgador no puede detener en meros elementos del tipo; tiene que ir más allá. Ha de interpretar sí, pero no el Código Penal, sino que debe dirigirse al sistema a buscar la norma y de ahí a los preceptos normativos permisivos o prohibitivos.

Corresponde distinguir la interpretación del concepto de la integración. Como ya hemos dicho con otras palabras, interpretar es desentrañar el sentido del texto; integrar es algo más. Integrar es determinar su extensión y su significado del ámbito plenario del Derecho como sistema y orden establecido.

La tesis cuarta que nos presenta Pablo Rodríguez hace referencia a todo este problema que nosotros hemos circunscrito al problema del Derecho Penal y del bien jurídico propiedad.

Coincidimos con Pablo Rodríguez en que es dogmático sostener que sólo una interpretación de la Constitución es exacta. La Constitución es un "legado de sacrificios y glorias"; las palabras de la Constitución están lejos de ser cosas fijas. Una palabra (como lo decía el ilustre juez Holmes) no es un cristal transparente e inmutable, "es la piel de un pensamiento vivo y puede mudar grandemente de color y contenido según las circunstancias y el momento en que es utilizada." El propósito del intérprete constitucional, mucho más que aplicar un método puro y quasi-matemático, es lograr desentrañar el verdadero y correcto sentido de la norma constitucional en el momento de ser interpretada, congruentemente con los grandes propósitos y fines de la Constitución como los de proteger la dignidad del hombre y todos sus atributos, así como los ideales de justicia, igualdad, armonía y bienestar general, además de las exigencias de la vida social.

Coincidimos también en que es muy difícil, si no imposible, justificar científicamente el punto de partida del teórico y el del aplicador del derecho debido a que en nuestra disciplina no es posible contar con conceptos válidos y unívocos que nos sirvan para todas las circunstancias y para todas las épocas; tal sería el caso de un teórico que nos diga que no hay contradicción entre el art. 45 y el art. 50 constitucional porque el concepto de propiedad y el de inviolabilidad no contradicen el concepto de función social de la propiedad. Dependiendo de la época y de las circunstancias económico-sociales así habrá de interpretarse una Constitución; decir lo contrario sería admitir que el legislador previó todas las posibilidades y todas las contingencias.

En opinión de Ricardo Zeledón, de la lectura del art. 45 y del art. 69 sólo se puede obtener la idea de una propiedad monolítica, contraria a la necesidad de una propiedad dinámica que se dirija a comprometerse con la idea de la justicia social, como quimérico ideal a conseguir a través de una reforma constitucional. Según este autor, las distintas legislaciones especiales han dado respuesta a la omisión de visión por parte del constituyente del 49. En este sentido se coincidiría con el criterio de Pablo Rodríguez, conforme al cual, a la pregunta: ¿Cuál propiedad es la que es inviolable?, sería el legislador quien ofrece más respuesta al crear distintas clases de propiedades. En este sentido, serían inviolables la propiedad agraria, forestal, urbanística, etc., y todas otras que el legislador quisiera crear amparado en quién sabe qué conceptos teóricos y qué conceptos políticos y sociales. Como ejemplo particular, podríamos pensar en la ley de Informaciones Posesorias que es bastante visionaria: No obstante, aún en ese momento de gran importancia (cuando se emitió esta ley) el legislador se mostró tímido, como si el art. 45 estuviere observándolo



con ojos de reclamo y desasosiego.

No es necesario subrayar aún más que la propiedad no ha tenido un significado unívoco; en sí misma acoge y designa muchas cosas. Un análisis amplio del ordenamiento jurídico permite dudar de la unidad conceptual del principio de la propiedad. Tenemos también dentro del panorama de estudio, que la propiedad ya no tiene sólo definición en el Código Civil. La legislación especial y las limitaciones de la propiedad en virtud del interés público parecen ser la rúbrica de nuestra época. El concepto de propiedad no se puede lograr en forma absoluta para todas buscar formas o modos de manifestación, de ahí que resulte científicamente preferible buscar los conceptos de las propiedades especiales (industrial, intelectual, agraria, arqueológica, etc.) en vez de un concepto de propiedad. Esto ayudará a encontrar un concepto más claro y práctico, en vez de uno abstracto como el que ha venido tratando de construir la doctrina en los últimos dos siglos.

Interesante es plantearse a esta altura del desarrollo de este pequeño ensayo, el asunto meridiano de si la propiedad como concepto que utiliza el Derecho Penal es diferente a la conceptualización que se usa en el Derecho Civil. Esta discusión es importante por cuanto nos permitirá probar (si es cierto) que el concepto de propiedad no es el mismo en todo el ordenamiento y luego nos permitirá abordar la discusión del concepto aparentemente genérico de propiedad del art. 45 (adelantándonos a esta discusión, podemos decir que el art. 45 parece instituir en sí mismo la prohibición de las conductas antijurídicas dirigidas a disminuir o hacer imposible el derecho real de propiedad. Las limitaciones que ofrece la propiedad en las distintas legislaciones especiales por medio del legislador ordinario -y no por el legislador constituyente- y el contenido distinto de las propiedades especiales viene a estar legitimados por el poder que emana del Estado como regulador de las relaciones en una sociedad organizada, por lo que no es descabellado pensar que sea aplicable establecer controles en las importantísimas relaciones del hombre con la cosa).

Para poner el asunto de manera clara y con ejemplos, veamos el problema del hurto y de la apropiación a la posesión, es decir, hemos de investigar el camino que siguió el autor hasta que se surgió en el lugar del legítimo dueño. Jurisprudencialmente en nuestro país ha quedado claro que para que se configure la apropiación indebida (art. 223) es necesario que la cosa esté en posesión del que después se la apropie, mientras que en el hurto el sujeto tiene que poseer antes para que luego el sujeto activo de este tipo pueda desposeerlo ilegítimamente. Ya sabemos que en sede civil el concepto de posesión recibe los más disímiles tratamientos, sin haberse llamado a sosiego la doctrina sobre la propia naturaleza de esta institución, debatiéndose aún entre el hecho y el derecho. En fin, puede mantenerse sobre el concepto de la posesión ¡as más diversas posiciones.

El orden de trabajo del Derecho Penal parece exigirnos un concepto de posesión diferente al que nos ofrece el derecho civil si pensamos en el problema desde el punto de vista de cierto carácter "realista" del Derecho Penal.

El Derecho Civil hace algunas ficciones: la posesión civilísima y presunciones doctrinales que no nos ayudarían a fundamentar un tratamiento más severo con respecto al hurto con respecto a la apropiación indebida, por ejemplo. Para Binding, para citar a alguien en este sentido, lo característico de la posesión penal consiste en ser adquirida por un acto volitivo que expresa, coetáneamente, la voluntad de ejercitar un poder fáctico sobre la cosa y hace imposible la actuación al mismo tiempo de otra voluntad de señorío sobre ella. Ni la mera tenencia, ni la custodia o vigilancia son suficientes para fundamentar la posesión penal. Sin embargo, aparentemente, este ejercicio intelectual parece innecesario desde el punto de vista de que lo que en realidad ocurre. El tipo de hurto exige una serie de actos (o un solo acto) que haga que el sujeto poseedor se vea desposeído de lo que es "legítimamente" suyo; la posesión en el sentido penal no sería más que un requerimiento de acción más que un requerimiento de concepto: el sujeto activo del tipo de hurto alcanza al señorío sobre la cosa, señorío fáctico, si se quiere, pero en todo caso es una



disponibilidad material de la cosa. ¿Será esto un elemento subjetivo que deba añadirse al Corpus para que surja aquella posesión? La pregunta es válida si aceptamos que el Derecho Penal está construyendo su propio concepto de posesión. Si no creemos que este ejercicio intelectual y jugamos de dificultosos, podemos decir entonces que, las pugnas de Savigny sobre el señorío de hecho del ladrón no tienen tan poco sentido como se nos ha querido enseñar en doctrina. La verdad que debemos enfrentar es que hay una voluntad de manipular la cosa disponiendo de hecho de ella. El Derecho Penal que está construyendo sus conceptos nos diría que se reputan poseedores, por ejemplo, el ayudante de oficina al que se le entrega una caja que contiene un valioso objeto para que sea entregado en el correo, o la persona que lleva un billete de otro a hacerle una diligencia. El ladrón que quiera apropiarse de la caja y del billete lógicamente estará violentando la propiedad y lo que podríamos llamar la posesión de hecho de otro, que no es el propietario, o posesión penal. De ahí la penalidad mayor para el hurto.

¿Es el concepto de propiedad diferente en el Derecho Penal? De ser cierto, ¿tiene esto implicaciones en cuanto a la tutela penal de la propiedad como relación importante y sujeta a una valoración normativa? El asunto no es tan extremo como se quiere ver. Los 23 tipos que pretenden tutelar la propiedad no sólo hacen referencia a las distintas ramificaciones del derecho real de propiedad (uso, disfrute, goce y disposición), sino que también introducen un elemento nuevo a tomar en cuenta que sería cierto carácter pecuniario que se encuentra objetivamente en el tipo. Por ejemplo, los incisos 1 y 2 del art. 212 (robo simple) que elevan la pena según corresponda si la suma de lo robado es mayor o menor de los tres mil colones. Entonces podríamos decir que no sólo se está protegiendo el ejercicio de un derecho real, sino que también se le está dando cierto valor pecuniario, si bien no al derecho, sino a la cosa sobre la que recae el derecho de propiedad. Este orden de ideas no nos aparta, si el lector se da cuenta, del objetivo que pretendíamos al inicio y que nos lleva siempre irremediablemente y de manera algo ingenua al art. 45 constitucional y a la inviolabilidad de la propiedad.

Como adelantáramos más atrás, el 45 parece el punto de partida para dirigirnos a la creación de los tipos que tutelan la propiedad: no violarás la propiedad de otro; si lo haces serás sancionado. Esta parece ser la construcción unitaria de los delitos contra la propiedad, parecida en algo a la construcción básica del tipo globalizante de las prohibiciones vertidas en el Código Penal: "quien se comporta de modo groseramente contrario a la sociedad, será penado.

Este "no violarás la propiedad de otro" parece incluir no sólo el respeto a la propiedad, sino también, cierto respecto al patrimonio (conformado por los activos y pasivos). No obstante, ya vimos que un ataque directo a los activos y pasivos de una vez es muy difícil, por lo que la infracción se dirigiría sobre uno de los dos aspectos. El derecho penal está desvalorando un resultado (nunca parcialmente); esto se traduce en una afectación al bien jurídico (por efectiva lesión o por peligro). El Derecho Penal como orden discontinuo de ilícitudes pretende señalarnos algunas conductas que el legislador quiere que no se realicen. Trasladando la problemática al título de los delitos contra la propiedad, nos damos cuenta que los puntos separados de protección hacen referencia a una fragmentación, nunca a querer totalizar todas las conductas violatorias. El Derecho Penal está seleccionando aquellas conductas antijurídicas en las que el requerimiento de la seguridad jurídica no se satisface sólo con la simple reparación del perjuicio. sino que demanda una especial acción preventiva.

¿Qué sentido tiene buscar el bien jurídico tutelado en los delitos contra la propiedad? Zaffaroni contesta esta pregunta: el bien jurídico cumple una función garantizadora o limitadora de la tarea del legislador penal, y también cumple una función teleológica-sistemática, de fundamental importancia para reducir a sus debidos límites la materia de prohibición.

De tal forma que no ha sido vano este trabajo que de alguna manera trata de deslindar los problemas del concepto de propiedad y los tipos que tutelan este concepto en el Código Penal.

En lo que interesa ha demostrado la posición de Pablo Rodríguez ser coherente con lo que hemos estudiado en este curso experimental, lo que hace falta, o más bien hacía falta, era darle la necesaria correlación con el problema penal. Creemos haber deslindado el problema y haber señalado para quién es un problema, que parece ser un nuevo requisito metodológico de investigación y análisis.

A manera de recapitulación y resumen podríamos poner un último ejemplo, el art. 225 (usurpación). Este tipo podríamos señalarlo como característico de los que tutelan la propiedad o la posesión (vista como tenencia de la cosa); el asunto importante radica (al menos en el inciso primero) en que hay una necesaria referencia al Derecho Civil para definir el derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre, etc., ya que estos derechos reales son presupuestos en la medida de que han de hallarse en manos de la víctima del despojo. La acción ejecutiva del tipo consiste en despojar: en un inmueble la lógica nos lleva a coincidir con Soler en que este despojo ha de producirse por medio de invasión, permanencia o expulsión; ya que el bien no puede llevarse hay que sacar al propietario de su posesión. El inciso I hace referencia a un interesante medio que es el "engaño". El que el tipo objetivo requiera este medio no nos debe llevar a confundir este tipo con el de estafa. El engaño en el art. 225 lesiona la posesión o tenencia de la cosa inmueble, privando del goce del derecho, pero no del derecho del sujeto sólo materialmente despojado. Y aquí está la naturaleza real a la que hace referencia este tipo y la necesaria correlación de conceptos que debe existir entre lo exigido en el tipo y la labor de contenido que tiene que darle el Derecho Civil. Con esto queremos decir que el Derecho Penal no puede construir sus propios conceptos porque en cierta medida se estaría aislando del resto del sistema y perdería la necesaria correlación del sistema. Si esto ocurriera, el juzgador estaría observando las relaciones sociales con una óptica propia del Derecho Penal que no siempre coincidiría con la realidad objetiva desde que existen otras formas de regular las relaciones entre los hombres de la misma naturaleza normativa que el Derecho Penal, de ahí que el juzgador y el aplicador de la ley penal debe conocer el Derecho, como un todo, ya que su formación así se lo exige. Esto es cierto, sobre todo, en la aplicación de los 23 tipos correspondientes al Título VII de los delitos, contra la propiedad."

b) Bien jurídico y derecho de castigar del estado. comentarios sugeridos por una sentencia de la sala constitucional

[ISSA]²

Henry Issa El-khoury Jacob

Alfredo Chirino Sánchez

Profesores de Derecho Penal U.C.R.

INTRODUCCION

“El voto 525 de las 14:24 horas del 3 de febrero de 1993, en el que la Sala IV de la Corte Suprema de Justicia resuelve una consulta del Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Segunda, tiene una gran trascendencia para el derecho punitivo(1) costarricense y para los postulados constitucionales de la República de Costa Rica, pues al señalar la necesidad de la existencia de un bien jurídico establece la racionalidad del derecho de castigar y, por ende, la racionalidad del castigo.

Con lo anterior queremos significar que un "ius punendi" ilimitado no es una forma republicana de derecho; al contrario, representa fielmente un derecho autoritario y penal autoritario, en su caso.

En este trabajo pretendemos mostrar lo necesario del voto 525 de la Sala Costitucional para la legalidad costarricense. Para hacerlo hemos considerado necesario aportar algunos elementos teóricos que, en nuestro criterio, sostienen ampliamente la resolución. Por el tipo de trabajo, partimos de las concepciones del bien jurídico de caracter sistemático (HONIG, GRUNHUT). Estas nos interesan porque plantean qué informaciones ofrece el bien jurídico tutelado para la delimitación del texto legal y se dirigen básicamente al juez y a la dogmática penal a fin de determinar qué nuevos compromisos con la legalidad deben esperarse del funcionamiento de la agencia judicial.(2)

Este trabajo busca, también, ponderar el aporte que dio el voto en comentario a la interpretación en materia penal, el cual elimina la posibilidad de sostener, en Costa Rica, que bien jurídico protegido por tal o cual disposición legal es lo que dice el título de una Sección o de un artículo de la ley penal y no lo que se extrae de la lectura del propio texto del artículo u artículos.

1. RESUMEN DEL FALLO:

Ante la consulta hecha por el Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Segunda acerca de la constitucionalidad del artículo 328 del Código Penal, la Sala Cuarta señaló varios aspectos que a continuación resumimos:

1. Que la obligatoriedad que se impone al autor de un accidente, de permanecer en el lugar del accidente, con el fin de que pueda ser identificado, es incompatible con el planteamiento del artículo 39 de la Constitución que exige la "necesaria demostración de culpabilidad"

2. Que el bien jurídico protegido por el artículo en mención está arbitrariamente asimilado al que tutelan otras figuras delictivas que forman parte de ese mismo título. Para el tribunal constitucional, esto lleva a absurdas consecuencias



3. Que el bien jurídico se extrae del texto del artículo y no de su colocación en algún título de código penal.

II. ELEMENTOS PARA UN CONCEPTO DE BIEN JURIDICO:

i. ¿Qué es bien jurídico?

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, la existencia de un objeto de protección que acompañe a toda prohibición -y máxime si es penalmente conminada- 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.

Como lo postula FERRAJOLI, el problema del bien jurídico no es otra cosa más (y nada menos) que el problema de los fines del Derecho Penal; y al plantearse sus fines encontramos que los soportes ideológicos que tradicionalmente sostenían 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(3). De acuerdo con los datos, el derecho penal no sólo no ha funcionado para combatir la delincuencia, sino que su aplicación ha generado una gran violencia institucional.

¿Qué es bien jurídico?. Si aceptamos que los seres humanos somos el centro del quehacer social -en tanto el postulado principal de la república es, precisamente, el ser humano-, podría decirse que 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 individuales y de ciertos límites de relación entre sujetos y de relación entre el poder estatal y los sujetos (en el tanto la colectividad y no un grupo específico sean los beneficiarios). Desde este punto de vista, el bien jurídico no es patrimonio sólo del derecho represivo, sino del derecho, como regulador de relaciones interpersonales y sociales.

Para entender mejor el término, es importante no perder de vista que el concepto de bien jurídico, de acuerdo con HASSEMER " es obra del pensamiento de la ilustración. Lo fundamentó y formuló PAUL JOHANN ANSELM FEUERBACH como arma contra una concepción moralizante del Derecho Penal. 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".(4) Zaffaroni lo define así: "...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".(5)

ii. El contenido del término bien jurídico.

Es válida, por ello, la pregunta ¿qué es lo que se protege: el ente como una abstracción, (p. ej. la vida, la propiedad, el honor, en general) o el ente, entendido como la relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto (por ejemplo, la relación de disponibilidad de un sujeto social con su vida, con su libertad)?.

En realidad una postura republicana implica aceptar la segunda posibilidad: que 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 este 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: que el contenido del bien jurídico es la protección de un concepto, como abstracción; en este caso obtendríamos un derecho protector de abstracciones, no de realidades. Así, con el término bien jurídico estaremos protegiendo aparentemente muchas cosas -orden público, moral pública, p. ej.-, que no se sabe a ciencia cierta qué significan: orden público puede tener diversos 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; así terminaríamos por no proteger nada de tanta abstracción protegida. 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: en relación con el transporte, en relación con las contrucciones, en relación con ... (aspectos que pueden, si se quisiera, conformar a posteriori una noción de orden público). Nótese cómo, partiendo de la posición que hemos asumido, quien hace la ley 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 nuestra constitucionalidad.

iii. Las potestades legislativas.

Otra pregunta fundamental es ¿quién señala qué se debe proteger?.

Obviamente, dentro de un régimen como el costarricense, el estado, entendido como los diversos grupos sociales representados en el órgano legislador que, en última instancia, hace las leyes, es quien debe tomar la decisión de qué debe tutelarse y de lo tutelado qué debe tener conminación penal. De esta manera, al hablarse de bien jurídico nos estaríamos refiriendo 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 un pulso objetivo 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, lo jurídico es su sostén y su límite. P. ej., la vida es un problema político fundamental y por ello se regula legislativamente su protección. De ahí que la normativización de la protección es un asunto del derecho, pero el origen de su tutela jurídica responde a una voluntad política.

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

De lo dicho, además de lo anterior, es posible deducir una distinción entre derecho, como tutela de bienes fundamentales y derecho como mero reglamentismo; este aspecto lo tocaremos en otro momento, no en este comentario.

iv. Sobre el derecho de castigar.

El derecho penal tutela bienes jurídicos; 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, en Costa Rica, lo impone el artículo 28 párrafo segundo de la constitución.

De acuerdo con Zaffaroni, el postulado que recoge el párrafo segundo del 28 constitucional tiene las siguientes consecuencias:

a. El Estado no puede imponer una moral; b. El Estado reconoce una zona de libertad: c. 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 esa autonomía ética; d. 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 (vida, honor, patrimonio, salud, etc.).

II. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL BIEN JURIDICO EN COSTA RICA.

El principio de legalidad (artículo 39 de la Carta Magna), 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.



Por su parte, el artículo 28 constitucional en relación con el artículo 39 citado, subraya el requisito indispensable de la tutela de Bienes Jurídicos o principio de ofensividad (FERRAJOLI), principio que aparece también como 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 tutelén un bien jurídico específico.

Así, tenemos que el *ius puniendi* del Estado costarricense está limitado no sólo por los elementos del tipo penal, sino que también es necesario costatar que la conducta lesione, significativamente, el bien jurídico que necesariamente debe contener todo tipo penal, ya que una descripción penal sin bien jurídico (y este es un axioma constitucional, a partir de la resolución en comentario) no puede ser aplicada para justificar una sanción.

Siguiendo el fallo en comentario, podemos concluir que para la Constitución, los bienes jurídicos no son valores ético-sociales en abstracto, sino relaciones de disponibilidad que poseemos los habitantes de la República con nuestros ámbitos de libertad, que han sido valorados positivamente por el legislador y que encuentran protección penal en la medida en que este legislador haya considerado que son fundamentales para sostener la convivencia. Esta postura sobre el Bien Jurídico, plenamente congruente con el carácter republicano de nuestra democracia (y de ahí congruente con el marco constitucional garantista) 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 principios de interpretación de la Ley Penal que sean de utilidad para un determinado ordenamiento jurídico.

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 que se puede comprender cuál es el ámbito de protección de la norma y hasta dónde debe llegarse en su tutela. Por ello es que la resolución en comentario señala la necesidad de que para indagar sobre el bien jurídico sea necesario atender a todos los elementos del tipo penal y no a su ubicación dentro del algún título o aparte de la ley.

Y lleva razón la Sala, pues el Bien Jurídico es el postulado que predica hasta dónde quiso llegar el legislador en la protección penal al decirnos cuáles son los límites de la norma penal (de lo prohibido). En otras palabras, el analizar el Bien Jurídico como objeto de protección nos informará qué se quiso proteger, ni más ni menos, 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 de sentido con lo que denominamos Estado de Derecho Republicano, el cual se fundamenta en el carácter fragmentario del derecho penal, es decir, en 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, tenemos que el Bien Jurídico es más bien una representación legislativa de ámbitos de libertad y un reconocimiento factual del compromiso del derecho con el ser humano. El Estado, en esta tesitura constitucional, solo puede ayudar a realizar al hombre respetándole esa libertad, limitando la ingerencia de las agencias del control penal solo a aquellos sectores de la vida social que requieran de una tutela enorme a fin de no poner en peligro la continuidad del proyecto global de aquella organización (proyecto que tampoco puede ser contradictorio con la fundamentación antropológica que debe tener la reacción penal). Así, 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."(6)

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: la acción del sistema quedará circunscrita a aquellas afectaciones de los bienes jurídicos que estén tuteladas penalmente. Esto es muy importante dentro del contexto general de la exposición que se hace en este trabajo, ya que 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 significa, para esos órganos, la identificación inmediata de la legitimación de su trabajo. 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, existen ámbitos libres de regulación jurídica (HIRSH), 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 para el 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 que haya sido valorada legislativamente y que resulte relevantemente violada por una conducta humana. Esto nos conduce a que no se puede hablar de derecho penal represivo porque sí sino en tanto y en cuanto se sostenga desde el punto de vista de la reacción frente a una afectación sustancial del bien jurídico. Tal es la consecuencia a la que nos lleva la integración de los fines constitucionales de realización del ser humano con los evidentes límites a los que se enfrenta el sistema de justicia penal, al menos desde la perspectiva de su discurso legitimador oficial.(7)



Esta posición sobre el Bien Jurídico, la cual es eminentemente constitucional, es una forma de brindar contenido garantista y liberal a la aplicación de la Ley Penal, ya que el delito no se definirá simplemente como un desviación al mandato jurídico sino por la oposición, lesión o peligro de valores ético 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 que hemos llamado bien jurídico.

Resulta consecuencia lógica de esta tesis que el acto legislativo de descripción de una conducta penalmente conminada es, al mismo tiempo, un acto de tutela del "ente" o la "relación" fundamental a que esa norma alude. 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.(8) 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, 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 (conducta contraria al Derecho) sería 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.(9)

Queda para un trabajo posterior examinar las consecuencias para la teoría del delito que tiene esta importante resolución de la Sala Constitucional, baste por el momento subrayar que este voto que hoy analizamos contiene un paso de incalculable importancia hacia la contextualización garantista de los principios derivados del artículo 39 constitucional. Lo que podamos hacer a partir de este fallo estará marcado por la impronta que esa ideología garantista produzca en el trabajo cotidiano de interpretación de la ley penal, impronta que puede asegurar un futuro con menos violencia en el funcionamiento de la agencia judicial.

Bibliografía

BAJO FERNANDEZ (Miguel)," Una respuesta a ciertas críticas sobre el cometido dogmático del Bien Jurídico", en Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, Cali, Colombia, Número 3, II Semestre de 1980.

FERNANDEZ CARRASQUILLA (Juan), Derecho Penal Fundamental, Bogotá, Colombia, Temis, reimpresión de la Segunda Edición, 1989, Volumen Primero, 1989.

HASSEMER, (Winfried), Fundamentos de Derecho Penal, Barcelona, España, Bosh, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Araya Zapatero.

HASSEMER, (Winfried), "El Bien Jurídico en la relación de tensión entre Constitución y Derecho Natural (Aspectos Jurídicos)", San José, Costa Rica, documento mimeografiado, Traducción al español realizada por el Dr. Walter Antillón.

HOUED VEGA (Mario) y SÁNCHEZ ROMERO (Cecilia), La Abolición del Sistema Penal. Perspectivas de solución a la violencia institucionalizada, San José, Costa Rica. EDITEC Editores S.A., Primera Edición, 1992.

MAURACH (Reinhart), Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962.

OLESSA MUÑIDO, Estructura de la infracción penal en el Código Español vigente, Ariel, 1971.

ZAFFARONI (Eugenio Raúl), Sistemas Penales y Derechos Humanos, Informe Final, EDIAR, 1989.

ZAFFARONI (Eugenio Raúl), Manual de Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, EDIAR, 1989.

ZAFFARONI (Eugenio Raúl), En busca de las Penas Perdidas, Buenos Aires, EDIAR, 1991.

Jurisprudencia Consultada:

Sala Tercera, Voto 188-F de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del nueve de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro.

Sala Cosntitucional, Voto 1739-92 de las once horas y cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

NOTAS:

1 En torno a este problema pueden observarse dos posiciones: 1. que todo derecho punitivo sea penal; 2. que existen zonas de otros derechos con su propio sistema punitivo. Escoger la primera, significa sostener que las reglas del derecho penal deben ser aplicadas a todo aspecto represivo del Estado; la segunda posición lleva a derechos represivos independientes del penal. Esta segunda posición debe ser tomada con cuidado, pues podría acarrear derechos penales especiales con reglas independientes. Conforme a la reciente jurisprudencia de la Sala Constitucional, muy especialmente del fallo 1739-92, la interpretación de la Carta Magna se orienta en el camino que conduce a sostener la primer tesis. No obstante, el tema por su hondura y trascendencia para nuestro sistema democrático debe ser analizado en un trabajo aparte que sin

duda deberemos acometer en un futuro cercano.

2. Sin embargo, compartimos con HASSEMER el criterio que el concepto sistemático de bien jurídico no puede escindirse o separarse de las postulaciones del concepto de carácter crítico, las cuales suelen dirigirse al legislador penal como solicitud para que limite la criminalización, por ende, son contenidos de la política criminal y atienden a su legitimidad. Lo sistemático y lo crítico del concepto están siempre vinculados como vinculadas están, en la realidad, las consecuencias de la tutela penal y la reacción estatal al injusto. Por el momento nuestro interés está enfocado en las consecuencias del concepto para la interpretación y la aplicación de la Ley Penal, por ello, las otras facetas del problema deben dejarse para una investigación posterior. Sobre los conceptos sistemático y crítico del bien jurídico debe consultarse HASSEMER (Winfried), "El Bien Jurídico en la relación de tensión entre Constitución y Derecho Natural (Aspectos Jurídicos)", San José, Costa Rica, documento mimeografiado, Traducción al español realizada por el Dr. Walter Antillón, pp.1-2

3. Una serie de investigaciones realizadas en América Latina dan cuenta de la violencia del ejercicio del poder penal, violencia que no encuentra ninguna justificación en el tradicional discurso dogmático ni tampoco en las aspiraciones "aparentes" de los sistemas sociales de la región, y que riñen directamente con las aspiraciones garantistas y iushumanistas en boga. Al respecto, puede consultarse ZAFFARONI (Eugenio Raúl), Sistemas Penales y Derechos Humanos, Informe Final, EDIAR, 1989, HOUED Y OTROS, Penas Alternativas, EDIAR, 1992, En Busca de las Penas Perdidas, Buenos Aires, Ediar, 1989.

4. Zaffaroni (Eugenio Raúl), Manual de Derecho Penal, Buenos Aires, EDIAR, 1989, p. 289

5. Hassemer (Winfried), Fundamentos del Derecho Penal, Barcelona, España, BOSCH, 1984, p.37

6. SANCHEZ ROMERO (Cecilia) y HOUED VEGA (Mario), La Abolicóni del Sistema Penal Perspectiva de solución a la violencia institucionalizada, San José, Costa Rica, EDITEC Editores S.A. Primera Edición, 1992, p. 56

7. Aceptamos, sin embargo, que para el funcionamiento cotidiano del sistema de justicia penal estos valores que hemos llamado "intrasistemáticos" son altamente criticados y soslayados, precisamente porque ponen en franca evidencia que el sistema de justicia penal "...no es apto para proporcionar defensas eficaces a los derechos humanos..." o para realizar una determinada forma de hombre en la sociedad. La idea de bien jurídico, junto con las definiciones dogmáticas de la función de la pena, son quizá los conceptos del discurso legitimador del derecho penal que le producen mayores problemas a las agencias del control penal para ocultar esas funciones que causan tanto deterioro a nuestras sociedades.

8. La definición de cuáles bienes deben ser penalmente tutelados es el resultado de una definición de política criminal, y su función conceptual constituye algo negativo, esto es, una limitación del derecho penal, porque impide al legislador penal legislar si no es para asegurar la tutela de un bien



jurídico, "...asegura el "status negativus" de la libertad privada de acción antes de cualquier intervención estatal." HASSEMER, "Bien Jurídico...", p, 4.

9. Ibid., p.5.”

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

FUENTES CITADAS

1 CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo. El bien jurídico propiedad. Artículo de revista publicado en Revista Estudiantil de Investigaciones Jurídicas. Facultad de Derecho de la U.C.R. San José. C.R. 1984. pp 53-59.

2 ISSA EL-KHOURY JACOB, Henry y CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo.

Bien jurídico y derecho de castigar del estado. comentarios sugeridos por una sentencia de la sala constitucional. Artículo de Revista publicado en revista de ciencias penales N° 7. Año 5. 1993. Extraído de la página oficial de la Asociación de Ciencias Penales, visitada el 18/11/2009. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/revista7f.htm>