

Gianni Egidio Piva Torres

Elsa Norma Delgado Rueda

TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO POR EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

Referencia a los Principales
Bienes Jurídicos de los Tipos
Penales del Código Penal

Prólogo
Alfonzo Granadillo Malave



La obra desarrolla uno de los aspectos más importantes del Derecho Penal, por cuanto de un lado legitima el *ius puniendi*, pero por otro ejerce su función como limitante del mismo. En la obra se estudia el bien jurídico tutelado, desde las primeras doctrinas hasta las más recientes expresiones jurídicas dogmáticas en la materia. En su estudio, los autores parten de la distinción y fuente del bien jurídico, sus principios y titularidad, para luego adentrarse en el estudio temático en cada uno de los tipos penales consagrados en el Código Penal Español.



ISBN: 978-84-122429-0-4

9 788412 242904

TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO POR EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

Referencia a los Principales Bienes Jurídicos de los Tipos Penales del Código Penal

GIANNI EGIDIO PIVA TORRES
ELSA NORMA DELGADO RUEDA

TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO POR EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

**Referencia a los Principales
Bienes Jurídicos de los Tipos
Penales del Código Penal**

Prólogo
Alfonzo Granadillo Malave

Dr. en Derecho Penal, profesor Universitario, Presidente del Colegio de
Abogados del Estado Carabobo Venezuela, abogado en ejercicio

Barcelona
2020



© SEPTIEMBRE 2020 GIANNI EGIDIO PIVA TORRES
ELSA NORMA DELGADO RUEDA

© SEPTIEMBRE 2020



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-122429-0-4

ISBN digital: 978-84-122429-1-1

D.L: B 17151-2020

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

Dedicatoria

*A DIOS primeramente, por cuánto todo lo alcanzado
ha sido gracias a su bondad, guía y dirección.*

*A San MIGUEL ARCÁNGEL que siempre ha estado
a mí alrededor protegiéndome y orientándome.*

VIRGEN DE COROMOTO.

A la Madre Partía España que nos dio la lengua, castellana.

Al amigo y librero Don JAIRO ALBERTO ACOSTA QUIJANO.

*A nuestros, Editores, en Colombia: Dr GUSTAVO IBAÑEZ,
en España JAVIER BOSCH*

E.N.D.R.

A mis Padres que fueron faro, proporcionándome siempre luz, enseñándome el amor por el estudio, la importancia de la responsabilidad, la abnegación, entrega, honestidad y disciplina en toda labor desempeñada en la vida. Insistiendo siempre en la libertad y el respeto.

A mis hijos y a MARIA PAZ, que han sido fuente de inspiración, y siempre han estado ahí presentes y prestos a apoyar.

G.E.P.T.

A mi hija GIANNA COROMOTO, un regalo de mí amada Esposa.

A IDANIA DIAZ, una mujer especial hoy en el plano celestial (amada esposa).

A la patria Colombiana.

Al Dr. FELIX PALMA ARISMENDI.

A SARA SUAREZ.

A mi Buen amigo Dr. ALFONZO GRANADILLO MALAVE.

Al nuevo integrante de la familia, de origen Canino PEPE BARIGONON.

«Los hombres que no perdonan a las mujeres sus pequeños defectos jamás disfrutarán de sus grandes virtudes».

KHALIL GIBRAN (1883-1931)
Ensayista, novelista y poeta libanés

Índice

Prólogo 21

Siglas 25

CAPÍTULO I

CONSIDERACIONES ACERCA DEL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO TUTELADO	27
1. Generalidades	27
2. Definición de bien jurídico tutelado	33
3. Determinación del bien jurídico en la constitución / criterio ROXIN.....	37
4. Mutabilidad del concepto del bien jurídico.....	38
5. Cuestiones límites de la protección de bienes jurídicos.....	38
6. Teorías primarias sobre el bien jurídico tutelado.....	39
6.1. Teoría de los derechos subjetivos de FEURBACH.....	39
6.2. Teoría de los derechos subjetivos de BIRNBAUM	40
6.3. Teoría de los derechos subjetivos de <i>Ius</i> racionalismo.....	42
6.4. El sicologismo (la dañosidad social) / Teoría de la dañosidad social de VON IHERRING.....	46
6.5. Teoría del bien jurídico de BINDING	49
6.6. Teoría del bien jurídico de VON LIZT	50
7. Posición de la doctrina Colombiana bien jurídico.....	51
7.1. Posición de REYES ECHANDIA.....	51

7.2. Posición de GÓMEZ LÓPEZ.....	53
8. Criterio de la Sala Penal	54
 CAPÍTULO II	
NUEVAS TEORÍAS	55
1. Nocividad social.....	55
2. Escuela neokantiana teleológica.....	59
3. Teoría Sociológicas / Teoría sistemática del bien jurídico	61
4. Teoría sistémico-funcionalistas del bien jurídico / El funcionalismo y la dañosidad social	66
 CAPÍTULO III	
BIEN JURÍDICO Y CONSTITUCIÓN	71
1. Generalidades	71
2. Derechos fundamentales y valores constitucionales en relación con los bienes jurídicos	74
3. Se derivan de la Constitución los bienes jurídicos protegidos penalmente	77
4. Las Obligaciones constitucionales de penalización	79
 CAPÍTULO IV	
CONTENIDO DE ANTIJURIDICIDAD MATERIAL Y BIEN JURÍDICO	81
1. Generalidades	81
2. Desvalor del acto.....	83
3. Desvalor del resultado.....	84
4. Principio del bien jurídico.....	88
5. Márgenes constitucionales en el ejercicio de la potestad de configurar los delitos / Criterio Corte Constitucional	89
5.1. El principio de legalidad y sus dos vertientes	90

5.2. El principio de estricta legalidad y los tipos penales abiertos y en blanco	92
6. Principio de Proporcionalidad	96
CAPÍTULO V	
CONSIDERACIONES ACERCA DE CARÁCTER FRAGMENTARIO, SUBSIDIARIO Y DE ÚLTIMA <i>RATIO</i>	99
1. Principio de intervención mínima.....	99
1.1. Principio de intervención mínima / criterio Corte Constitucional	101
2. Carácter fragmentario	102
2.1. Carácter fragmentario / criterio Sala Penal	102
3. Instrumento de última <i>ratio</i>	105
3.1. Instrumento de última <i>ratio</i> / criterio Corte Constitucional.....	107
4. Carácter subsidiario	107
4.1. Carácter subsidiario / Criterio de la Corte Constitucional	108
CAPÍTULO VI	
TITULAR DEL BIEN JURÍDICO	109
1. Generalidades	109
2. Análisis histórico de la personalización del Estado como titular de los bienes jurídicos	110
2.1. SAMUEL PUFFENDORF	111
2.2. THOMASIUS	112
2.3. FEUERBACH	112
2.4. Nuestra posición.....	113
3. El individuo como ente principal de protección penal	114
4. Sociedad e Individuo como titulares de los bienes jurídicos.....	117

CAPÍTULO VII

BIEN JURÍDICO DE LOS TIPOS PENALES DEL CÓDIGO PENAL ..	119
1. Genocidio	121
2. Feminicidio	123
3. Homicidio por piedad.....	124
4. Infanticidio	125
5. Lesiones Personales	126
6. Aborto	130
7. Lesiones al Feto	131
8. Abandono de Menores y Personas Desvalidas	133
9. Omisión de Socorro.....	134
9.1. Bien Jurídico Tutelado en el Delito de Omisión De Socorro	135
10. Manipulación Genética	137
10.1. Repetibilidad de seres Humanos	140
10.2. Fecundación y Tráfico de Embriones Humanos.....	141
11. Actos de Discriminación.....	142
12. Delitos Contra Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario	144
12.1. Tortura en persona protegida	146
12.2. Trata de Personas en Persona Protegida con Fines de Explotación Sexual.....	147
12.3. Utilización de Medios y Métodos de Guerra Ilícitos	148
12.3.1. Perspectiva constitucional del bien jurídico tutelado.....	149
12.4. Perfidia	149
12.5. Actos de Terrorismo	150
12.6. Tratos Inhumanos y Degradantes Experimentos Biológicos en Persona Protegida.....	155
12.7. Actos de Discriminación Racial	155

12.8.	Toma de Rehenes.....	158
12.9.	Detención Ilegal y Privación del Debido Proceso	159
12.10.	Constreñimiento a Apoyo Bélico	160
12.11.	Despojo en el Campo de Batalla	161
12.12.	Omisión de Medidas de Socorro y Asistencia Humanitaria	161
12.13.	Obstaculización de Tareas Sanitarias y Humanitarias ...	164
12.14.	Destrucción y Apropiación de Bienes Protegidos	165
12.15.	Destrucción o Utilización Ilícita de Bienes Culturales y de Lugares de Culto	165
12.16.	Ataque Contra Obras e Instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.....	167
12.17.	Represalias.....	167
12.18.	Deportación, Expulsión, Traslado o Desplazamiento Forzado de Población Civil	168
12.19.	Reclutamiento Ilícito / Bien Jurídico Tutelado en Críterio de la Corte Constitucional.....	169
12.20.	Exacción o Contribuciones Arbitrarias	170
12.21.	Destrucción del Medio Ambiente.....	170
13.	Delitos Contra la Libertad Individual y otras Garantías Desaparición Forzosa / Desaparición Forzada.....	172
14.	Secuestro.....	176
15.	Apoderamiento y Desvió de Aeronaves, Naves o Medios de Transporte Colectivo	178
16.	Detención Arbitraria	179
17.	De los Delitos Contra la Autonomía Personal.....	180
17.1.	Desplazamiento Forzado.....	181
17.2.	Constreñimiento Ilegal	183
17.3.	Trata de Personas	184
17.4.	Uso de menores de edad para la comisión de delitos.....	187

18.	Delitos Contra la Inviolabilidad de Habitación o Sitio De Trabajo	189
19.	De la Violación a la Intimidad, Reserva e Interceptación de Comunicaciones.....	191
19.1.	Bien jurídico protegido conforme a la jurisprudencia.....	193
20.	De los Delitos Contra la Libertad de Trabajo y Asociación.....	196
21.	De los Delitos Contra el Sentimiento Religioso y el Respeto a los Difuntos	197
22.	Irrespeto a Cadáveres / Bien Jurídico Conforme a la Jurisprudencia Corte Constitucional	199
23.	Delitos Contra la Libertad-Integridad y Formación Sexuales ..	200
24.	Actos Sexuales Abusivos	201
25.	De la Explotación Sexual.....	202
26.	Integridad Moral de la Injuria y la Calumnia	203
27.	De la violencia intrafamiliar.....	206
28.	De la Mendicidad y Tráfico de Menores.....	209
29.	De la Adopción Irregular	210
30.	De los Delitos Contra la Asistencia Alimentaria	211
31.	Del Incesto / Bien Jurídico Tutelado Conforme al Criterio de Corte Constitucional	212
32.	De la Supresión, Alteración o Suposición del Estado Civil	214
33.	Hurto	215
33.1.	Bien jurídico protegido en hurto entre socios / criterio Corte Constitucional.....	217
33.2.	Abigeato	217
34.	Extorsión	217
35.	Estafa	218
36.	Fraude Mediante Cheque	220
37.	Del Abuso De Confianza	221

38.	Corrupción Privada.....	221
38.1.	Administración desleal.....	223
39.	De las Defraudaciones	223
40.	Defraudación de Fluidos.....	224
41.	De la Usurpación	224
42.	Del Daño	226
43.	De los Atentados Contra la Confidencialidad, la Integridad y la Disponibilidad de los Datos y de los Sistemas Informáticos .	227
43.1.	Suplantación de Sitios Web Para Capturar Datos Perso- nales	229
44.	De los Atentados Informáticos y otras Infracciones	229
44.1.	Transferencia no Consentida de Activos	233
45.	De los Delitos Contra el Patrimonio Cultural Sumergido.....	236
46.	De los Delitos Contra los Derechos de Autor	240
46.1.	Bien jurídico tutelado-Protección constitucional (Crite- rio Sala Penal)	243
46.2.	Violación a los Derechos Patrimoniales de Autor y De- rechos Conexos	245
46.3.	Violación a los Mecanismos de Protección de Derechos de Autor y Derechos Conexos y otras Defraudaciones....	246
47.	De la Falsificación de Moneda.....	247
47.1.	Bien jurídico estricto en el delito Falsificación de moneda nacional o extranjera.....	249
48.	De la Falsedad en Documentos	250
48.1.	Bien jurídico tutelado criterio de la Sala Penal / Falsedad ideológica en documento público - El bien jurídico pro- tegido es la fe pública	252
49.	Del Acaparamiento, la Especulación y otras Infracciones	253
50.	De los Delitos Contra el Sistema Financiero.....	255

51.	Del Contrabando / Bien Jurídico Tutelado Criterio Sala Constitucional	257
52.	Del Lavado de Activos. (Blanqueo de capital)	259
52.1.	Bien Jurídico Protegido y Cuestiones de Política Criminal	259
52.2.	¿Existe un Interés Susceptible de Tutela Penal?	260
52.3.	La Necesidad de Promocionar el Lavado de Activos	260
52.4.	Bien Jurídico Menoscabado por el Delito Previo	261
52.5.	Criterio Jurisprudencial de la Sala de Casación Penal.....	263
52.6.	Bien Jurídico Conforme a la Interpretación Teleológica de la Norma	264
52.7.	Protección a la Libre Competencia como Bien Jurídico Directamente Menoscabado	267
52.8.	El Menoscabo de la Estabilidad y Solidez del Sistema Financiero. Su Carácter Subsidiario	268
53.	De los Delitos Contra los Recursos Naturales y el Medio Ambiente	270
53.1.	Criterio de la Corte Constitucional sobre el bien Jurídico Protegido.....	277
54.	Delitos Contra la Vida, la Integridad Física y Emocional de los Animales	278
55.	Del Concierto, el Terrorismo, las Amenazas y la Instigación	280
55.1.	Terrorismo	284
56.	De los delitos de peligro común o que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad y otras infracciones	285
56.1.	Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro concreto criterio de la Corte Constitucional.....	286
57.	De los delitos contra la salud pública / de las afectaciones a la salud pública	289
58.	Del tráfico de estupefacientes y otras infracciones	291
58.1.	Criterio de la Sala Penal / Bien jurídico protegido.....	294

58.2. Nuestra posición sobre el bien jurídico tutelado.....	295
59. Existencia, construcción y utilización ilegal de pistas de aterrizaje.....	297
60. Delitos contra mecanismos de participación / democrática de la violación al ejercicio de / mecanismos de participación democrática	297
61. Bien jurídico propio del tipo penal en criterio de la Sala Penal.	302
62. Delitos contra la administración pública del peculado	303
63. Tráfico de Influencias.....	304
64. Enriquecimiento ilícito	305
65. Prevaricato	305
66. De la Usurpación y Abuso de Funciones Públicas	306
67. De la utilización indebida de información y de influencias derivadas del ejercicio de función pública	310
68. Soborno transnacional	311
69. Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia de las falsas imputaciones ante las autoridades.....	313
70. Omisión de denuncia de particular	315
71. De la fuga de presos	316
72. Del fraude procesal y otras infracciones	317
73. Delitos contra la existencia y seguridad del estado delitos de traición a la patria.....	318
Bibliografía	323

Prólogo

Los Dres. GIANNI EGIDIO PIVA TORRES y ELSA NORMA DELGADO RUEDA, me han dado el honor, al solicitarme prologar su más reciente obra denominada: TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO POR EL DERECHO PENAL ESPAÑOL. El prologar esta obra, es hablar de dos abogados de gran trayectoria jurídica, quienes son grandes apasionados del Derecho Penal, y en especial de la Dogmática del Derecho Penal.

GIANNI EGIDIO PIVA TORRES y ELSA NORMA DELGADO RUEDA, son juristas, el primero Venezolano, la segunda Colombiana, que se han caracterizado por sus valiosos aportes al derecho. La Dra. ELSA NORMA, recientemente publicó una obra de gran valor jurídico en la actualidad, como lo es el Delito de **Trata de Personas**, con la prestigiosa editorial Ibáñez, casa para la cual el Dr. GIANNI EGIDIO igual ha publicado algunas de sus obras. Por lo tanto, estamos en presencia de dos versados abogados que se han caracterizado por la difusión de la cultura jurídica de Venezuela y Colombia, pueblos hermanos por demás.

La obra de la cual vamos a hablar está publicada en el prestigioso sello J.M. Bosch Editor de Barcelona, España, cuestión que como las anteriores deja en claro el prestigio de los autores, por lo exigente de esta casa editorial.

Entrando en materia, el presente trabajo versa sobre el bien jurídico en el Derecho Penal, elemento de suma importancia en esta rama

del saber jurídico, pues como bien lo indican los autores, solo con la puesta en amenaza de este elemento es que estaremos en presencia de un delito.

Al referirse al bien jurídico tutelado la doctrina lo deja claro al definirlo en los siguientes términos: CARRASQUILLA, al comentar sobre el bien jurídico tutelado, señala: «*Este es un concepto básico nuclear del derecho penal liberal que constituye el epicentro de la teoría del delito y de la pena en un Estado Social y democrático de derecho cuyo valor central es la persona*». En definición de IHERING, bien jurídico es todo aquello: «*que nos puede servir, para provecho del hombre*». En nuestro entender, el concepto de IHERING, es cualquier cosa apta para satisfacer una necesidad humana. Puede consistir en un objeto del mundo exterior, un vehículo, la vida, nuestro derecho a la sexualidad libre. En definición de WELZEL: «*el bien jurídico es lo que está en función de la vida social y que reciben de ella su influjo, por lo tanto son valores-sociales*»¹.

Cuando los autores se refieren al bien jurídico, en los siguientes términos: «*son cualquier cosa apta para satisfacer una necesidad humana, puede consistir en un objeto del mundo exterior, un vehículo, la vida, nuestro derecho a la sexualidad libre*, se están refiriendo a valores Constitucionales, que el constituyentista ha considerado de gran importancia, por no decir de suma importancia, para el hombre en la vida de la sociedad, valores que se enaltecen en un estado como el Español, al ser éste como lo indica el art. 1. Num. 1: «*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...*» como son:

- La vida,
- La salud,
- La propiedad.

1 Extracto tomado de la obra que se comenta.

Por señalar algunos, esto como bien lo explican los autores, los bienes jurídicos no tienen que ser producto de protección constitucional, ya se puede encontrar bienes jurídicos de protección legal, e incluso algunos productos de Política Criminal.

El punto más didáctico que he visto del trabajo, es el análisis de los principales tipos penales de la legislación española, en lo atinente al bien jurídico, cuestión esta que viene a resolver un vacío, y a facilitar al lector la ubicación de estos, asunto que en ocasiones no es fácil, y los mismos se encuentran analizados en diversas monografías y tratados que en ocasiones hasta están fuera del mercado.

Por lo tanto no me queda más que recomendar la obra, que por su contenido teórico práctico, se recomienda por sí sola, aunado a la calidad y conocimiento versado sobre la materia de los autores.

A los 21 días del mes de Julio del año 2020.

Dr. ALFONZO GRANADILLO MALAVE

Dr. en Derecho Penal, profesor Universitario, Presidente del Colegio de Abogados del Estado Carabobo Venezuela, abogado en ejercicio.

Siglas

Art.	Artículo.
CC.	Código Civil.
CCOM.	Código de Comercio.
CE.	Constitución Española.
CG.	Convención de Ginebra.
CIDH.	Convención Interamericana de Derechos Humanos.
CIEFDR.	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.
CIPSEVCM.	Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer Convención de Belem Do Para.
CP.	Código Penal.
CPBCCARAC.	Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y Reglamento para la aplicación de la Convención 1954.
CPC.	Constitución Política de Colombia.
CPPCS.	Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático.

DDHC.	Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.
DIH.	Derecho Internacional Humanitario.
DRAE.	Diccionario de la Real Academia Española.
DUDH.	Declaración Universal Derechos Humanos.
EMCPC.	Exposición de Motivos Constitución Política de Colombia.
Exp.	Expediente.
FMI.	Fondo Monetario Internacional.
LOPJM.	Ley Orgánica, de Protección Jurídica del Menor.
LOTC.	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
MP.	Magistrado Ponente.
OMS.	Organización Mundial de la Salud.
ONU.	Organización de Naciones Unidas.
PIDCP.	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
PPRSTPMN.	Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
RPCCA.	Reglamento de Protección y Control de la Calidad del Aire.
TSE.	Tribunal Supremo Español.
USA.	Estados Unidos de América.

CAPÍTULO I

Consideraciones acerca del concepto de bien jurídico tutelado

SUMARIO: 1. Generalidades; 2. Definición de bien jurídico tutelado; 3. Determinación del bien jurídico en la constitución / criterio ROXIN; 4. Mutabilidad del concepto del bien jurídico; 5. Cuestiones límites de la protección de bienes jurídicos; 6. Teorías primarias sobre el bien jurídico tutelado; 6.1. Teoría de los derechos subjetivos de FEURBACH; 6.2. Teoría de los derechos subjetivos de BIRNBAUM; 6.3. Teoría de los derechos subjetivos de *Ius* racionalismo; 6.4. El sicologismo (la dañosidad social) / Teoría de la dañosidad social de VON IHERRING; 6.5. Teoría del bien jurídico de BINDING; 6.6. Teoría del bien jurídico de VON LIZT; 7. Posición de la doctrina Colombiana bien jurídico; 7.1. Posición de REYES ECHANDIA; 7.2. Posición de GÓMEZ LÓPEZ; 8. Criterio de la Sala Penal.

1. Generalidades

Desde la *Constitución Criminalis Carolina*, de 1532, hasta principios del siglo XIX, numerosos hechos se analizaban desde una interpretación arbitraria, por ejemplo: la palabra maldad (*boseheit*) se mezcla en múltiples hechos punibles, los cuales en realidad no quedan definidos ni precisados; sin embargo, se aplican una pena corporal a su realización. La voluntad del juzgador resultaba determinante para definir los hechos.

punibles, en virtud de que no se tenía una clara definición de lo que era delito o no.

Nos dice SALAS CAMPOS²: «*Antes de la ilustración, el delito se consideraba el simple hecho de no cumplir con las obligaciones o deberes impuestos, o como aquella maldad que infringía la ley*». Las definiciones del delito eran tautológicas e indeterminadas y hasta el siglo XVIII representaron una situación anarquice del derecho penal. Por ello los autores surgidos en la ilustración se inspiraron fundamentalmente en ideas que lograron la reforma total del espíritu del derecho penal.

Hoy en día es criterio, jurisprudencial, en el derecho penal Colombiano: «*En la legislación colombiana, la antijuridicidad está consagrada en el artículo 11 del Código Penal del año 2000, que establece: Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado por la ley penal.*»

«*La norma trascrita permite entender que en el país se acepta una concepción dual de la antijuridicidad (formal-material), porque para que la conducta típica sea antijurídica se requiere que sea contraria a derecho, y además, lesione o ponga en peligro un bien jurídico protegido por la norma penal*».³

Así, el periodo de la ilustración se caracterizó por descartar la situación jurídica intolerable en que se encontraba el derecho penal general, especialmente la del derecho penal espacial. De hecho, los filósofos de la ilustración tomaron preferentemente como objeto de ataque de sus ideas la situación que prevalecía en torno de las arbitrariedades cometidas en la aplicación del derecho penal. Los mayores esfuerzos de los ideólogos

2 Gonzales Sala Campo Raúl. Teoría del Bien Jurídico en el Proceso Penal. Editorial Oxford. Ciudad de Mexico 2001.

3 Bogotá, D.C., trece (13) de abril de dos mil dieciséis (2016). Corte Constitucional MP: Gloria Stella Ortiz Delgado. Exp: D-10946.

de la ilustración se centraron en combatir la tortura, las penas crueles y específicamente la de muerte. El primer autor del siglo XVIII que contribuyó a plantear la gran reforma a la política penal fue MONTESQUIEU, quien en 1748 escribió su famosa obra *El espíritu de las leyes* y posteriormente VOLTAIRE a quien se le reconoce como el filósofo del *ancien régime*. Las ideas de estos autores sirvieron de guía a las propias del espíritu de la ilustración francesa, y llamó la atención en especial el libro del joven CESAR BECARIA, de los delitos y las penas.

Cabe destacar como las críticas de los ilustradores se dirigieron contra los vestigios de las ideas esgrimidas durante la Edad Media, época en la que bajo la disposición de la voluntad de Dios, en cuyo caso se consideraba que los delitos eran de lesa majestad divina, como sucedía con la herejía, la blasfemia, el perjurio, la herejía o la brujería. Se estimaba que todos estos delitos eran de lesa humanidad contra la humanidad, pero cuando se contenían junto con el homicidio, robo, prostitución o adulterio, se les calificaba como ilícitos graves. El hecho delictivo era siempre y en primer lugar una violación contra la voluntad de Dios. Escribe en su obra CESAR BECCARIA: «*La cólera de Dios intimida las naciones y solamente se podrá sancionar con pena de sangre*».⁴

Con las ideas de la ilustración, sustentadas principalmente por LOCKE HUME, ROUSSEAU Y KANT, se establecieron las nuevas bases para que en la sociedad burguesa del Estado ocurriera un cambio en el derecho penal. De acuerdo con la idea del control social, si el Estado garantiza y protege, la libertad mutua de todos, cada hombre tendrá consigo por naturaleza propia, un derecho innato en la sociedad burguesa, de modo que en dicha sociedad se puedan fundar otros derechos individuales. De acuerdo con esto, la teoría del contrato tuvo una función doble:

- Por un lado, reconocer determinado objeto de protección, consistente en dar seguridad a los individuos, pero al mismo tiempo, de estos se exigía el deber de respetar el círculo de vida. Así se exigía tal deber y se creaban las condiciones fácticas de la organización social.
- La segunda función del Estado era de tipo normativo y consistía en permitir una declaración sobre el fin del Estado: los hombres renuncian a su estado natural para vivir juntos y en paz. Entonces el Estado debe retener (apartar) a algunos ciudadanos de acuerdo con el pacto social: aquellos que lesionan el orden social. Señala AMELUNG: «*El medio para cumplir esta misión consiste en aplicar la pena estatal, que llega a lesionar los derechos de los miembros de la sociedad*».

Los límites a la teoría de la lesión de los derechos se caracterizaron esencialmente por el papel que desempeñaba la intervención estatal. El Estado no tenía derecho a castigar con la pena el hecho que no revestía características esenciales de dañosidad social. Así se asentó en la DDH:

- «Art. 8. *La ley no debe imponer otras penas que aquellas que son estrictas y evidentemente necesarias; y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad a la ofensa y legalmente aplicada*».

Este es un antecedente del actual principio de legalidad, estatuido en la carta magna.

CE

- Art. 25. Núm. 1. *Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.*

Sobre el principio de la legalidad se pronuncia la doctrina forense, Colombiana de la Sala Penal: «*Cuando no existen dudas acerca de los hechos*