

**LA DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE INCESTO EN COLOMBIA  
A LA LUZ DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**

**PAOLA YADIRA ALMEIDA BELTRÁN**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
PROGRAMA DE DERECHO  
PASTO  
2012**

**LA DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE INCESTO EN COLOMBIA  
A LA LUZ DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**

**PAOLA YADIRA ALMEIDA BELTRÁN**

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar al Título Profesional  
de Abogada.**

**Director:  
DR. JOSÉ ANTONIO ÁLAVA VITERI**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
PROGRAMA DE DERECHO  
PASTO  
2012**

## **NOTA DE RESPONSABILIDAD**

“Las ideas y las conclusiones aportadas en este trabajo de grado son de responsabilidad exclusiva del autor”

Artículo 1.- El acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1966, emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

**Nota de aceptación**

---

---

---

---

---

---

**Firma del presidente del jurado**

---

**Firma del jurado**

---

**Firma del jurado**

San Juan de Pasto, Septiembre 5 de 2012.

## AGRADECIMIENTOS

En primer lugar agradezco el apoyo sincero y la amistad de todos los docentes y el personal que conforma la Facultad de Derecho y el Centro de Conciliación y Consultorios Jurídicos de la Universidad de Nariño, en especial, Dr. Leonardo Enríquez, Dr. Mario Muñoz, Dr. Manuel Coral, Dr. Juan Carlos Lagos, Dr. Cesar Enríquez, Dr. Victor Guerrero, Dr. Javier Peñaranda, Dr. Omar Cárdenas y Dr. Alonso Sevilla, su labor trascendental, dota la institución de mérito y disciplina académica.

Especialmente, expreso mi gratitud al Dr. José Antonio Álava, docente de la Facultad de Derecho y Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Pasto; su calidad humana y académica confieren a la enseñanza un alto nivel de compromiso y exigencia. Agradezco su invaluable colaboración al asumir la asesoría del presente trabajo y permitirme conocer el enfoque práctico del Derecho Penal en la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Pasto; lugar donde pude dimensionar la labor jurídica y el profesionalismo de su personal, entre quienes debo mencionar a la Dra. Graciela López, Dr. Jesús Ruano, Dr. Henry Santiago López, Dra. Tatiana Villamil, Dr. William Delgado y Dr. Orlando Patiño.

Agradezco a mi familia, por ser el pilar fundamental en la consolidación de mis logros.

Igualmente debo agradecer a mi amiga Natalia Coral, por su amena y constante compañía; pese a la distancia, por su incondicionalidad y el grato recuerdo de muchos días llenos de anécdotas y sonrisas que siempre quedarán en la memoria; a mi amiga Daniela Martínez, por una amistad llena de hermosas remembranzas, a mi amiga Karol Escobar, por su compañía infaltable, su apoyo, su aprecio, al igual que, a mis amigas y compañeras de labores académicas, Johana Guerrero y Anamaría Cortes, por su invaluable amistad, por todas las experiencias compartidas, por las tardes de tertulia y confianza, a mi amigo Oscar Guzmán por su apoyo permanente y su calidad prestante y a mi amigo Ricardo Palacios, por todos los momentos compartidos y por hacer del espacio académico un contexto para la sana discusión y el debate.

Por último debo agradecer a todos quienes consideran el Derecho como *“La mejor forma de ejercitar la imaginación”* y coadyuvar al propósito de justicia.

## DEDICATORIA

*Con cariño y admiración,*

*A mi madre, por el hermoso recuerdo de mis días más felices.  
A mi Abuelo, por su nobleza y generosidad; por inspirar cada uno de mis momentos; por enseñarme el arte de la academia y la lucha constante contra el manto indolente del conformismo.*

*A mi hermano, por ser el gestor de un sin número de sonrisas, por su apoyo incondicional y constante.*

*A John Jairo, por el aroma de una linda historia y la honda ilusión de los días más felices por venir.*

*A mis amigos, con sana gratitud por los buenos momentos compartidos.*

## CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN .....	12
1. CONCEPTUALIZACIÓN RESPECTO DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	13
1.1 OBSERVACION INICIAL: PRECISIÓN METODOLÓGICA Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	13
1.2 BREVE RESEÑA HISTÓRICA: MODELO DE ESTADO Y TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO .....	14
1.3 PRECISIONES RESPECTO DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO. ....	23
1.3.1 Nociones elementales. ....	23
1.3.2 Bien jurídico y objeto de la acción .....	24
1.3.2.1 Titularidad del bien jurídico .....	24
1.3.2.2 Función de garantía del bien jurídico .....	25
2. DELITO DE INCESTO .....	27
2.1 TIPICIDAD OBJETIVA .....	27
2.2 SENTENCIA C – 404 DE 1998, SUS IMPLICACIONES EN EL NIVEL CONSTITUCIONAL.....	27
2.3 CONSENTIMIENTO COMO CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN EN EL DELITO DE INCESTO .....	30
2.3.1 Diferenciación entre acuerdo y consentimiento propiamente dicho. ....	30
2.3.2 Requisitos y efectos del consentimiento .....	34
2.4 EL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM A LA ÓPTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE: EL DELITO DE INCESTO COMO AGRAVANTE EN LOS DELITOS DEL TÍTULO IV, CAPÍTULO I Y II DEL CÓDIGO PENAL.....	38
5. PROPUESTA DEL AUTOR.....	42
6. CONCLUSIONES.....	45
BIBLIOGRAFÍA.....	46

## RESUMEN

El presente se desarrollará bajo el siguiente esquema: En primer lugar se realizarán algunas aclaraciones metodológicas y se delimitará el objeto del problema a plantear; seguidamente se hará una breve referencia histórica respecto de los precedentes de la teoría del bien jurídico tutelado y su conexidad directa con el modelo de Estado; así como también se plantearán algunas precisiones respecto del concepto de bien jurídico, iniciando por hacer alusión a algunas nociones fundamentales, la titularidad del bien jurídico, el bien jurídico como objeto de la acción y la función de garantía del bien jurídico. De manera posterior, se aludirá a la tipicidad de la conducta punible establecida en el artículo 237 C.P. y se referirá a la Sentencia C- 404 de 1998, haciendo un análisis de su implicación en el ámbito constitucional. Subsiguientemente se realizará una referencia respecto las teorías el consentimiento, destacando la diferencia entre consentimiento y acuerdo y estableciendo los requisitos de eficacia del consentimiento; así como también haciendo alusión al principio del non bis in ídem y su relación con la conducta objeto de estudio del particular. En última instancia se presentará la propuesta del autor respecto los temas abordados con prelación y se plantearán las conclusiones del presente.

## **ABSTRACT**

This will be developed under the following scheme: First will be some methodological clarifications and shall be demarcated in order to raise the issue, then provide a brief historical reference on the precedents of the theory of legally protected and their direct relation with the state model, and is also also think some clarification on the concept of legal right, starting by making reference to some basic concepts, legal ownership of the property, the legal right as the object of the action and the guarantee function of legally. So later, will be referred to the typicality of the criminal offense under Article 237 CP and refer to the Judgment C-404 of 1998, with analysis of their involvement in the constitutional field. Subsequently there will be a reference regarding consent theories, emphasizing the difference between consent and agreement and establishing efficiency requirements of consent, as well as alluding to the principle of double jeopardy and its relation to the conduct of the particular object of study . Ultimately the proposal was presented by the author on the subjects addressed with priority and raise the conclusions of this.

## GLOSARIO

**ACOSO SEXUAL:** Hostigamiento, asedio, presión ejercida por una persona – frecuentemente desde una posición de poder a otras en una posición subordinada– por medio de insinuaciones y propuestas de tipo sexual, que pueden llegar a provocar en la víctima angustia mental y eventualmente otro tipo de perjuicios, como pérdidas económicas.

**ADULTOCENTRISMO:** El adultocentrismo corresponde a la visión de que desde el mundo adulto se podía implementar el futuro de los jóvenes, su preparación, su desarrollo, su protección y se traduce en el enfoque de las políticas y programas. La efectividad de esta perspectiva hizo crisis, como producto de los cambios socioeconómicos y políticos de fin de siglo.

**ANÁLISIS DE GÉNERO:** Una manera sistemática de explorar las normas, roles, y responsabilidades actuales y potenciales de mujeres y hombres, y su acceso a y control sobre recursos y beneficios dentro de cualquier situación (proyecto, hogar, comunidad u otro). El análisis de género identifica, analiza e informa acciones para abordar desigualdades que se llevan de los roles distintas de mujeres y hombres, las relaciones desiguales de poder entre ellos, y las consecuencias de estas desigualdades sobre sus vidas, su salud y su bienestar. ( Biblioteca Virtual en Género y Salud. Glosario género y salud.

**ANDROCENTRISMO:** Androcentrismo: del griego andros, se refiere al hombre, por oposición a la mujer, y con cualidades de honor y valentía. Centrismo, porque se le concede el privilegio al punto de vista del hombre, como partida del discurso lógico científico que considera insignificante otra realidad (la de la mujer). (Universidad Nacional del Comahue, Argentina. Facultad de Ciencias de la Educación.

**CIUDADANIA:** Es un concepto clave en la teoría política moderna. Para la teoría política feminista también es una noción importante, tanto por las luchas necesarias para lograr la incorporación de las mujeres a la ciudadanía como por el actual debate sobre el verdadero alcance y límites de este concepto. Para las teóricas feministas hay que valorar el reconocimiento de la ciudadanía de las mujeres como un gran logro, pero también se debe establecer qué queda fuera de esta universalización y a qué intereses responde esta exclusión. El concepto implica que cada persona trasciende sus particularidades y diferencias, es decir, sus experiencias, perspectivas e intereses propios. Esta superación de las propias experiencias, que Iris Young analiza desde la óptica de la diferencia de grupos, implica asumir un punto de vista universal como propio. De este modo, dado que la igualdad fue concebida como identidad, el ideal de ciudadanía universal se estableció bajo dos significados fundamentales: a) universalidad definida en

oposición a lo particular, b) universalidad en el sentido de las leyes y reglas que enuncian lo mismo para todas las personas y se aplican a todas de idéntica forma.

**DERECHOS SEXUALES:** Son derechos que hacen parte de los derechos humanos. Abarcan el derecho a ejercer una sexualidad placentera, que es esencial en y por sí misma y, al mismo tiempo, es un vehículo fundamental de comunicación y amor entre las personas. Los derechos sexuales incluyen el derecho a la libertad y la autonomía en el ejercicio responsable de la sexualidad.

## INTRODUCCIÓN

“En primer lugar, cabe precisar que la expresión *Bien Jurídico* ha sido utilizada por el Derecho Penal moderno por más de un siglo, en razón de que dicho concepto ha ostentado un papel trascendental, cómo la única manera de pensar en un Derecho Penal Humanitario”<sup>1</sup> requiriéndose, sin duda alguna, introducir precisiones que no dependan de la subjetividad de la doctrina o del legislador, habida cuenta que sólo por esta vía puede cumplir el bien jurídico su papel limitador del poder punitivo del Estado.

En el contexto mencionado, el presente se encargará de realizar, en primera instancia, una síntesis histórica de la *Teoría del Bien Jurídico*, con el fin de lograr una comprensión de la evolución del concepto referido, para su mejor precisión. Dicha reseña será contextualizada de acuerdo al modelo de Estado, con el fin de facilitar el posterior entendimiento de los fundamentos políticos del bien jurídico y su forma de constitucionalización aplicada de manera concreta al caso colombiano.

De manera subsiguiente se hará alusión al tipo penal de Incesto, positivizado en el artículo 237 del Código Penal Colombiano, así como ala sentencia C- 404 de 1998 de la Corte Constitucional Colombiana, con la pretensión de establecer el lazo de vinculatoriedad entre el tipo mencionado y las precisiones realizadas respecto del bien jurídico; considerando una propuesta en la que prevalece el enfoque individual de la teoría en cita, representada en el *Derecho al libre desarrollo de la personalidad, el consentimiento del titular del bien jurídico y el principio del non bis in ídem*, y concluyendo que el postulado antes referenciado, permitirá afirmar que el desarrollo dogmático de las instituciones se ha realizado teniendo en cuenta al bien jurídico, no solo como un simple referente, sino como una categoría autónoma que vincula de manera consecuente y coherente, la teoría jurídico penal, en búsqueda del imperio de la justicia material sobre la justicia formal, constituyendo de éste modo, las bases de la moderna teoría de los derechos fundamentales impresa en la Constitución Política de 1991 y visible n el constitucionalismo moderno, que permite en definitiva la construcción de un Derecho Penal totalmente separado de concepciones subjetivas de ética o moral.

---

<sup>1</sup> BARBOSA CASTILLO, Gerardo – GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *“Bien Jurídico y Derechos Fundamentales: Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia”*. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia. 1996.

## 1. CONCEPTUALIZACIÓN RESPECTO DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

### 1.1 OBSERVACION INICIAL: PRECISIÓN METODOLÓGICA Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Antes de hablar del punto central del problema, se hace necesaria una aclaración metodológica: El delito de incesto de que se trata en el presente trabajo está enmarcado dentro de los llamados Delitos contra la familia, tal cual los denomina nuestro actual código penal. Y entre esos delitos –Violencia intrafamiliar (art. 229 C.P.), Maltrato mediante restricción a la libertad física (Art. 230 C.P.), Ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad. (Art. 230 A C.P.), Mendicidad y tráfico de menores. (Art. 231 C.P.) Adopción irregular (Art. 232 C.P.) Inasistencia alimentaria (Art. 233 C.P.) y finalmente, Malversación y dilapidación de bienes de familiares. (Art. 234 C.P.)- se encuentra el que ocupa nuestra atención definido así:

*“ARTICULO 237. INCESTO. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1 de Enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que realice acceso carnal u otro acto sexual con un ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses”.*

Ahora bien, sobre esa definición, todo el análisis a lo largo de este trabajo se centrará en aclarar la naturaleza de ésta conducta delictiva y su relación con la teoría del bien jurídico, bajo el entendido de la garantía constitucional de libre desarrollo de la personalidad (capítulo I), así como los problemas que plantea el consentimiento como causal de justificación en la conducta en cita, y su tipificación como agravante en los delitos establecidos en el Título IV, Capítulo I y II del Código Penal, para argumentar una posible violación al principio del non bis in ídem, desde la óptica de la jurisprudencia de la Corte Constitucional (capítulo III) con el fin de defender una propuesta de despenalización de tipo en comento (capítulo III).

Como se ve, el presente parte de un escenario puramente jurídico-penal en el que no serán objeto de investigación otros problemas relacionados, como V.gr: si en Colombia tal conducta ha sido rebatida por posturas sociológicas, antropológicas y religiosas. Lo anterior no quiere decir que tales lecturas sean impertinentes o desacertadas. Por el contrario, esos análisis son plenamente rescatables para estudiar este fenómeno en un Estado como el nuestro. La aclaración entonces se hace para definir que esos puntos de vista desbordan el objeto de lo que ahora se pretende realizar: un estudio dogmático del acontecer jurídico del incesto en Colombia. Por eso mismo se espera que el juicio sobre este trabajo no eche de

menos tales aristas, pues se abordarán sólo en tanto sean estrictamente necesarias para cumplir el propósito aquí señalado.

## **1.2 BREVE RESEÑA HISTÓRICA: MODELO DE ESTADO Y TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO**

En primer lugar cabe precisar que el bien jurídico ha ostentado desde siempre un papel central en la Teoría Jurídico Penal, constituyendo un concepto de difícil definición, en virtud de que, la doctrina ha esbozado tantas definiciones, como autores han tratado el tema. Sin embargo, en el presente se realizará un recuento de la evolución histórica del concepto en cita, con el fin de lograr una conceptualización eficaz del mismo.

De este modo, el punto de partida se ubicará en los precedentes de la teoría del bien jurídico; iniciando por hacer una alusión a algunos preceptos del Derecho Penal de la Monarquía Absoluta, resultado evidente del Estado Absolutista, y escenario en el cual el delito no podía tener como objeto de lesión a un derecho, en razón de que, el sistema político se construía sobre una teoría legitimadora de carácter teleológico, (Caracterizada por una perspectiva de poder absoluto, concentrado y personal), desigualdades sociales representadas en los estamentos conformados por el Clero, la Nobleza, y el Tercer Estado; donde los primeros gozaban de privilegios y el último sólo era titular de obligaciones y deberes y un concepto teocentrista plasmado en las relaciones sociales, políticas y económicas; indicación clara de que el delito no constituía más que una infracción al deber.

En efecto, lo antes citado, adquiere justificante en la concepción propia de la Edad Media, en la cual, el delito y el pecado tenían una congenia relación, producto de la clara vinculación entre la Iglesia y el Estado; instituciones que trabajaban en beneficio mutuo, con el propósito de que la primera legitimara al segundo, y éste hiciera uso de sus doctrinas para fundamentar el poder y a su vez reforzar a través de las normas los deberes de conciencia religiosa. En éste contexto los deberes tenían primacía, sobre los derechos, imponiéndose la razón del Estado por sobre la razón del individuo.

*Contrario sensu*, la teoría *iusnaturalista – racionalista*, innovaría, al proponer el supuesto contractualista<sup>2</sup> del Estado, en la cual prevalecían los derechos naturales del individuo como fundamento de protección<sup>3</sup> del ente estatal; imponiéndose la razón del individuo sobre la voluntad del Estado.<sup>4</sup>

Trasladando lo expuesto al campo del Derecho Penal: *“La razón del Estado es la protección de las libertades que se tienen en el estado de naturaleza, que en aras de la seguridad fueron prácticamente sacrificadas y entregadas al soberano para que fuera su administrador y legítimo depositario”*. Es en ese momento dónde aparece la razón de ser del Derecho Penal:[...] *“Fue pues, la necesidad la que obliga a los hombres a ceder parte de su libertad propia...”*<sup>5</sup>

Lo anterior, indica que la noción de libertades se equipara a la de derechos naturales, y se precisa cuando se establece que la única y verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la sociedad, y el fin de la pena *“no es otro que impedir al reo causar nuevos daños y retraer a los demás de la comisión de otros iguales”*<sup>6</sup> pues el delito atenta contra ellos o contra las instituciones encargadas de facilitar su goce. Así: *“Algunos delitos destruyen inmediatamente la sociedad o a quien la representa; otros ofenden la privada seguridad de alguno o algunos ciudadanos, en la vida, los bienes o el honor; y otros son acciones contrarias a los que cada uno está obligado a hacer o no hacer, según las leyes del bien público”*.<sup>7</sup> De este modo, los principios inmersos en las líneas antes expuestas recopilan los preceptos esenciales contenidos en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, según los cuales: *“El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”*<sup>8</sup> [...] *“La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguren a los restantes miembros de la sociedad, el goce de esos mismos*

---

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. *“El modelo iusnaturalista en la Sociedad y el Estado en la Filosofía Moderna”* Ed. Fondo de Cultura Económica. Mexico. 1986. Pág. 69 y ss. Véase también del mismo autor, *“Liberalismo y Democracia”* México: Ed. Fondo de Cultura Económica. 1989. Pág. 11 a 20.

<sup>3</sup> GARCÍA RENGIFO, Ernesto. *“Derecho subjetivo y concepto del ius”* En Externado Revista Jurídica. Ed. Universidad Externado de Colombia, Vol. 6, No.2 Julio/ Diciembre. Bogotá. 1992. Pág. 94. *“El iusnaturalismo del siglo XVII y el racionalismo del siglo XVIII concebía el derecho en función del individuo, el derecho era el conjunto de facultades pertenecientes al individuo. Esta era la lógica del sistema, por cuanto se vivía en la época de exaltación del individuo y de su libertad. [...] El derecho y el Estado existían en la medida en que el individuo lo permitiera, y siempre y cuando sirvieran para garantizar la libertad individual [...] El individuo dejó de ser el objeto del derecho para convertirse en su creador. La noción de derecho objetivo fue degradada y, en consecuencia se exaltó al máximo la idea del derecho subjetivo. El prius era el individuo, el posterius, el ordenamiento; el derecho objetivo tenía la mera función de tutelar los atributos innatos del individuo. Esta era la mentalidad iusnaturalista y racionalista”*.

<sup>4</sup> Al respecto, BOBBIO afirma que *“[...] La doctrina, bajo la especie de teoría de los derechos naturales, invierte el recorrido del curso histórico, poniendo al inicio como fundamento y por consiguiente como prius lo que históricamente es el resultado, el posterius”*.

<sup>5</sup> BECCARIA, Cesare. *“De los delitos y las penas”* Edición Latinoamericana a cargo de Nodier Agudelo Betancur. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia. 1994. Pág. 9 y 11.

<sup>6</sup> *Ibidem*, pág. 21 y 30.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pág. 23.

<sup>8</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, artículo 2.

derechos.<sup>9</sup> [...] “La ley sólo puede prohibir las acciones perjudiciales para la sociedad”.<sup>10</sup>

Toda ésta filosofía fue retomada por *Feuerbach*, quien señalaría que la unión de la voluntad sumada a la energía de los individuos, proporcionaría el fundamento de la sociedad civil para garantizar a todos la libertad recíproca; ya que, toda forma de lesión jurídica contradice el objetivo del Estado.

En el contexto aludido, la idea del bien jurídico, propende por la defensa de los derechos subjetivos de los ciudadanos, concepción que el *Contrato Social*<sup>11</sup> expresa muy bien, de modo que, el Derecho Penal defiende derechos, y el delito constituye la lesión del derecho subjetivo, denominada *lesión jurídica*, dónde el Estado tiene el derecho y el deber de hallar institutos mediante los cuales se impidan las lesiones jurídicas; coligiendo que la necesidad de asegurar los derechos de todos, es la razón que funda la obligación del Estado a conminar penalmente, (Conminaciones protectoras tanto los derechos de los súbditos, como también los derechos correspondientes al Estado como persona moral<sup>12</sup>), en virtud de que, es el objetivo general de las leyes penales.<sup>13</sup>

“Posteriormente, los derechos subjetivos, como objeto de protección fueron remplazados, por el concepto de bien jurídico, introducido por *Birnbaum*; concepto fundamentado en que el derecho subjetivo no se lesionaba sino el objeto sobre el cual recaía la conducta catalogada como delito, manteniéndose el primero incólume”.<sup>14</sup>

Agregado a lo anterior, debe establecerse que los derechos subjetivos no serían aptos para explicar los daños sufridos por el Estado, toda vez que éste no es individuo y mucho menos tendrían cabida los delitos de omisión, dónde existe una tendencia a considerarlos como pura infracción de deberes, así, se distinguió entre la lesión de un derecho subjetivo y la lesión de un bien, estableciendo que el derecho no puede ser disminuido ni sustraído; contrario, de lo que puede suceder respecto del objeto (Bien que jurídicamente pertenece a un determinado sujeto).

---

<sup>9</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, artículo 4.

<sup>10</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, artículo 5.

<sup>11</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan “Manual de Derecho Penal Parte General” 3ª Edición. Barcelona. 1989. Pág. 45. “ El término “*contrato social*” hace referencia a que la sociedad data su origen en un contrato, pacto o convenio, explícito o tácito, al cual presta su consentimiento cada individuo, abandonando así el “*Estado de naturaleza*” y poniendo en marcha un régimen de gobierno sometido a leyes, de justicia administrada con imparcialidad y de moralidad cívica; por lo cual el delito era una lesión a ese derecho (subjetivo) surgido del contrato social y que en síntesis era la libertad.

<sup>12</sup> FEUERBACH ANSELM, Paul Johann. “Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania” Traducción Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1989. Pág. 164 a 213.

<sup>13</sup> *Ibidem*, pág. 58, 59, 62 y 65.

<sup>14</sup> ESER, Albin. “Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima” En Revista Peruana de Ciencias Penales Num. 6. Lima, 1998. Pág. 595 y ss.

De este modo, la protección penal – según *Birnbaum*- se establece más allá de las personas y las cosas, esto es así, porque no se asume de partida la doctrina de los derechos subjetivos de *Feuerbach* que limitan el objeto en el cual recae la protección, sino por el contrario, el punto de referencia se encuentra en el criterio de los "*Bienes Comunes*". De este modo, si el delito quiere considerarse como lesión, este no puede estar referido a un derecho sino a un bien. *Birnbaum* supera así, la posición subjetivista del *Contrato Social*, según la cual, toda consideración se debatía entre el derecho del ciudadano y el derecho del Estado; judicializándose en términos absolutos, y sin establecer límite alguno. En ese contexto, el Estado era el Derecho y el Derecho surgía del contrato; el ejercicio de la voluntad del Estado se convertía en Derecho y no había posibilidad alguna de limitar al Estado. De ahí que, la concepción en cita, se caracteriza por otorgarle un carácter limitador al poder estatal, pues establece que los bienes jurídicos están más allá del derecho, no se confunden con él y sirven de fundamento al momento de establecer los delitos.<sup>15</sup>

Progresivamente, el derecho subjetivo como primado en las relaciones jurídicas perdió importancia con las codificaciones, y el imperio del llamado positivismo decimonónico lo desplazó del lugar de privilegio en que lo había colocado la filosofía del iluminismo. Es así como, por virtud de ideologías estatistas se fue reivindicando el derecho objetivo, en el sentido de darle prevalencia frente al derecho subjetivo. Así por ejemplo, la ciencia jurídica alemana del siglo XIX se empeñó en redescubrir en la norma, el orden jurídico. Se produjo una gran transformación en la concepción jurídica: de una consideración subjetiva se pasó a una consideración objetiva, prevaleció el interés público sobre el interés privado, la sociedad sobre el individuo. Antes que deducir el derecho objetivo de los derechos subjetivos, éstos vienen derivados de aquél.

El cambio citado, prepara la construcción de las *Teorías Inmanentistas* del bien jurídico, entre las cuales sobresalen, por lo radical la de *Binding* y las de los *neokantianos*, donde, en definitiva, el concepto sobre bien jurídico, sus manifestaciones y consecuencias, dependen de la voluntad del legislador y, por tanto, ya el objeto de protección de la norma no es exclusivamente un derecho, sino, principalmente, el deber de respeto hacia ella. La cuestión se agrava si se tiene en cuenta que el positivismo decimonónico es *Subsuncionista*, esto es, que le compete al juez sólo subsumir hechos en normas. Y el positivismo de los neokantianos es algo peor; por virtud de los valores que se convierten en fines, el legislador puede decir cualquier cosa, transformando, creando o modificando a su arbitrio el objeto.

---

<sup>15</sup> ESER, Op. Cit. Pág. 15 "La cuestión esencial estribaba ante todo en la viabilidad de una ampliación - perseguida por *Birnbaum*- del ámbito de protección jurídico-penal más allá de las personas y de las cosas. Pues esta ampliación no podía alcanzarse partiendo de una limitación de los derechos subjetivos, mientras que resultaba factible con la introducción de "bienes comunes" como podían serlo las ideas morales y religiosas del pueblo" Pág 596.

En efecto según lo expuesto, el planteamiento de *Karl Binding* tiene como presupuesto la existencia de un «*Derecho Subjetivo*». Pero a diferencia de *Feuerbach* quien concebía como derechos subjetivos, los derechos de los particulares o del Estado, en *Binding* éste sólo le pertenece al Estado. El derecho subjetivo del Estado es un derecho de mando, capaz de exigir obediencia y ejercer imperio. Considerándose por lo tanto, una negación del poder público o una contravención, el supuesto de rehusar la obediencia de un derecho público establecido exclusivamente a favor del Estado.

El bien jurídico en la concepción de *Binding* refleja la valoración del legislador expresada en la norma. Cada norma lleva en sí su propio bien jurídico, de modo que, el objeto del delito es un producto de la decisión política del Estado y su lesión constituye una infracción al derecho subjetivo de obediencia que el Estado puede exigir a sus súbditos. La norma no necesita ningún otro presupuesto que el de ser expresión de la soberanía del Estado. El bien jurídico es un bien del derecho.<sup>16</sup>

La teoría de *Binding*, por su contenido, pierde su carácter limitador y autónomo y depende del carácter limitador de la norma; siendo la crítica a ésta concepción, la total desprotección en que queda la persona frente al Estado y el esquema propuesto en el cual le corresponde al juez, en aras de la seguridad jurídica, aplicar la ley por encima de las consideraciones de justicia material; imponiéndose la razón de Estado sobre la razón de individuo.<sup>17</sup>

De esta forma, en la perspectiva referenciada, el positivismo fue influido profundamente por la teoría subjetiva de los valores, es decir, aquella donde el valor "debe su existencia, su sentido o su validez a reacciones, ya sean fisiológicas o psicológicas del sujeto que valora; por tanto las cosas tienen valor porque así se lo desea, criterio que permitió la abolición del concepto de bien jurídico asumido por la escuela de Kiel (La ciencia penal del nacionalsocialismo construye su sistema jurídico acudiendo a los criterios del sano sentimiento del pueblo alemán y a la voluntad (*Willensstrafrecht*)<sup>18</sup>. Tales planteamientos atacan la dogmática liberal y el orden concreto. Para Dahm y Schaffstein lo fundamental es el pueblo, el cual constituye un ser con vida propia no una suma de individuos, el pueblo es una totalidad real: sangre, suelo, generaciones pasadas, presentes y

---

<sup>16</sup> BINDING, Karl. "*Die Normen Und Ihre Übertretung*". Tomo I. 2ª Edición. Traducción y adiciones de Derecho Español Santiago Mir Puig - Francisco Muñoz Conde. Barcelona: s.n. 1981. Pág 315.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pág. 316 y ss.

<sup>18</sup> GARCÍA PABLOS, Antonio. "*Derecho Penal Introducción*" 1ª Edición. Servicio de Publicaciones - Universidad Complutense. Madrid. 1995. En un deslinde entre los planteamientos finalistas Welzel con la Escuela de Kiel, precisa: "Por ello, aunque finalismo y Escuela de Kiel concurren en el tiempo -y aunque tengan algunas coincidencias en cuanto a sus fuentes filosóficas, e incluso repercusiones en el sistema del Derecho Penal-deben diferenciarse drásticamente. La común pretensión de buscar lo "concreto", y la parcial coincidencia en el empleo del método "fenomenológico" no pueden confundir ambas direcciones. Políticamente, la Escuela de Kiel intentó justificar y fundamentar un Derecho Penal nacional socialista, un Derecho Penal de la "voluntad" ("*Willensstrafrecht*"). Y murió con este régimen". Pág. 374.

futuras, no se puede separar realidad y valor como hacían los liberales, positivistas y neokantianos. El Derecho es el ordenamiento de la vida del pueblo, el espíritu del pueblo es la fuente del Derecho; si el Derecho nace del pueblo el individuo le debe fidelidad a su pueblo y por tanto al Derecho, entonces, el delincuente es un «traidor» a su pueblo. Así para la pretendida dirección "científica" del Derecho Penal nacional socialista alemán -delito era la traición al pueblo, la más pura infracción de deberes-, donde se hacía la voluntad de su conductor) imponiéndose así la razón de Estado sobre la razón de individuo.

Con posterioridad al acaecimiento de la Segunda Guerra Mundial, constatado el horror que comporta olvidar que el individuo es el *príus* en todo ordenamiento jurídico, se retomaron los planteamientos propios del Derecho Natural; lo que para el caso específico del Derecho Penal, se traduce en la teoría *Welzel*, quien establece límites al poder punitivo del Estado en las estructuras lógico-objetivas; no obstante, por hacer énfasis en el concepto de acción final -que condujo a la persistencia de una sistemática clasificatoria en la teoría del *delito*, su planteamiento tuvo mucho rendimiento dogmático pero muy poco axiológico.<sup>19</sup>

De este modo, para el finalismo, la misión del Derecho Penales proteger los valores elementales de la vida en comunidad<sup>20</sup>. En éste sentido, la constante en el pensamiento de *Hans Welzel* se encuentra absolutamente vinculada a una teoría del actuar humano justo o injusto<sup>21</sup>, en el cual, la acción humana pasa a ser el concepto central de la teoría del delito y el bien jurídico ocupa una posición secundaria, considerándose como fundamentales los deberes éticos-sociales, y teniendo como premisa que "*Sólo asegurando los elementales valores sociales de acción se puede lograr una protección de los bienes jurídicos realmente duradera y eficaz*".<sup>22</sup>

En esta perspectiva, la protección de los bienes jurídicos ocupa una posición secundaria: "*Al castigar el Derecho la efectiva inobservancia de los valores de la conciencia jurídica, protege al mismo tiempo los bienes jurídicos a los que están referidos aquellos valores de acto*"<sup>23</sup> Así, la misión primaria del Derecho Penal no es la protección actual de bienes jurídicos, sino la tarea de asegurar la real vigencia (observancia) de los valores de acto de conciencia jurídica. En síntesis, para *Welzel* el bien jurídico no fundamenta una teoría del delito dado que no es ni un concepto ni una categoría autónoma.

Sin embargo, no debe desconocerse que el gran aporte de *Welzel* en la materia, fue dotar al bien jurídico de un contenido dinámico que serviría, posteriormente,

---

<sup>19</sup> BARBOSA CASTILLO y GÓMEZ PAVAJEAU, Op. cit. Pág. 26, 27 y ss.

<sup>20</sup> WELZEL, Hans. "*Derecho Penal Alemán, Parte General*" 11ª Edición. Traducción Juan Bustos Ramírez - Sergio Yañes Pérez. Chile. 1970 Pág. 11.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pág. 11, 13 y 14.

<sup>22</sup> WELZEL, Op. cit. Pág 14.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pág. 13.

con gran rendimiento dogmático, en la evolución del moderno concepto de delito imprudente: *"Evidentemente el Derecho Penal no ofrece a los bienes jurídicos protección absoluta respecto a posibles lesiones, pues cada bien jurídico tiene que participar activamente en la vida social, y con esto, hasta cierto grado, se le pone en peligro"*.<sup>24</sup> Coligiendo que, el Derecho Penal otorga protección a los bienes jurídicos sólo contra agresiones configuradas de determinada manera.

De este modo, en atención a lo expuesto, los inconvenientes anteriores fueron receptados de manera muy amplia por la doctrina, a pesar de que *Welzel* había considerado a la dignidad humana *-por él referida como autonomía ética de la persona-* como la estructura lógico objetiva más importante; al fungir como límite absoluto que comprometía la validez del derecho. No obstante, en este planteamiento tampoco puede ser desconocida la importancia de la dignidad humana como límite absoluto al poder punitivo del Estado, contexto en el cual su rendimiento quedaba limitado a soportar la responsabilidad culpabilista, constituyéndose apenas en un desarrollo específico y marginal.

En concordancia con lo citado, cabe destacar, que ocho años antes que *Welzel*, el profesor *Rafael Carrillo* formularía en 1945 su obra *Filosofía del Derecho como filosofía de la persona*, tesis en la cual, para poder estimar al Derecho en su esencia, exige que sea tratado *"Como intermediario entre la persona y los valores, lo que implica ya un papel preponderante de las aspiraciones humanas"*.<sup>25</sup> Argumentaría que *"El valor de la persona es un valor fundamental porque, entre otras razones, es el valor al que está encomendado el realizar los otros valores"*, entre los cuales señala la justicia, el orden y la libertad. Acerca del aspecto teleológico del derecho, manifiesta que *"Debe ser encontrado realizando una integración de la ontología -término con el cual designa lo lógico- y la axiología jurídicas"*<sup>26</sup>, con lo cual abría los caminos para la elaboración de una dogmática penetrada por la dignidad de la persona, donde la lógica formal estuviera condicionada por tal valor fundamental, obviamente con la posibilidad de conseguir la justicia material sin concreción a lugares específicos.<sup>27</sup>

Frente a lo expuesto, *Jakobs*, quien se basa limitadamente en la teoría de los sistemas de *Niklas Luhmann* propone el funcionalismo sistémico<sup>28</sup>, afirma que bajo los postulados de ésta teoría, lo único que ha de ser resuelto es siempre un problema del sistema social. En ésta línea, el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad; siendo la misión

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, pág. 15 y 16

<sup>25</sup> CARRILLO, Rafael. *"Filosofía del Derecho como filosofía de la persona"* En "La Filosofía en Colombia - Siglo XX." Ed. Nueva Biblioteca Colombiana de Cultura. Bogotá. 1985. Pág. 37

<sup>26</sup> *Ibidem*, pág. 47 y 49.

<sup>27</sup> BARBOSA CASTILLO, Gerardo – GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Op. cit. Pág. 30 y ss.

<sup>28</sup> PEÑARANDA RAMOS, Enrique- SUÁREZ GONZÁLES, Carlos - CANCIO MELIÁ, Manuel, *"Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs en Estudios de Derecho Penal"* 1ª Edición. Madrid: Ediciones CIVITAS S.A. 1997. Pág. 24.

de la Dogmática penal desarrollar las proposiciones que se necesitan para reaccionar ante la infracción penal como acto con significado (acto con contenido expresivo) mediante un acto con significado, es significa que, al igual que una lesión externa es la manifestación de la vulneración de la norma, también la pena es la manifestación en que tiene lugar la estabilización de la norma.<sup>29</sup>

Bajo esta óptica, el autor en cita, no reconoce que la misión del Derecho Penalsea protección de bienes jurídicos por tanto, no plantea su legitimación material desde el bien jurídico<sup>30</sup> en razón de que para él, el *bien jurídico penal* es siempre la vigencia efectiva de la norma. V.gr "*Lo que constituye una lesión de un bien jurídico penal no es la causación de una muerte (ésta es simplemente lesión de un bien), sino la oposición a la norma subyacente en el homicidio evitable. El homicidio evitable tiene el sentido de una oposición a la norma subyacente en los delitos de homicidio, porque al autor se le hace responsable, a causa de su conocimiento (dolo) o cognoscibilidad (imprudencia), de haber elegido realizar el comportamiento que acarreará consecuencias en lugar de la alternativa inocua. La norma obliga a elegir la organización a la que no siguen daños, pero el autor se organiza de modo que causa daño imputablemente: su proyecto de conformación del mundo se opone al de la norma*".<sup>31</sup>

En el contexto aludido, *Jakobs* considera que los aportes de la teoría del bien jurídico son mínimos y que lo propio para el Derecho Penal se desarrolla bajo la teoría de la validez de la norma. Teoría que no deja de lado el concepto de "*dañosidad social*" de la conducta lesiva matizada, esto es, no la admite en términos absolutos. En consecuencia de esto *Jakobs* formula que la solución de un problema social a través del Derecho Penal tiene lugar en todo caso por medio del sistema jurídico en cuanto sistema social parcial, y esto significa que tiene lugar dentro de la sociedad. Por lo tanto, es imposible desgajar al Derecho Penal de la sociedad; el Derecho Penal constituye una tarjeta de presentación de la sociedad altamente expresiva, al igual que sobre la base de otras partes de la sociedad cabe derivar conclusiones bastantes fiables sobre el Derecho penal.

Sostiene igualmente que el delito no se debe determinar por la dañosidad social del comportamiento sino siempre por la intermediación del bien jurídico.

---

<sup>29</sup> JAKOBS, Günther "*Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional*" 1ª Edición. Ed. CIVITAS S.A. Madrid. 2003. Pág. 37.

<sup>30</sup> JAKOBS, Günther. "*Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*". Marcial Pons. Madrid. 1995. Traducción en la 2ª edición alemana de 1991 por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. "La pena -según Jakobs- hay que definirla positivamente: Es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada" Pág. 9.

<sup>31</sup> JAKOBS, Günther. "*Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*" Op. cit. "La doctrina de los bienes sirve de poco para decidir esta cuestión ("desde que punto de vista ha de establecerse que bienes, se asignen a quien se asignen, son dignos de protección y la necesitan"). La respuesta depende más bien de la dañosidad social de la conducta lesiva" Pág. 48. En los últimos tiempos ha dicho: "Si se afirma, por ejemplo, que el Derecho Penal protege bienes jurídicos, se incurre en idéntico "formalismo" hasta que no se determine qué es un bien jurídico en esa concreta sociedad. Op. cit. Pág. 27 y 28.

Los bienes jurídicos abrevian el peso de la dañosidad social. En definitiva, - para *Jakobs*- no cabe prescindir del filtro de la dañosidad social, y las normas que pasan ese filtro en parte son normas protectoras de bienes jurídicos, en parte normas para la creación de bienes jurídicos (delitos especiales y delitos de propia mano) y en parte normas para proteger la paz jurídica. Lo importante es que la punibilidad se oriente no a lo disvalioso *per se*, sino siempre a la dañosidad social.<sup>32</sup>

El planteamiento de *Jakobs* no ha quedado exento de críticas, por ejemplo, la realizada en el artículo de *Alessandro Baratta*.<sup>33</sup> En el cual la negación del bien jurídico obedece a la introducción de bienes jurídicos de amplio alcance y el objeto de la tutela penal se desplaza de los intereses de sujetos o víctimas potenciales hacia complejos funcionales que son, en gran parte, objeto de actividad de otros sectores del derecho y de la acción administrativa del Estado. En este contexto antes que bienes jurídicos, el Derecho Penal protege funciones. En este sentido, la posición de *Jakobs* es de una rigurosa visión normativista y antinaturalista, que establece, que en los conceptos de la dogmática penal dejan de existir referentes extrajurídicos a los cuales se pueda tomar como criterio para una delimitación de la extensión de la respuesta penal.

Contrario a lo expuesto, la teoría de *Roxin*, sostiene que los bienes jurídicos son circunstancias dadas y finalidades útiles al individuo y a su libre desarrollo dentro de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.<sup>34</sup> Entendiéndose que las circunstancias o finalidades están ya dadas por la valoración social, y que los deberes de cumplimiento de las normas son creadas por el mismo Derecho. De modo que, el origen del bien jurídico se sitúa en la discusión de ideas y valoraciones sociales, destacando así mismo, que los bienes son objetos de los cuales un sujeto estima tienen un valor. Concluyendo que un bien jurídico tiene un alto contenido axiológico y se conforma por ciertos valores morales, que se muestran razonables y necesarios para la convivencia social, siendo acogidos por el ordenamiento jurídico al constar de manera clara en la Constitución Política de dicho Estado de Derecho y garantizarse en los Códigos Penales. De ésta forma, es el Estado, a través de la legislación penal, el encargado de tutelar un bien jurídico, en cuanto sea vulnerado, ofendido o corra peligro de tal; infiriendo que, un planteamiento constitucional del bien jurídico no puede prescindir de un concepto «general» o «sustancial» del mismo.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Op. cit. Pág. 58.

<sup>33</sup> BARATTA, Alessandro. *Integración-prevención: Una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica* en Cuadernos de Política Criminal Num. 24. Madrid. 1984, Pág. 533 y ss.

<sup>34</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito*. Ed. Civitas. Traducción de la segunda edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier Vicente Remesal. Madrid, 1997. Pág 55.

<sup>35</sup> Lo expuesto presupone, que la omisión del componente constitucional podría determinar un entendimiento simplemente formal del bien jurídico, lo que equipara el concepto a una creación normativa y no como una realidad valiosa en sí misma; con la única variante de haber sustituido la norma penal por la constitucional.

### 1.3 PRECISIONES RESPECTO DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

**1.3.1 Nociones elementales.** Tal como se refirió en líneas anteriores, el bien jurídico constituye uno de los conceptos más difíciles de definir, pero para el particular el Bien Jurídico se definirá como un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico.

De la definición dada, es posible inferir que el bien jurídico constituye un interés vital que preexiste al ordenamiento normativo, pero en el cual impera la falta de certeza respecto de su contenido. En efecto, se trata de un concepto indeterminado; muy difícil de concepcionar en un contexto exhaustivamente jurídico. De éste modo, tales intereses no son creados por el derecho sino que éste los reconoce, y, mediante ese reconocimiento, es que esos intereses vitales son bienes jurídicos.

La idea de bien jurídico esbozada en el presente tal como se expresó en líneas anteriores, puede con frecuencia, confundirse con las nociones de *derecho objetivo* o *derecho subjetivo*, ya que, en su origen histórico estos conceptos se han entremezclado, siendo el derecho subjetivo lesionado, el antecesor del bien jurídico, de modo que, es necesario precisar que la noción de bien jurídico como interés vital que adquiere reconocimiento jurídico, puede conducir a confusiones, al suponer que el bien jurídico es un derecho, o que el derecho es un bien jurídico, o que ambos conceptos son lo mismo.

Para resolver este problema lingüístico primero se realizará un distingo entre derecho objetivo y derecho subjetivo, precisando que el primero hace referencia de manera directa a la ley, por lo cual, en ese sentido, el bien jurídico no puede confundirse con el derecho objetivo, puesto que el bien jurídico no es la ley, sino el interés fundamental positivado en ella.

Respecto del derecho subjetivo, se puede decir que es, a grandes rasgos, la facultad jurídicamente reconocida que tiene una persona de comportarse de tal o cual forma o de exigir de una, de varias o de todas las personas un comportamiento (sea activo u omisivo).

De todos modos, el problema de diferenciar las nociones de bien jurídico y derecho subjetivo no es de tan sencilla resolución, siendo necesario, como primera medida, aclarar que el derecho subjetivo, como categoría, comprende, el derecho estatal de exigir de los ciudadanos el respeto por las normas que el Estado dicta, retomando en éste punto lo expuesto por Binding quien sostenía que *“El objeto jurídico del delito es una desobediencia al derecho subjetivo que el Estado tiene para exigir acatamiento a sus disposiciones”*. De este modo, el presupuesto en cita, aclara que el bien jurídico no es este derecho subjetivo, ya que no constituye el derecho del Estado de exigir acatamiento; pero al mismo tiempo, genera la interrogante de ¿Cómo diferenciar al bien jurídico del resto de

los derechos subjetivos?; punto en cual se precisa que el bien jurídico es el interés que da sentido a la norma, y no la facultad del sujeto de exigir que ese interés sea respetado. De hecho, podría existir un bien jurídico que no prevea como correlato ningún derecho subjetivo, razón por la cual el interés allí protegido no tendría prevista una acción que otorgue al titular del bien la facultad de exigir su cumplimiento, ése es el caso que, según *Aguirre Obarrio*<sup>36</sup>, habría dado sentido a la creación de la noción de bien jurídico, es decir, las situaciones en las cuales existía un “*bien*” digno de protección, pero en el cual no podía encontrarse un derecho subjetivo propiamente dicho.

**1.3.2 Bien jurídico y objeto de la acción.** El bien jurídico ha de ser distinguido del objeto de la acción. Podría enunciarse así, como lo ha hecho la doctrina, un distingo entre objeto material y objeto jurídico del delito, siendo este último el bien jurídico. El objeto material, u objeto de la acción, es aquel ente físico sobre el cual, concretamente, recae la acción del sujeto. Por ejemplo, en el delito de hurto es el objeto material del delito la cosa mueble que ha sido sustraída, y es el bien jurídico la propiedad.<sup>37</sup>

**1.3.2.1 Titularidad del bien jurídico.** Se suele decir que existen bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos estatales. Los primeros se referirían a intereses del individuo y los segundos a intereses del estado. Pero, ello no contesta a la pregunta de quién es el titular del bien, pues aunque pueda pensarse que la respuesta surge de la misma definición (los bienes jurídicos individuales son del individuo y los estatales del estado).

En este contexto, muchos juristas le atribuyen al Estado una enorme “*cotitularidad*” de los bienes, que incluso parece imponerse sobre la titularidad individual. Por nuestra parte en el presente, nos adherimos a la opinión, de que la titularidad del bien jurídico pertenece siempre al individuo, no al Estado. Ello así en razón de que desde una óptica liberal, como ya se ha armado previamente, el bien jurídico debiera servir (si es que alguna función puede serle atribuida) sólo a la empresa de limitar el poder del Estado, y si éste viene a erigirse en titular de todos los bienes jurídicos, esa función garantizadora desaparecería, o peor, daría un giro de ciento ochenta grados para transformarse en un instrumento útil para expandir el poder estatal.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, “*Preludio al bien jurídico*” En *Lecciones y Ensayos*, Segunda Época, Num. 1, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA. Buenos Aires. 1981. Pág. 18.

<sup>37</sup> ROXIN, Claus. “*Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito*”. Op. cit. Pág. 54.

<sup>38</sup> MAGGIORE, Giuseppe. “*Derecho penal. Parte especial. De los delitos en particular*, Temis, Bogotá, 2000 (4ª Edición italiana, 1950, T. IV). Pág. 275 y ss.

**1.3.2.2 Función de garantía del bien jurídico.** La noción de bien jurídico ha dado lugar, en el ámbito del Derecho penal, al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. La principal consecuencia que puede extraerse del principio mencionado es el hecho de que sólo sería legítima aquella norma destinada a proteger bienes jurídicos. Ello descarta la posibilidad de cualquier tipo de sanción respecto de pensamientos o comportamientos que no dañen a otro. Es una idea que tiende a la reducción del Derecho penal. Al respecto *Bacigalupo*<sup>39</sup> se expresa de la siguiente forma: *“El Derecho penal moderno (a partir de Binding) se ha desarrollado desde la idea de protección de bienes jurídicos. De acuerdo con ella, el legislador amenaza con pena las acciones que vulneran (o ponen en peligro) determinados intereses de una sociedad determinada. La vida, la libertad, la propiedad, etcétera, son intereses o finalidades de la sociedad que el legislador quiere proteger amenazando a quienes los ataquen con la aplicación de una pena; de esta forma, tales intereses se convierten, a través de su reconocimiento en el orden jurídico positivo, en bienes jurídicos. De la idea de protección de bienes jurídicos se deducen en la teoría, límites para el ius puniendi, es decir para el derecho de dictar leyes penales”*.

Por su parte, *Maximiliano Rusconi*<sup>40</sup> establece que según esta teoría *“Es el concepto de la protección de bienes jurídicos el que debe transformarse en la idea rectora de la formación del tipo y en la legitimación de la intervención punitiva”*. El derecho penal, para este punto de vista, es el instrumento al que se acude sólo para la protección de los intereses vitales de la comunidad: vida, libertad, honor, propiedad, etc.

Lo anterior, deja claro entonces, que tal principio, en apariencia, no puede ser entendido sino como una garantía del individuo frente al poder estatal y nada más que eso; pues allí donde haya una pena deberá haber un bien jurídico lesionado, lo cual no significa que allí donde haya un bien jurídico lesionado deba haber una pena. Sin embargo, esta función de garantía que acompañó al nacimiento del concepto de bien jurídico ha sufrido violentas modificaciones que han olvidado su carácter de estándar axiológico. *Maximiliano Rusconi*, siguiendo a *Ferrajoli*<sup>41</sup>, traza la siguiente “parábola involutiva”:

- En un primer momento, en el pensamiento ilustrado, el objeto del delito debía ser la lesión de un derecho subjetivo natural de la persona (vida, salud, libertad).

---

<sup>39</sup> BACIGALUPO, Enrique. “Derecho penal. Parte general” 2ª Edición. Ed. Hammurabi, Buenos Aires.1999. Pág. 43 y 44.

<sup>40</sup> RUSCONI, Maximiliano. “Derecho penal. Parte general”. Ad-Hoc. Buenos Aires, 2007. Pág. 78

<sup>41</sup> FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. “Teoría del garantismo penal” Traducción Perfecto A. Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel - Juan Carlos Bayón Mohino - Juan TerradillosBasoco - Rocío Cantarero Bandrés. Ed. Trotta. Madrid. 1997 (Ed. italiana, 1989) Pág. 467.

- Birnbaum luego postularía que *“Cualquier bien que debe ser tutelado por el Estado, siempre que esta tutela general no pueda ser realizada más que mediante la amenaza de una pena determinada”*.
- Para la escuela clásica italiana (*Romagnosi, Pellegrino Rossi y Carrara*) el concepto continúa manteniendo una base empírica.
- En la segunda mitad del siglo XVII el concepto pierde *“toda función axiológica”*. Al decir de Ferrajoli: *“Su significado no sólo se amplía, sino que conoce una radical alteración de su referente empírico, que se desplaza de los intereses individuales afectados al interés del Estado, concebido al principio como interés en la protección de lo que éste considera digno de ella y, más tarde, simplemente, como interés en la obediencia o en la finalidad. Este giro, en parte, es atribuido a Hegel”*.
- Luego, a través de *Ihering, Liszt y Binding*, el concepto, progresivamente, se va transformando en *“El derecho del Estado a las acciones u omisiones impuestas bajo amenaza de pena”*. Esta concepción se ve identificada nítidamente en la concepción de *Giuseppe Maggiore* para quien *“todo delito es, en definitiva, un delito de felonía, un crimen laesae maiestatis”*.
- En el último giro *“involutivo”*, *Ferrajoli* ubica el concepto en la etapa espiritualista e irracionalista en la cultura alemana de comienzos del siglo XVIII, momento el cual *“El concepto de bien se desmaterializa definitivamente, transformándose, de criterio de delimitación y deslegitimación externa, en instrumento positivo y autoreflexivo de legitimación política de los intereses tutelados”*.
- Sin embargo, *Ferrajoli* advierte que luego de la Segunda Guerra Mundial el concepto adquiere *“relevancia crítica y función axiológica”*.

## 2. DELITO DE INCESTO

### 2.1 TIPICIDAD OBJETIVA

**ARTICULO 237. INCESTO.** <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1 de Enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que realice acceso carnal u otro acto sexual con un ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses.

<b>Epígrafe</b>	ARTICULO 237 C.P. INCESTO
<b>Verbo rector</b>	"Realizar" acceso carnal u otro acto sexual.
<b>Sujeto Activo</b>	Calificado por circunstancias <b>naturales</b> ; el parentesco.
<b>Sujeto Pasivo</b>	Calificado por circunstancias <b>naturales</b> ; el parentesco: Ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana,
<b>Bien Jurídico Tutelado</b>	Familia
<b>Objeto</b>	<b>Jurídico:</b> Delitos contra la familia. <b>Material:</b> Persona.
<b>Sanción</b>	Pena Privativa de la libertad: de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses.

<b>Modo de comisión de la conducta:</b>	Dolosa.
---	---------

### 2.2 SENTENCIA C – 404 DE 1998, SUS IMPLICACIONES EN EL NIVEL CONSTITUCIONAL.

Para una mejor comprensión del proferimiento en referencia se realizará un breve recuento comentado:

Ante la Corte Constitucional fue presentada demanda de inconstitucionalidad en contra del Artículo 259 del Decreto 100 de 1980.

El actor para fundamentar la inconstitucionalidad del artículo 259 del Código Penal, señala que el derecho sólo puede sancionar los comportamientos del *hombre* "cuando interfieran con la órbita de acción de otras personas" y, por tanto, no es constitucional penalizar el incesto, pues "la relación entre padre

(madre) e hija (hijo), adoptante o adoptivo, o entre hermana o hermano, sea de acceso carnal u otro acto erótico sexual, consentido, no afecta a las demás personas, ni al núcleo familiar". En su opinión, el incesto, es "una acción privada que no ofende siquiera la moralidad pública, sino que únicamente concierne a la moral individual" y como acción privada, debe ser inmune a la actuación de las autoridades judiciales, pues "un acto que no se exterioriza no puede ofender bienes del mundo exterior y mucho menos colocarlos en peligro, como son los bienes de la naturaleza jurídica." En otras palabras, para el demandante, la norma acusada viola el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 16 de la Constitución, que garantiza a todo individuo la posibilidad de proyectar su "visión de sí mismo y la de tomar decisiones que pueden determinar su desarrollo como persona en el medio social". Así mismo considera, que tal como se encuentra tipificada la conducta del incesto en el artículo 259 del Código Penal, este delito solamente se configura cuando el trato sexual se cumple con el consentimiento mutuo de los protagonistas y, en consecuencia, es imposible determinar quién es la víctima o quién tiene la facultad para denunciarlo. En últimas, lo que pretende el actor con la demanda, es que el delito de incesto como tal "no esté reprimido como figura autónoma", porque las consecuencias negativas que se pueden seguir de las relaciones incestuosas ya están sancionadas por el ordenamiento jurídico en otras disposiciones del Código Penal que regulan el tema sexual.

La Corte escuchó en audiencia pública las opiniones de antropólogos, sociólogos, abogados y filósofos con el fin de definir si avala o no el incesto como delito y concluyó que: Con base en los argumentos expuestos, encuentra la Corte que cualquiera que sea el sentido de la prohibición del incesto, tabú inherente a la cultura o desestímulo consciente de relaciones que resultan indeseables, es claro que a la luz de la más rigurosa racionalidad normativa, en la perspectiva de la Constitución colombiana, la penalización de esas relaciones aparece legítima y necesaria, siempre que sean atentatorias del bien jurídico que el legislador ha querido proteger. En otros términos, si la familia es un bien digno de protección para el Constituyente, y todas las disciplinas científicas que se ocupan de ella han establecido que el incesto atenta contra ese bien, es ineludible concluir que el desestímulo de las relaciones sexuales entre parientes, mediante la penalización de esa conducta, resulta razonable y proporcionado en aras de la preservación de la familia.

Ante la Corte, un bloque, liderado por la Iglesia Católica y la Procuraduría, sostuvo que la penalización se justifica como un medio para proteger a la familia. De éste modo, el representante del Episcopado Colombiano, Monseñor Fernando Sabogal, sostuvo que hay razones de seguridad, salubridad y moralidad pública que justifican que el incesto sea considerado como un delito. De acuerdo con Monseñor, las sentencias más polémicas que ha proferido la Corte han sido las que han interpretado ese derecho, precisamente porque se han basado en una concepción errónea de la libertad, propia de una antropología individualista. En opinión del prelado, si la Corte con base en estos argumentos decidiera

despenalizar el incesto desconocería que uno de los principales deberes del Estado es proteger la integridad de la familia, como núcleo primordial de la sociedad.

Al respecto, la representante de la Consejería Presidencial para Derechos Humanos, Argelia Londoño, consideró que la prohibición debe ser eliminada, pero sólo cuando se trata de situaciones que involucran a los adultos. Los niños, en su criterio, deben mantener el amparo legal.

En la sentencia igualmente se manifestó el Procurador auxiliar Javier Tobo, quien expuso que tipo aludido, es un atentado contra la familia y dijo “El día en que nuestra sociedad no se afecte por el incesto, el legislador podrá tomar la decisión de legalizarlo, pero mientras esa idea nos produzca rubor y sigamos sintiéndola como un atentado contra nuestras familias, esta conducta deberá seguir siendo prohibida”. Para el representante de la Procuraduría, Javier Tobo Rodríguez, el incesto es una conducta reprobable porque así lo establecen las costumbres y los principios que rigen nuestra sociedad actual.

En opinión del Ministerio Público, es por esta razón que la ley puede darle carácter delictivo y establecer sanciones en su contra, aunque se trate de una excepción al libre desarrollo de la personalidad. Afirmó que este derecho no es absoluto y que existen límites que se le pueden imponer como consecuencia de los valores y principios que son importantes en un momento para una comunidad.

En opinión del fiscal General de la Nación, Alfonso Gómez Méndez, desde el punto de vista constitucional, el legislador está en la posibilidad de determinar libremente qué conductas pueden ser consideradas o no como delitos. Esto depende en últimas de la evaluación que se haga en un determinado momento de las circunstancias y costumbres que respete la sociedad. En Colombia, de acuerdo con el Fiscal, el incesto ha sido consagrado en todos los códigos penales como delito, porque tradicionalmente, según los criterios de nuestra sociedad, ha sido considerado como una conducta reprochable. El Fiscal dijo que este es un caso en el cual la libertad personal está en conflicto con la protección de la familia. En su concepto, lo más importante es el amparo familiar debido a su trascendencia en la sociedad.

En el fallo la Corte ha sostenido que el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad no puede atentar contra los derechos de sus demás miembros, ni poner en peligro la preservación de una institución que el mismo constituyente ha erigido como esencial para la sociedad.

En este orden de ideas, si bien a la Corte no le compete terciar en la disputa -que surge a partir de la hermenéutica de las normas legales- acerca de si el incesto puede concurrir con los delitos sexuales o si el hecho del parentesco constituye una causal de agravación-, lo que queda claro para dicha Corporación, es que las

diferentes formas en las que las relaciones incestuosas pueden afectar la institución familiar, justifican plenamente, la tipificación del incesto como delito autónomo.

Aclaración de voto.

## **2.3 CONSENTIMIENTO COMO CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN EN EL DELITO DE INCESTO**

**2.3.1 Diferenciación entre acuerdo y consentimiento propiamente dicho.** En este acápite, en primera instancia se realizarán algunas precisiones respecto del consentimiento, para lo cual, en inicio vale citar a *Donna*<sup>42</sup> quien defiende la autodeterminación propia de un Estado de Derecho; pero establece que el límite a esta libertad está en las normas sociales. Sosteniendo que la voluntad del sujeto, sea cual fuere la postura que se adopte, resulta relevante, por lo cual, debe ser informada, libre de error y de coacción y manifestada.

En sus palabras: *“El consentimiento sólo será eficaz en los casos en que el bien pertenezca al sujeto, que sea dado libremente, y que los bienes jurídicos sean individuales”*. De éste modo según el autor en cita, el único consentimiento que no es válido es el de la propia muerte, excepto en los casos de suicidio, así como tampoco el consentimiento de daño al propio cuerpo es aceptable, pues la lesión en contra de las buenas costumbres está limitada por el interés de la comunidad.

Por su parte respecto al mismo punto, *Jescheck*<sup>43</sup> distingue tres supuestos: Los delitos que sólo pueden cometerse con la conformidad del sujeto pasivo; los que pueden cometerse sólo contra la aprobación del sujeto pasivo, y aquellos en los cuales el sujeto pasivo puede de hecho disponer del bien jurídico, pero *“La acción típica no se dirige únicamente contra su voluntad, sino que en ellos el objeto de acción previsto en el tipo experimenta un menoscabo a causa del hecho que posee un significado propio para la comunidad, con independencia de la voluntad del afectado”*.<sup>44</sup>

Así, en el primer supuesto, la conformidad integra uno de los elementos del tipo; en el segundo, ante la conformidad del titular del bien jurídico, la conducta resulta inofensiva, denominando a éste como “acuerdo” e identificado al último como “consentimiento”, y planteando que el referido funciona como causa de justificación bajo el entendido de que la libertad del legitimado *“sólo se reconoce dentro de ciertos límites”*.

---

<sup>42</sup> DONNA, Edgardo Alberto. *“Teoría del delito y de la pena”* En: Imputación delictiva, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1995, Pág. 171.

<sup>43</sup> JESCHECK, Hans. *“Tratado de derecho penal. Parte general I”* 3ª Edición. Traducción Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona.1978. Pág 334.

<sup>44</sup> *Ibidem*, Pág. 511.

En cuanto al tratamiento jurídico penal de los casos de acuerdo, advierte que no puede indicarse con carácter general; puesto que se trata de “*supuestos de naturaleza puramente fáctica*”, y por tanto el análisis debe efectuarse de acuerdo a cada tipo penal a “*su sentido y finalidad*”.

Respecto al consentimiento, reconoce que tradicionalmente se lo ha ubicado como causa de justificación, pero menciona, sin embargo, como una doctrina minoritaria a aquella, lo ubica como un elemento del tipo. Resaltando que su ubicación en la teoría del delito no puede ser tomada sin importancia por las consecuencias que ello ocasiona respecto del error (de tipo o de prohibición), de la tentativa o consumación.

*Jescheck* analiza el consentimiento como causa de justificación, ya que la norma protege la integridad del bien que se ve afectado por el delito y no la autonomía de la voluntad de su titular. Esto involucra necesariamente, para determinados bienes jurídicos, la consagración como bienes vitales y la valoración de la comunidad, virtud que será reconocida a nivel constitucional. Basado en la existencia de bienes vitales que no pueden ser dispuestos sin más por su titular, entiende que el consentimiento de éste no podrá por sí mismo provocar la atipicidad de la conducta. El consentimiento deberá reunir ciertos recaudos (capacidad de discernimiento, voluntad libre de error y de coacción). Y este análisis deberá efectuarse en la antijuridicidad.

Este encuadre, como causa de justificación, se basa en una consideración de política jurídica.<sup>45</sup> En un Estado de derecho liberal, la libertad personal resulta un valor social, de interés para la comunidad (propugna la conservación de determinados bienes). Es por ello que, aun tratándose de bienes individuales personalísimos, la disposición de ellos por su titular debe estar sujeta a condiciones y a ciertos límites. Entiende que ni siquiera la propia vida puede ser dispuesta por su titular —salvo el suicidio—, ya que está fuera de la esfera de “la libertad de decisión personal”.

Tanto *Maurach* como *Roxin* citan como hito en la evolución doctrinal del consentimiento la tesis doctoral de *Geerds* quien distingue entre un acuerdo eliminador del tipo y el consentimiento justificante. El “acuerdo” abarca los delitos que requieren una acción contraria a la del sujeto pasivo, como elemento del tipo o como acción típica. Resulta de “naturaleza meramente fáctica” (por contraposición al consentimiento). Para ello, *Geerds* desarrolló reglas generales y diferentes de

---

<sup>45</sup>Ibídem, Pág. 515 y ss. *Jescheck* establece su reconocimiento ya en el derecho romano, en tanto se le concedía al consentimiento del titular la virtud de justificar una injuria o lesión cuando se trataba de sus derechos personalísimos —*volenti non fit iniuria, nulli iniuria est quæ in volentem fiat*—. Descarta las teorías del negocio jurídico, la del abandono del interés por su titular, la que considera la desaparición del objeto de protección (por desprecio de su titular) y la que sostiene que se trata de una renuncia a la protección penal. A esta última la indica como mayoritaria en la jurisprudencia.

las que corresponderían al consentimiento justificante. Sin embargo, la aplicación de estas reglas comunes fue cuestionada.

La concepción dominante distingue entre acuerdo (en cuanto elimina la tipicidad) y consentimiento (como causa de justificación).

En la década de los setenta la tendencia fue considerar “el conjunto del consentimiento” como lesión típica de un bien jurídico. Menciona como seguidores de esta postura a Kaufmann, Welzel, Horn, Gössel y Zipf, entre otros.

Maurach funda su posición en que fue determinante el énfasis puesto en la división entre el ilícito de acción y el de resultado; con la renuncia efectiva de un bien jurídico, el acuerdo provoca que el bien jurídico individual afectado, penalmente protegido a causa de una relación que lo une a su titular, sea extraído del campo de protección de la norma penal mediante el acto de disposición del sujeto legitimado.<sup>46</sup>

De este modo, el consentimiento pasa a ser un problema propio de la lesión del bien jurídico y no de la justificación de una lesión semejante, puesto que la exclusión de una posibilidad de lesión penalmente relevante no puede ser clasificada acertadamente desde el punto de vista de la justificación de una acción típica, sino solamente dentro de la exclusión de la tipicidad.

Establece reglas particulares que son aplicables tanto para el caso del consentimiento que provoca la atipicidad como para el consentimiento justificante. Frente al debate sobre la ubicación en la teoría del delito, sostiene que su significado es teórico. Su postura permite “una clara aprehensión del ilícito típico de resultado y, además, posibilita la existencia de estructuras adecuadas en la teoría de las causales de justificación, ya que el consentimiento no es considerado dentro de aquéllas.”<sup>47</sup>

Permite una mayor separación entre el consentimiento expreso y presunto, ya que ese último sólo puede considerarse como causa de justificación. Fundamenta su posición en “el desarrollo de la teoría del consentimiento como renuncia de un bien jurídico en forma directa, a partir de la teoría del ilícito del resultado”.

No le pasa inadvertida la vinculación del tema con la política jurídica, ya que la facultad que se le reconocerá al titular del bien jurídico de consentir la lesión del mismo encuentra su fuente en la autodeterminación o “garantía de la libertad

---

<sup>46</sup> MAURACH Y ZIPF, *“Derecho penal. Parte general: Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible”* Traducción de la 7ª Edición alemana Jorge Bofillgenzch y Enrique Aimone Gibson, supervisada por Edgardo A. Donna Ed. Astrea. Buenos Aires. 1994. Pág. 350 y ss.

<sup>47</sup> *Ibíd*em, pág. 287.

general de acción” de rango constitucional; reconocimiento que presupone una ponderación constitucional de intereses previa.

En lo que atañe a la relación entre la autodeterminación personal y su obligación como integrante de la sociedad de proteger los bienes jurídicos, le otorga preeminencia a la primera.

Con relación a la distinción doctrinaria entre “acuerdo” y “consentimiento” (según que elimine la tipicidad o se aplique como causa de justificación), *Maurach* advierte que no debe tomarse al primero como “una institución jurídica autónoma con reglas propias, sino como una forma de la interpretación de los elementos del tipo”.

La distinción debe hacerse en cada delito, según que el consentimiento sea un elemento del tipo penal o si se refiere “a la acción en su conjunto”. Serán distintos también los requisitos que se exijan para el acuerdo. El consentimiento con relación a la norma penal —integral— será relevante cuando se trate de un bien jurídico individual “susceptible de disposición privada”; será en un grupo de delitos limitados.

Para el caso que el tipo penal consagre bienes jurídicos individuales y colectivos simultáneamente, deberá analizarse cuál de los dos tiene preponderancia, para resolver sobre su disponibilidad. Si ambos tienen el mismo rango, podría concederse una exclusión parcial de la penalidad.

Dentro de los bienes jurídicos individuales, no son disponibles por su titular aquellos que denomina “irrenunciables”, respecto de los cuales el consentimiento es irrelevante. El caso emblemático es el bien jurídico vida. Y elimina también de la teoría estricta del consentimiento aquellos delitos que exigen una actuación con consentimiento.

En el mismo contexto, *Roxin*, a partir de su concepción del bien jurídico (teoría liberal del bien jurídico: sirve para el libre desarrollo de la persona), entiende que el consentimiento eficaz elimina la tipicidad de la conducta. Esto es así ya que la disposición sobre el bien jurídico constituye la expresión del desarrollo de su titular; por tal motivo, no existe lesión alguna para éste.

Sin embargo, reconoce límites a la disponibilidad de los bien jurídicos, que en el caso de ser sobrepasados, el consentimiento no es eficaz. Como crítica para aquellos que distinguen acuerdo y consentimiento propiamente dicho, refiere que confunden el bien jurídico con el objeto material de la acción. Por su parte, rechaza esa distinción.

La atipicidad que genera el consentimiento eficaz la deriva de manera inmediata de la libertad de acción reconocida en la Constitución y de manera mediata, del

derecho consuetudinario y de la adecuación social de la acción apoyada en éste. Así, el ejercicio de esta libertad se plasma en la posibilidad del titular del bien jurídico individual de disponer de éste. Congruentemente, cita a Rudolphi en cuanto define al bien jurídico protegido como integrado por la relación mutua del bien jurídico y la posibilidad de disposición sobre éste.

Advierte sobre la distinción que pueda efectuarse entre la voluntad real del titular del bien jurídico y su “bienestar real”, ya que fundar la tipicidad sobre éste arrojaría al ordenamiento jurídico “...una sublimidad de juicio que no corresponde” y ocasionaría “insuperables dificultades de delimitación”.

Para rechazar el consentimiento estricto como causa de justificación alega que no existe una ponderación de bienes en conflicto ni la necesidad de la conducta llevada a cabo por el autor “Todas las causas de justificación descansan en los principios de ponderación de intereses y de necesidad”. El consentimiento no tiene eficacia para aquellos tipos penales que protegen bienes jurídicos de la comunidad, aunque el inmediato afectado sea una persona individual (por ejemplo los delitos de falso testimonio y falsa denuncia). Ante el supuesto de tipos penales que protejan simultáneamente bienes jurídicos individuales y de la comunidad, propone que su solución debe hallarse en cada caso en particular. Tampoco exime de tipicidad, cuando la figura requiere o presupone una cooperación de la víctima, como forma de protección para ésta. Cita como ejemplo los delitos de abusos sexuales y usura.

Descarta la distinción tradicional entre consentimiento excluyente de tipicidad y otro justificante. Se enrola en la postura “moderna” en cuanto proclama que el consentimiento siempre excluye la tipicidad. Sin embargo, identifica al género como aquiescencia, y distingue el acuerdo que elimina la “tipicidad objetiva sistemática” y el consentimiento que elimina “la tipicidad objetiva conglobante”.

Con esta breve reseña, quedan establecidas las dos grandes corrientes doctrinarias con relación a la ubicación sistemática del consentimiento, ya sea en la tipicidad o en la antijuridicidad.

**2.3.2 Requisitos y efectos del consentimiento: El consentimiento frente a bienes jurídicos indisponibles.** Jescheck establece que *“El consentimiento debe referirse siempre a un hacer u omitir futuros de otra persona determinada”*. Se trata pues de *“una figura peculiar del Derecho Penal, cuyos requisitos de eficacia deben determinarse de conformidad con la agresión al objeto de la acción protegido sea o no expresión de la libertad de decisión personal del titular del bien jurídico reconocida por el ordenamiento jurídico, pues sólo esto resulta decisivo para la justificación del hecho”*.

Requiere que el consentimiento haya sido reconocible externamente de algún modo, sin recurrir a los recaudos sobre la declaración de la voluntad del derecho civil.

El objeto del consentimiento abarca no sólo la acción, sino también el resultado típico previsible de ésta al momento del otorgamiento.

El que consiente debe tener capacidad “natural de entendimiento y discernimiento para poder estimar en lo esencial la significación del abandono del interés protegido y la trascendencia del hecho.”.

La voluntad debe ser libre; el consentimiento será ineficaz si el error o el engaño afectan la “cantidad y cualidad del menoscabo del objeto de la acción”, o si la amenaza implica un mal grave.

El consentimiento, puede ser revocado en cualquier momento por quien lo otorgó sin necesidad de recurrir al derecho civil. No es relevante que el consentimiento mismo contravenga una prohibición legal o las buenas costumbres.

Donna exige que “El afectado debe tener capacidad natural de entendimiento y discernimiento para poder estimar la significación del abandono del bien jurídico protegido y la trascendencia del hecho. Debe estar libre, además, de los vicios de la voluntad, tales como el error, el engaño y la coacción. Quien actúa con el consentimiento del afectado debe conocer ese consentimiento y proceder en base a él”.

Es claro, entonces, que los requisitos no se agotan con las exigencias de la libre voluntad del afectado, sino que es necesario que el tercero conozca ésta. Maurach requiere que para delimitar el objeto del consentimiento debe distinguirse la relevancia jurídica del consentimiento de su limitación fáctica.

Desde el punto de vista jurídico se refiere al bien jurídico protegido por el tipo penal. Si se trata de un bien disponible por su titular, recién entonces deberá analizarse cuáles son los requisitos de la renuncia para que sea relevante.

La relevancia del consentimiento está íntimamente ligada a un bien jurídico y, por ende, al resultado de una acción u omisión. Por regla general su delimitación fáctica se vincula con el objeto, lugar y tiempo de la acción típica. Es identificada por el autor citado como “dimensión temporal espacial del consentimiento”.

Maurach sostiene que la significación de las buenas costumbres, como límite al consentimiento, debe interpretarse a partir de la Constitución.

En cuanto a los requisitos exigibles para la procedencia del consentimiento descarta, como la mayoría de la doctrina, los presupuestos del derecho civil.

El consentimiento eficaz exige que el otorgante “entienda suficientemente la esencia y el alcance de su renuncia”. Dependerá en cada caso del bien jurídico lesionado y de las características del ataque a éste.

En cuanto a la motivación del consentimiento, sostiene que lo relevante es la capacidad de comprensión del otorgante, para que aquél sea eficaz. Por tanto, el consentimiento eficaz es el otorgado libremente: sin engaño, sin coacción, por una persona capaz (se descarta en principio el otorgado por un inimputable); “serio y voluntario”.

Tampoco resulta relevante para el derecho penal el consentimiento otorgado con posterioridad al delito. Finalmente, en cuanto al conocimiento del consentimiento otorgado. Maurach parte del análisis de que ante un consentimiento eficaz, desaparece el resultado disvalioso. Pero si el autor desconoce esta situación, encuadra su accionar en un caso de tentativa inidónea.

Ahora bien, si el autor cree que actúa amparado por el consentimiento del sujeto pasivo, debe distinguirse; si el error se refiere a los hechos, se trata de un supuesto de error de tipo, si el error se refiere a “concepciones jurídicas equivocadas”, es un caso de error de prohibición. Roxin, en cuanto a los requisitos para la validez del consentimiento, sigue la teoría intermedia o mediadora: no requiere que el consentimiento sea expreso, basta con una acción concluyente. No es necesario que sea declarado frente al autor o que sea reconocible para éste: “El consentimiento es en efecto sólo «expresión de la conformidad del parecer interno propio con el ajeno», pero, desde luego, «más que un mero admitir y que un mero dejar hacer»”.

Descarta, así, las teorías del negocio jurídico o de la declaración de la voluntad, y la teoría de la dirección de la voluntad.

En cuanto al momento, debe ser prestado antes del hecho, y es revocable en cualquier momento de manera exteriorizable. Como sostiene la mayoría de la doctrina, el consentimiento posterior es irrelevante. Roxin advierte en estos casos sobre una violación al principio de oficialidad, en tanto que sería un particular quien dispondría de la pretensión punitiva estatal. El consentimiento abarca la acción y el resultado, como integrante del tipo. En los delitos culposos deja planteado el conflicto que puede suscitar quien consiente acciones y riesgos, en tanto consiente simultáneamente un resultado.

El otorgante del consentimiento debe tener una concreta capacidad de entendimiento y de juicio, que debe ser analizada en cada caso concreto. Entiende suficiente como regla general, en casos de adultos, “La capacidad de entendimiento y de juicio en tanto su imputabilidad en relación con el caso concreto no haya disminuido y con tal de que sean suficientemente informados

sobre los fundamentos reales del consentimiento”. La exigencia de la jurisprudencia es mayor.

El representante del incapaz puede prestar consentimiento por su pupilo, regido en principio por las reglas del derecho de familia. Sin embargo, no admite su validez lisa y llana para la disposición de derechos personalísimos, como, por ejemplo, la donación de órganos. No cualquier engaño invalida el consentimiento: “El consentimiento sólo puede ser eficaz en la medida en que el acontecimiento se presenta, según los baremos normativos, aún como expresión de la autonomía del portador del bien jurídico, como realización de su libertad de acción”.

Para los casos de error descarta la posición de la doctrina mayoritaria, toda vez que la manifestación que requiere el consentimiento involucra “una interpretación objetiva”. Con relación a quien actúa sabiendo que quien consiente ha incurrido en un error, no generado por él, lo identifica como un supuesto de abuso de derecho. Sobre las amenazas adopta una postura restringida. Sólo interfieren en el consentimiento aquellas que “Afecten seriamente a la libertad de decisión del titular del bien jurídico, de modo que el suceso ya no es expresión de su libertad de acción”.

Roxin sostiene que en los casos en que el consentimiento sea procedente, elimina la tipicidad, propugna que el error del autor, siempre encuadra en un error de tipo y siempre quedará excluido el dolo, y en algunos supuestos será penada la conducta imprudente. Si el autor desconoce la existencia del consentimiento del sujeto pasivo falta un elemento del tipo objetivo. Sin embargo, como subjetivamente actuó con dolo, su conducta encuadra en una tentativa imposible. La postura de Zaffaroni con relación a los requisitos del consentimiento es más amplia que las desarrolladas hasta ahora. No requiere que el autor conozca la existencia del consentimiento, basta “su mera existencia”. Para la revocabilidad, siempre debe ser expresa. Sin embargo, admite casos en los que no es exigible que ésta sea conforme a derecho.

La manifestación de la aquiescencia no está sujeta a formalidad alguna, “se trata de un acto individual del sujeto titular”. Debe ser otorgada antes del acto, pero admite su relevancia con el comienzo de ejecución, cuando la lesión ocasionada hasta entonces haya sido insignificante.

Sólo puede consentir el titular del bien jurídico individual; si se tratara de un “bien jurídico plural”, sólo podrá disponer siempre que no interfiera en el ámbito del otro titular. En cuanto a los vicios de voluntad, sigue la postura tradicional con dos aclaraciones expresas; el error o engaño debe estar referido siempre al bien jurídico en cuestión, y dicha regla no es absoluta, ya que advierte la posibilidad de que un tercero ajeno al hecho genere el engaño que induzca a error del titular (supuesto de autoría mediata). Descarta como límite al consentimiento la pauta de “las buenas costumbres”.

## 2.4 EL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM A LA ÓPTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE: EL DELITO DE INCESTO COMO AGRAVANTE EN LOS DELITOS DEL TÍTULO IV, CAPÍTULO I Y II DEL CÓDIGO PENAL

*La prohibición de agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que ya fue tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal.*

La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha referido a esta prohibición en el tratamiento de varios casos en los cuales se alegaba una presunta violación del principio *non bis in ídem*. En la Sentencia T-575 de 1993, la Corte protegió el derecho al debido proceso de un accionante al encontrar que la sentencia penal condenatoria se había desconocido el principio *non bis in ídem*, al ordenar “una adición a la pena con base en una causal genérica de agravación establecida en el artículo 372 del Código Penal pese a que previamente se había aumentado la pena básica de conformidad con las causales específicas de agravación contempladas en su artículo 351”. La Corte expresó lo siguiente:

“El principio que prohíbe someter dos veces a juicio penal a una persona por un mismo hecho, independientemente de si fue condenada o absuelta, es expresión directa de la justicia material. En virtud de este principio, no le es lícito al juzgador fraccionar el hecho para convertirlo en varios delitos o traducirlo en varias penas. **Tampoco le es permitido valorar un mismo factor como elemento integrante del tipo penal y, a la vez, como circunstancia agravante del delito o de la punibilidad.** El principio *non bis in ídem* actúa así como una protección al acusado o condenado contra una posible doble incriminación total o parcial” (Subrayas fuera del texto).

Más adelante, en las Sentencias C-006 de 2000 y C-229 de 2000, la Corte reiteró que hacía parte del principio *non bis in ídem*, el reconocimiento de la prohibición de agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que ya fue tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal, conocida comúnmente como “*prohibición de la doble valoración de una circunstancia*”.

Al prohibir que una misma circunstancia se convierta en elemento constitutivo del tipo penal y en causa de agravación del mismo, el principio *non bis in ídem* persigue evitar que las causales de agravación se impongan de modo arbitrario e injustificado a quienes sean responsables de un delito. Los elementos constitutivos de una infracción penal fundamentan la responsabilidad penal. Las circunstancias de agravación, en cambio, modifican la responsabilidad penal. Por eso mismo las circunstancias de agravación se justifican en la ley penal, cuando el ilícito es cometido en determinadas

circunstancias que se estiman más reprochables porque, por ejemplo, suponen un mayor peligro o lesión para el bien jurídico. De manera que no es justificable una agravación punitiva *necesariamente imponible* al autor del delito, pues eso supone que en realidad no se aumenta la pena de aquel que cometa el comportamiento punible en ciertas circunstancias de tiempo, modo y lugar que demuestren una mayor lesividad del bien, sino que en todos los casos se impondría la modificación de la sanción penal imponible.

Al respecto, conviene recordar la Sentencia C-115 de 2008. En dicha sentencia, la Corporación examinaba la constitucionalidad de una disposición penal que contemplaba las circunstancias agravantes del homicidio y de las lesiones imprudentes. Una de ellas se aplicaba “*Si al momento de cometer la conducta el agente se encontraba bajo el influjo de bebida embriagante o de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica y ello haya sido determinante para su ocurrencia*”. El cargo planteado por el actor se centraba en afirmar que la aplicación de ese agravante suponía una doble valoración del hecho de estar bajo el influjo de bebidas embriagantes o de sustancias que produzcan dependencia física o psíquica, pues el que dicha circunstancia fuera determinante para la producción del resultado ya había sido tenido en cuenta para configurar el delito imprudente, y por eso no podía agravarse la conducta posteriormente con fundamento en ella. En ese caso, la Corte no estimó que se hubiera violado el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, debido a que en realidad la causal de agravación no tenía como finalidad formular un nuevo juicio de reproche por la ingestión de bebidas alcohólicas o de sustancias que generaran dependencia física o síquica, sino la de aumentar el juicio de reproche porque el actor no observó una conducta más cuidadosa, pudiendo hacerlo. Dijo la Corte, en aquella ocasión:

“El principio *non bis in idem* es una proscripción que se afecta cuando una misma situación fáctica es sometida a un doble juicio o acarrea para el agente doble sanción, pero tal situación no acaece, en ninguna de sus eventualidades, frente a la estudiada circunstancia de agravación punitiva de los delitos culposos de homicidio y lesiones personales”

Debe puntualizarse que la sanción se presenta cuando “*por culpa* del agente se produce un resultado (muerte o lesión, según el caso), que se agrava punitivamente por haber sido determinante para su ocurrencia el consumo de bebidas alcohólicas, drogas o sicotrópicos, que afectaron el funcionamiento de su organismo, particularmente en sus facultades de observación, control y reacción, sin que el sólo hecho de consumir esa clase de sustancias conlleve, por sí mismo, la comisión de un delito.

Contrario a lo expuesto por el demandante, la circunstancia específica de agravación punitiva contenida en el numeral 1º del artículo 110 de la Ley 599 de 2000, sólo tendrá lugar si al “*cometer la conducta*” el agente se encontraba bajo

el influjo de tales sustancias, y ello *“haya sido determinante”* para la producción del resultado lesivo.

Igual presupuesto se contemplaba en el artículo 330 del Decreto 100 de 1980, en donde la pena por homicidio culposo o lesiones personales culposas se aumentaba, si al momento de cometer *“El hecho”* el agente se encontraba bajo su influjo, siendo determinante la influencia de la alteración orgánica generada por el consumo en el resultado causado, pues de lo contrario tampoco se daba aplicación a dicha circunstancia.

Entonces, cuando el legislador en el ejercicio de su facultad y deber de regular el *iuspuniendi* del Estado, incluyó como una de las circunstancias de agravación punitiva la determinación, en la producción del resultado lesivo, de la ingestión de sustancias que alteren la capacidad sicomotora, no se presenta una segunda punición del mismo comportamiento, como plantea el actor.

Cabe destacar que con la agravación de la pena no se tiene el propósito de *“formular un reproche a la persona por el hecho mismo”* del consumo, sino un aumento por la mayor censura que amerita no haber observado una conducta más cuidadosa, *“pudiendo obrar de otro modo y poseyendo actitud psicofísica para comprender el hecho”*, pero a pesar de ello incurrir voluntariamente *“en el comportamiento merecedor de reproche punitivo”*

En este punto es posible concluir que el derecho a no ser juzgado dos veces por un mismo hecho, se desconoce al consagrar una causal de agravación basada en una circunstancia que ya fue tenida en cuenta como elemento del tipo. Con todo, aún en caso de que se infrinja una prohibición de esta naturaleza, debe verificarse el cumplimiento de otros dos requisitos.

En primer lugar, que la causal de agravación aparezca injustificada, pues de otro modo el legislador actúa en ejercicio de su potestad de libre configuración normativa. Así lo expresó la Corte en la Sentencia C-038 de 1998 en la cual estudiaba la validez de una causal de agravación punitiva por la posición distinguida que el delincuente ocupara en la sociedad por su riqueza, ilustración, poder, cargo, oficio o ministerio.

En segundo lugar, es necesario verificar en esta hipótesis, si se cumplen los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para identificar la violación del principio *non bis in ídem* en más de un proceso jurisdiccional. Estas reglas fueron expuestas por la Corporación en la Sentencia C-1265 de 2005, en la cual al estudiar si resultaba ajustada a la Carta una norma que facultaba a la Comisión Nacional del Servicio Civil para imponer sanciones disciplinarias a los servidores públicos de entidades territoriales y nacionales, pese a que los referidos servidores públicos ya podían ser investigados y sancionados disciplinariamente por otra autoridad –la Procuraduría General- y por los mismos

hechos, señaló el principio *non bis in ídem* no se violaba, siempre: “(i) que la conducta imputada ofenda distintos bienes jurídicamente protegidos; (ii) que las investigaciones y las sanciones tengan distintos fundamentos normativos; (iii) que los procesos y las sanciones atiendan a distintas finalidades; (iv) que el proceso y la sanción no presenten identidad de causa, objeto, sujetos, acciones, fundamento normativo, alcance y finalidad” Al emplear esas reglas para verificar si se viola el derecho a no ser juzgado dos veces por un mismo hecho dentro de un proceso jurisdiccional, se tiene que una circunstancia no puede ser doblemente valorada, primero como elemento constitutivo del tipo penal y luego como causal de agravación punitiva, si: (i) el comportamiento agravado ofende el mismo bien jurídico que el comportamiento punible; (ii) la investigación y la sanción a imponer se fundamentan en idénticos ordenamientos punitivos; y (iii) la causal de agravación persigue finalidades idénticas a las buscadas con el tipo penal básico.

## 5. PROPUESTA DEL AUTOR

La Constitución Política de Colombia, como ha podido verse, es abundante en garantías. Una de ellas, base misma de toda la normatividad, es la libertad individual, que fue consagrada en toda su dimensión, tanto en versión negativa -no impedimento para su ejercicio- como positiva -crear las condiciones sociales, políticas y económicas para su desarrollo-.

El Preámbulo la consagra como uno de los fines esenciales del Estado. Su importancia es tal *en cuanto a libertad de actuación*, que varios artículos se refieren a ella (12,13,15,17,18,19,20,24,26,27,28,29,30,31,32,33,34,35,37,38,39,40, etc.).

No obstante, la gran novedad de la actual Constitución Política es haber consagrado expresamente en su artículo 16 el llamado derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. La importancia de la innovación radica en que los límites a la libertad anteriormente venían impuestos por la ley, por tanto, era ésta la que, teniendo como única barrera o contención la prudencia del legislador, señalaba cuándo, cómo, dónde y por qué podría ser restringida. Este paradigma estaba representado en una fórmula muy cara al pensamiento del Estado Liberal: los particulares pueden hacer todo aquello que no les esté prohibido, los funcionarios del Estado sólo lo que les esté permitido.

Pues bien, el problema de la libertad se reducía a lo que determinara la ley; en la práctica frente a los prolíficos legisladores, especialmente aquél excepcional por el texto jurídico pero general en la *praxis* legislativa (esto es, el ejecutivo-decretos constitucionales autónomos, decretos de estado de sitio, decretos de emergencia económica, decretos extraordinarios y otros más-), la libertad, de principio general, quedaba reducida a su mínima expresión. Qué no decir frente a la posibilidad de que fuera restringida y sobre ella hubiera disposición por parte de autoridades no jurisdiccionales, pues no existía el principio de reserva judicial en tal materia.

Las cosas han cambiado. La columna vertebral del derecho fundamental a la libertad como autonomía personal ha obtenido la mayor garantía posible: "Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico", reza el artículo 16, tal garantía ha sido calificada por la Corte Constitucional como de *libertad general de acción* y como *derecho de status activo*.

De este modo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad es en sí mismo un límite a la autoridad del Estado y de la comunidad sobre las esferas de decisión propias del individuo, y como límite, hace las veces de cortapisa a los poderes de regulación sobre la conducta individual. Es la expresión primera de

la dignidad de la persona, porque el acto como *tal* no es juzgable ni como bueno ni como malo hacia el interior del sujeto. Sólo lo es hacia afuera pero no ya con los calificativos de bueno o malo sino como perjudicial o inocuo para los derechos de los demás, en fin, veda la interferencia estatal con conductas que no perjudican a terceros, según manifiesta Nino.

Es lo anterior el llamado requisito de *alteridad* en el Derecho, el cual le suministra la nota esencial que lo diferencia de la moral, toda vez que ésta prescribe comportamientos buenos en sí mismos, mientras que el derecho los prescribe como buenos para algo y con respecto a alguien", tal como anota Gaviria Díaz.

Por ello, la Corte Constitucional en trascendental decisión, señaló que el Derecho sólo puede tener como objeto de regulación el comportamiento interferido, esto es, las acciones de una persona en la medida en que injieren en la órbita de acción de otra u otras, se entrecruzan con ella, la interfieren; y es la Carta Política actual y la filosofía liberal que la inspira, de manera determinante que sólo las conductas que interfieran con la órbita de la libertad y los intereses ajenos puede ser jurídicamente exigibles, pues que las personas sean libres y autónomas para elegir su forma de vida mientras ésta no interfiera con la autonomía de las otras, es parte vital del interés común en una sociedad personalista, como la que ha pretendido configurar la Carta Política que hoy nos rige.

Ahora bien, en concordancia con lo expuesto en el presente se esbozarán los argumentos en defensa de la despenalización de la conducta descrita en el artículo 237 del Código Penal:

En primer término se hará alusión a que la conducta descrita, para su consumación requiere únicamente la concurrencia del acceso carnal o acto sexual en los casos especiales en los cuales subyacen las diferentes modalidades de parentesco. Previéndose de éste modo, que la conducta afecta en primera instancia a la órbita individual del bien jurídico, al afectar la libertad del individuo, ya que éste no pierde su calidad, por fungir como miembro de una familia. En éste sentido se retoma lo expuesto en líneas anteriores y se constituye la teoría en torno y defensa del individuo en sí, dando preponderancia al bien jurídico inherente a la calidad de persona, por sobre el establecido en un concepto indeterminado de moralidad pública.

En ese sentido: ¿Para qué entonces enturbiar lo que es claro agregando algo tan abstruso como que, el incesto es atentatorio de la moralidad pública y ésta constituye un límite al libre desarrollo de la personalidad?

Unas pocas inquietudes ponen de presente lo que implícitamente se afirma en la pregunta. ¿Cómo se reconoce esa "moralidad pública"? ¿Existe algún criterio

objetivo para reconocerla, análogo a la regla de reconocimiento propuesta por Hart como instrumento conceptual que permite identificar las normas de un ordenamiento jurídico? Y si tal es el caso, cómo saber con certeza, o con un alto grado de probabilidad, que esa "moralidad pública" que repudia el incesto, clama porque se le desestime con una sanción penal? Porque bien puede ocurrir que a alguien le pregunten, verbigracia, cómo juzga el adulterio y responda: "me parece censurable". Pero si se le inquiere: "¿y se debe castigar?", conteste: "ese es un asunto de cada uno". ¿Y qué tal el homosexualismo, tan generalmente repudiado, acerca del cual ha dicho la Corte (con el voto favorable de algunos magistrados adalides de la "moralidad pública") que ni siquiera puede consagrarse como causal de mala conducta. Y dentro de una sociedad pluralista como la colombiana, cabe preguntar: ¿Hay una sola moralidad pública, o hay varias? Si hay una sola, ¿quién la determina? y si hay varias, ¿cuál prevalece y por qué? Concluyendo que "Un concepto de la moralidad que no deja abierta la posibilidad de concepciones variadas de lo moral tiene que parecernos hoy inaceptable".

En segundo término se hará alusión al caso concreto de adultos, con plena capacidad de consentir, que no conviven ya dentro del núcleo familiar, y deciden tener relaciones de manera ocasional o permanente, supuesto en el cual, la pena carece de toda justificación. Es decir, que en la hipótesis arriba descrita, la conducta no resulta antijurídica por no resultar lesiva del interés tutelado por la ley.

En tercer y último término se aludirá al caso en el cual se involucran menores de edad. En este supuesto, es evidente que la conducta no posee una adecuación fáctica, con fundamento en que el tipo mismo, requiere de consentimiento para su ejecución, y tratándose de menores incapaces de consentir, se configura otra conducta punible, como es el acceso o acto carnal abusivo, que efectivamente puede ser agravado por el parentesco. Agravante que tiene implícito el mismo contenido fáctico que reclama la conducta en estudio y atenta de manera clara, como se expuso antes, contra el principio del *non bis in idem*, dotando de razón de que el argumento de que el tipo en comento no debe considerarse como un delito autónomo, por su la prohibición de agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que ya fue tenida en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal.

Lo expuesto permite concluir que garantía a la autonomía personal, tal cual como está consagrada en la Constitución Política, es un verdadero fortín contra la arbitrariedad y el voluntarismo jurídico, de modo que, no cualquier derecho que puede oponerse al de autonomía personal, pues si así fuera, la garantía sería letra muerta.

## 6. CONCLUSIONES

El bien jurídico constituye es un concepto con un alto contenido axiológico y se conforma por ciertos valores morales, que se muestran razonables y necesarios para la convivencia social, siendo acogidos por el ordenamiento jurídico al constar de manera clara en la Constitución Política de dicho Estado de Derecho y garantizarse en los Códigos Penales. De ésta forma, es el Estado, a través de la legislación penal, el encargado de tutelar un bien jurídico, en cuanto sea vulnerado, ofendido o corra peligro de tal; infiriendo que, un planteamiento constitucional del bien jurídico no puede prescindir de un concepto «general» o «sustancial» del mismo.

La limitante a la conducta típica objeto del presente no puede fundarse en un concepto de moralidad pública que aún hoy es un concepto indeterminado en nuestra sociedad.

Respecto del incesto referido al caso concreto de adultos, con plena capacidad de consentir, que no conviven ya dentro del núcleo familiar, y deciden tener relaciones de manera ocasional o permanente, la pena carece de toda justificación.

En el caso aplicado a menores de edad, es evidente que la conducta no posee una adecuación fáctica, con fundamento en que el tipo mismo, requiere de consentimiento para su ejecución, y tratándose de menores incapaces de consentir, se configura otra conducta punible, como es el acceso o acto carnal abusivo, que efectivamente puede ser agravado por el parentesco. Agravante que tiene implícito el mismo contenido fáctico que reclama la conducta en estudio y atenta de manera clara, como se expuso antes, contra el principio del *non bis in idem*, dotando de razón de que el argumento de que el tipo en comento no debe considerarse como un delito autónomo, por su la prohibición de agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que ya fue tenida en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal.

En última instancia debe tenerse presente que todo ordenamiento debe apuntar al derecho al libre desarrollo de la personalidad como límite a la autoridad del Estado, de la comunidad sobre las esferas de decisión propias del individuo, y los poderes de regulación sobre la conducta individual, ya que constituye, la expresión primera de la dignidad de la persona.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, *“Preludio al bien jurídico”* Lecciones y Ensayos, Segunda Época, Num. 1. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, 1981.

BACIGALUPO, Enrique. “Derecho penal. Parte general” 2ª Edición. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1999.

BARBOSA CASTILLO, Gerardo – GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *“Bien Jurídico y Derechos Fundamentales: “Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia”*. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia. 1996.

BARATTA, Alessandro. *“Integración-prevención: Una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”* En Cuadernos de Política Criminal Num. 24. Madrid: s.n. 1984.

BECCARIA, Cesare. *“De los delitos y las penas”* Edición Latinoamericana a cargo de Nodier Agudelo Betancur. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 1994.

BINDING, Karl. *“Die Normen Und Ihre Übertretung”* Tomo I.2ª Edición. Traducción y adiciones de Derecho Español Santiago Mir Puig - Francisco Muñoz Conde. Barcelona: s.n. 1981.

BOBBIO, Norberto. *“El modelo iusnaturalista en la Sociedad y el Estado en la Filosofía Moderna”* México: Ed. Fondo de Cultura Económica. 1986.

\_\_\_\_\_. *“Liberalismo y Democracia”* México: Ed. Fondo de Cultura Económica. 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan *“Manual de Derecho Penal Parte General”* 3ª Edición. Barcelona: s.n. 1989.

CARRILLO, Rafael. *“Filosofía del Derecho como filosofía de la persona”* En “La Filosofía en Colombia - Siglo XX.” Bogotá: Ed. Nueva Biblioteca Colombiana de Cultura. 1985.

DONNA, Edgardo Alberto. *“Teoría del delito y de la pena”* En: Imputación delictiva, Buenos Aires: Ed. Astrea, 1995.

ESER, Albin. *“Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima”* Revista Peruana de Ciencias Penales Num. 6. Lima. 1998.

FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y razón: Teoría del garantismo penal" Traducción Perfecto A. Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel - Juan Carlos Bayón Mohino - Juan TerradillosBasoco - Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Ed. Trotta. 1997.

FEUERBACH ANSELM, Paul Johann. "Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania" Traducción Eugenio RaulZaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1989.

GARCÍA PABLOS, Antonio. "Derecho Penal Introducción" 1ª Edición. Madrid: Servicio de Publicaciones - Universidad Complutense. 1995.

GARCÍA RENGIFO, Ernesto. "Derecho subjetivo y concepto del ius" En Externado Revista Jurídica. Ed. Universidad Externado de Colombia, Vol. 6, No.2 Julio/Diciembre. Bogotá. 1992.

JAKOBS, Günther "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional" 1ª Edición. Madrid: Ed. CIVITAS S.A. 2003.

JESCHECK, Hans. "Tratado de derecho penal. Parte general I" 3ª Edición. Traducción Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: s.n.1978.

\_\_\_\_\_. "Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación". Traducción en la 2ª Edición alemana de 1991 Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Ed. Marcial Pons. 1995.

MAGGIORE, Giuseppe. "Derecho penal. Parte especial. De los delitos en particular, Temis, Bogotá, 2000 (4ª Edición italiana, 1950, T. IV).

MAURACH Y ZIPF, "Derecho penal. Parte general: Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible" Traducción de la 7ª Edición alemana Jorge Bofillgenzch y Enrique Aimone Gibson, supervisada por Edgardo A. Donna Ed. Astrea. Buenos Aires: s.n. 1994.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique- SUÁREZ GONZÁLES, Carlos - CANCIO MELIÁ, Manuel, "Consideraciones sobre la teoría de la imputación de GüntherJakobs en Estudios de Derecho Penal" 1ª Edición. Ed. CIVITAS S.A. Madrid: s.n. 1997.

REYES ECHANDÍA, ALFONSO, Derecho Penal. Parte General. Bogotá: Temis, 1987.

ROXIN, Claus. "Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito". Traducción de la 2ª Edición alemana y notas

por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier Vicente Remesal. Madrid: Ed. CIVITAS S.A. 1997.

RUSCONI, Maximiliano. "Derecho penal. Parte general". Ad-Hoc. Buenos Aires: s.n. 2007.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal, Parte General. Bogotá: Ed. Comlibros. 2009.

WELZEL, Hans. "*Derecho Penal Alemán, Parte General*" 11<sup>a</sup> Edición. Traducción Juan Bustos Ramírez -Sergio Yañes Pérez. Chile: s.n. 1970.

### **JURISPRUDENCIA**

Sentencia T-575 de 1993- Corte Constitucional Colombiana.

Sentencia C-038 de 1998 - Corte Constitucional Colombiana.

Sentencia C-115 de 2008- Corte Constitucional Colombiana.

Sentencia C – 404 de 1998 - Corte Constitucional Colombiana.

Sentencia C-006 de 2000 - Corte Constitucional Colombiana.

Sentencia C-229 de 2000- Corte Constitucional Colombiana.

Sentencia C-1265 de 2005- Corte Constitucional Colombiana.