REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Universidad Católica de Santa María

Facultad de Derecho

Programa Profesional de Derecho

"DESTIPIFICACIÓN DEL DELITO DE ULTRAJE A LOS SÍMBOLOS, PRÓCERES O HÉROES DE LA PATRIA"

Tesis para optar el título profesional de Abogado, que presenta el bachiller:

Juan Carlos Nalvarte Lozada

Arequipa – Perú

2014

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

"Que muchos hombres prefieren

lo que es mera apariencia

y ultrajan a la justicia"

Esquilo, *Agamenón*

(trad.de José Alsina)

"Como es bien sabido, en el siglo XIX se había descubierto que todo individuo tenía que pertenecer a una nación o a una raza determinada si realmente pretende ser reconocido como ciudadano burgués. "De la humanidad a la bestialidad por el camino de la nacionalidad", había dicho el dramaturgo austriaco Franz Grillparzer. Justo por entonces empezó eso de la "nacionalidad", la fase previa a esa bestialidad que estamos viviendo ahora. Espíritu nacional: por aquel entonces se veía claramente que correspondía y era fruto del más bajo de los afectos de todos aquellos que representan la clase más vulgar de una nación moderna."

Joseph Roth, *El busto del emperador*,
(trad. de Isabel García Adánez para El Acantilado).

"He visto crecer ante mis ojos las grandes ideologías de masas, las he visto extenderse: el fascismo en Italia, el nacionalsocialismo en Alemania, el bolchevismo en Rusa y, sobre todo, la superpeste, el nacionalismo, que envenenó la flor de nuestra cultura Europea."

Stefan Zweig, *El mundo de ayer*

(trad. de Alfredo Cahn)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Al niñito Jesús de Praga y a nuestra madre, la Virgen.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

INTRODUCCIÓN

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

1. Cursaba mi primer año de estudios universitarios cuando, en una de las tantas discusiones que se daban en las clases de eso aún entusiastas estudiantes, salió a la palestra el tema de la identidad nacional.

Fue un compañero que hasta hace un año estudiaba en el colegio militar el que, con voz trémula y ojos húmedos, intervino primero con un dramático y efectista discurso sobre el amor a la patria y nuestra gloriosa historia (el mismo compañero que después de salir de la clase no supo responderme cuántos virreyes había tenido el Virreynato del Perú), haciendo mención a *los inmortales héroes nacionales* y a un tío suyo que había perdido un dedo en el conflicto del Alto Cenepa. Todos los escuchaban con los vellos parados y la carne de gallina. Luego, intervino una compañera afirmando que estaba bien amar al Perú, pero que solo al Perú precolombino porque lo que vino después fue *pura basura*, que había que reivindicar nuestras *sagradas y ancestrales raices*, cuna del más maravilloso imperio de la historia. Ella no fue tan bien recibida, se dejaron notar miradas de sospecha y se levantaron leves voces de reclamo. Por último intervine yo diciendo que no creía que existiera una identidad nacional, que el Perú como nación no existía, que los sentados en ese momento no teníamos la lengua, el pasado, la religión ni las costumbres de un habitante de alguna comunidad nativa de la selva peruana, que no había porqué amar al Perú ya que este solo era una construcción artificial para poder administrar los recursos y satisfacer nuestras necesidades básicas y que por eso no merecía ser amado, que si, por ejemplo, a nosotros nos podía administrar mejor el Estado chileno y brindarnos mejores condiciones de vida, pues bienvenidos sean, que lo hagan.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Creí que lo había sustentado bien y que no faltaría alguien que conviniera con mi posición. Estuve rotundamente equivocado. Se levantó un clamor unívoco tildándome de antipatriota, de vendido, etc. Tanta fue la protesta, que el docente tuvo que intervenir para increparme que por culpa de personas como yo el Perú estaba como estaba y que sin gente que amara a su patria ningún país saldría adelante.

Pocos años depués, ya siendo conocida entre mis familiares mi afición a la literatura, le fue encargada a mi hermano menor la tarea de escribir un poema en loor a la patria y uno de mis tíos (era domingo y toda mi familia estaba reunida) me exhortó a que ayudara a mi hermano con el trabajo. Le respondí a mi tío que no sentía nada por la patria, que para mí no existía la nación peruana, que no me parecía que había que amar al Estado y que por fidelidad a mi vocación literaria y a mis ideas no podía ayudar a mi hermano. Él se escandalizó y me sermoneó sobre mi deber patriótico, sobre todo lo que le debía al suelo que me *vio nacer,* sobre la posibilidad de una guerra con Chile en la que los soldados vendrían a cometer atropellos en mi casa y un sinfín de cosas más. Al final no hice el poema.

A pesar de la relativa cercanía de estas dos anécdotas, mi interés por la inexistencia de las naciones viene de antes, de mi etapa escolar. Tuve el privilegio y la bendición de ser educado por jesuitas, quienes me enseñaron que mi casa es el mundo. Por eso cuando un muy querido profesor y amigo me recomendó realizar mi tesis sobre el delito de ultraje a los símbolos, próceres y héroes de la patria no lo dudé un instante. Mientras el me daba otras posibilidades yo ya estaba llenando mi mente de ideas que luego usaría en mi

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

investigación. Después, este profesor me advirtió de los obstáculos que tendría (los sabía desde el principio, las anécdotas que relaté me habían enseñado ya sobre lo espinoso del tema) pero no había vuelta atrás, fue amor a primera vista: me dedicaría a fundamentar por qué se debería destipificar aquel delito.

2. En julio del año dos mil ocho, la imagen de una conocida modelo posando desnuda sentada en un caballo solo separada de este por una bandera peruana causó un escándalo mayúsculo al aparecer en la portada de una revista de circulación nacional. Hubo congresistas que exigían que se la encerrase en la cárcel por haber ofendido *tan digno símbolo patrio.* Se la quiso denunciar por el delito de ultraje a los símbolos, próceres y héroes de la patria, tipificado en nuestro código penal en el artículo 344º. Si la denuncia prosperaba, la voluptuosa modelo podría haber sido condenada hasta cuatro años de cárcel. Por suerte, fuera de la agitación mediática, el caso no pasó a mayores luego de que la modelo se reuniera con el entonces ministro de defensa y pidiera disculpas.

Tres años después, el veintiséis de junio del dos mil once, en Tacna, un joven chileno en estado de ebriedad fue detenido luego de haber sido encontrado miccionando en un monumento del héroe nacional Francisco Bolognesi. Al día siguiente, luego de ser juzgado fue condenado a dos años seis meses de pena privativa de la libertad suspendida, el pago de ciento veinte días multa (mil doscientos nuevos soles) y el pago de la reparación civil de tres mil quinientos nuevos soles, por el delito de contra los símbolos y valores de la Patria en la modalidad de ultraje a símbolos, próceres o héroes de la Patria, asimismo se le

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

determinó ciertas reclas de conducta y además, una vez cumplida la pena privativa de la libertad se le impuso la pena de expulsión del país.

Dos casos: uno que no llegó a sede judicial y otro que tuvo una condena durísima. Ambos por el mismo delito: el ultraje a los símbolos próceres y héroes de la patria. Uno se pregunta ¿qué fue lesionado? ¿las condiciones de vida de alguien se vio afectada por estos actos? ¿disminuyeron las posibilidades de participación en la sociedad de algún miembro de esta? ¿el acto que cometió el joven chileno no es igual al que cometen infinidad de borrachos todos los sábados y domingos por la madrugada? ¿no debió ser sancionado igual que ellos?

3. En la presente investigación analizaremos el delito de ultraje a los símbolos, próceres o héroes de la Patria, tipificado en el artículo 344º de nuestro código penal, y su posición dentro del sistema penal y el ordenamiento político del Perú. Esto con el fin de determinar la necesidad de destipificar dicho delito.

Para esto pretendemos determinar la inexistencia de un bien jurídico penal en el delito de ultraje a los símbolos, próceres o héroes de la Patria, verificar la incogruencia del delito con los principios que guían el Derecho Penal (lesividad, susidiariedad y fragmentariedad) y evaluar la conveniencia de un tratatamiento extrapenal de este delito.

4. Para cumplir nuestros objetivos hemos dividido el análisis en cinco capítulos: en el primero haremos una breve exposición del nacimiento del Estado moderno comparándolo con el Imperio y estableciendo sus diferencias para entender a fondo la naturaleza de ambos. Luego de ello determinaremos la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

función de la facultad punitiva del Estado dentro de un sistema democrático liberal como el peruano y la función limitativa del derecho penal, esto con el fin de tener un marco para establecer la pertinencia de los demás puntos tratados en los siguientes capítuos.

En el segundo capítulo definiremos qué es el principio de lesividad y la importancia fundamental que tiene este dentro de un sistema penal que respete principios democráticos. Además estableceremos las características básicas que ha de tener un bien jurídico penal para que esté acorde con un sistema democrático liberal y sea útil para el princio de lesividad.

Nuestro objetivo en el capítulo tercero será analizar y determinar las funciones e importancia del principio de necesidad o mínima intervención y sus manifestaciones en el principio de subsidiariedad (*ultima ratio*) y fragmentariedad.

El capítulo cuarto estará dedicado al delito objeto de nuestro estudio, a determinar su objeto de acción, su comportamiento típico, sus sujetos y lo más importante para nuestro estudio: su bien jurídico. Para esto haremos una breve explicación de la ideología nacionalista y sus expresiones en la historia.

Por último, en el quinto capítulo, nos encargaremos de confrontar el delito estudiado con los princios de lesividad y de necesidad o mínima intervención a fin de determinar el objetivo principal de la investigación: la impertinencia de este delito dentro de nuestro ordenamiento jurídico y la necesidad de retirarlo.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

RESUMEN DE LA INVESTIGACIÓN

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Resumen

La misión del derecho penal es que el poder punitivo del Estado no traspase los límites y fines que su propia naturaleza y la del Estado democrático le imponen. Esto lo hace estableciendo principios que moderen dicha potestad y la encaucen dentro de su misión. Dos de estos principios son el de lesividad y el de necesidad, que regulan el poder punitivo en la creación de las normas penales. La presente investigación, mediante el análisis y la observación documental, pretende determinar la necesidad de destipificar el delito de ultraje a los símbolos, próceres o héroes de la Patria, tipificado en el artículo 344 del Código Penal, demostrando que dicho delito vulnera los principios de lesividad y de necesidad y por tanto debe ser excluido del ordenamiento jurídico.

Abstract

The aim of Criminal Law is to ensure that the punitive power of the Government does not transgress the limits of its own nature and of the Democratic system. This aim is accomplished by setting principles that ensure the moderation of that power and by channeling it towards its mission. Two of these principles are Detrimentality and Necessity, that regulate punitive power in the making of Criminal norms. The present investigation, through documental observation and analysis, intends to demonstrate the convenience of withdrawing the so called Delict of Insult to the Symbols and Heroes of the Fatherland (art. 344th) from our Legal System because it harms the principles of Detrimentality and Necessity.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ÍNDICE

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Introducción 06

Resumen de la investigación 12

Índice 14

Resultados de la investigación 16

Marco teórico 27

1. Formación del estado y sistema punitivo 28
   1.1. Formación del Estado moderno 28
      1.1.1. No siempre hubo Estado: El Imperio 28
      1.1.2. La crisis del Imperio 32
      1.1.3. La secularización de la política 33
      1.1.4. El ocaso del Imperio y cambio de mentalidad 37
      1.1.5. La plenitud del Estado 41
   1.2. Sistema punitivo y Estado 49
      1.2.1. Misión del Derecho 49
      1.2.2. La facultad punitiva del Estado 54
      1.2.3. Misión del Derecho penal en el Perú 56
      1.2.4. Principios del Derecho penal y criminalización primaria 60
2. El principio de Lesividad 63
   2.1. ¿Bien jurídico tutelado o bien jurídico lesionado? 68
   2.2. ¿Qué características debe tener un bien jurídico? 71
      2.2.1. El origen del concepto de bien jurídico y su carácter material 71
      2.2.2. Bien jurídico personalista y lesión de deber y de la norma 79
      2.2.3. Bien jurídico, Constitución y realidad social 91
      2.2.4. El carácter dinámico y crítico del bien jurídico 94
   2.3. Conclusiones sobre el bien jurídico 96
3. Principio de necesidad o de mínima intervención 98
   3.1. Principio de subsidiariedad o de *ultima ratio* *101*
   3.2. Principio de fragmentariedad 103
4. El delito de Ultraje a los símbolos, próceres y héroes de la patria 106
   4.1. Descripción legal 106
   4.2. Objeto de la acción y comportamiento típico 106
   4.3. Bien jurídico lesionado 109
      4.3.1. El rol de los símbolos nacionales 122
   4.4. Sujetos del delito 125
5. El delito de Ultraje a los símbolos, próceres y héroes de la patria frente a los principios de Lesividad y de Necesidad 126
   5.1. El delito de Ultraje a los símbolos, próceres y héroes de la patria frente a los principios de Lesividad 126
      5.1.1. Carácter material 127
      5.1.2. Carácter personalista 128
      5.1.3. Función interpretativa 134
      5.1.4. Carácter dinámico y crítico 135
      5.1.5. Carácter limitativo 136
      5.1.6. El delito de Ultraje a los símbolos, próceres y héroes de la patria como intervención simbólica 137
   5.2. El delito de Ultraje a los símbolos, próceres y héroes de la patria frente a los principios de Necesidad 139

Conclusiones 142

Sugerencias y propuestas 145

Bibliografía 152

Anexo: Proyecto de Investigación 157

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Capítulo primero: formación del Estado y sistema punitivo

1. El Estado es Unidad Política concebida como una máquina con entidad per se, por lo tanto es una abstracción, cuya aparición en la historia es reciente (aparece en el renacimiento).

El Estado es soberano (no contempla un poder mayor al cual someterse) en virtud a la voluntad general de la comunidad que lo integra y por lo tanto tiene el monopolio de la fuerza. Además está vinculado a un territorio determinado.

No tiene vocación universal, ya que su unidad (de la que depende el consenso de la voluntad general que lo sustenta) se basa en una comunidad homogénea.

Adicionalmente, el orden del Estado, se basa en la voluntad (ya sea de la suma de sus miembros en un Estado democrático o a la de su gobernante en un Estado autoritario) y evita toda referencia a la trascendencia.

Históricamente el Estado llega a su plenitud en la Revolución francesa cuando se da la conjunción de comunidad social o nación, territorio y soberanía.

2. En cambio el Imperio era una construcción política concreta alejada de toda teorización o idealización abstracta. Era una Unidad Política orgánica que existía en tanto se daba en la realidad y podía comprobarse (no tenía personería jurídica propia).

El orden del Imperio se basaba en una misión trascendente. Así, se regía bajo la doctrina de las dos espadas: el Emperador regía el orden temporal y el Papa el orden espiritual. Además de estos cada pueblo contaba con sus caudillos: los reyes, quienes impartían justicia basada en el derecho consuetudinario (ley

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

natural). Los reyes no contaban con fuerza político y basaban su poder en las negociaciones con los distintos señores feudales bajo su jurisdicción. Así, cada reino responde ante el Emperador y la Iglesia y esta constituido por distintas fuerzas (reyes, señores feudales, etc.)

El alcance del Imperio pretende ser universal debido a su misión trascendente, en la que también se basa su legitimidad y la cohesión social.

3. El Perú es un Estado democrático-liberal, en este tipos de Estados no existen las verdades absolutas, por lo que el hombre está en la capacidad de elegir lo que le apetezca hacer con su vida. Es decir, el Estado democrático-liberal es neutral en materia moral.

El fin del Derecho es regular el comportamiento para alcanzar el bien común. El bien común, en un Estado democrático como el peruano, será el ambiente en el que puedan convivir las diferentes verdades individuales sin chocar e impedir que unas se realicen y otras no. Entonces la misión del Estado se limita a proteger las libertades básicas de los ciudadanos y crear el ámbito adecuado para que estos puedan desarrollarse plenamente. Su misión es fomentar el libre desarrollo de la personalidad. El Estado sólo interviene cuando hay repercusiones sociales. Cualquier otra intervención, vulnera su naturaleza.

4. El sistema penal es el conjunto de normas e instituciones que pretenden enfrentar a un acto humano especialmente perjudicial que afecta las bases de toda sociedad: el delito. Este es la vulneración, especialmente grave, de las condiciones fundamentales para que los ciudadanos puedan desarrollarse plenamente.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Existen dos modelos de sistemas penales: el de partes y el de confiscación de la víctima. Este último es el que impera en el Estado. En este modelo, el Estado se arroga la facultad de intervenir en el conflicto y se cree con la legitimidad de imponer una pena al delincuente (la facultad punitiva del Estado) mediante el uso del sistema penal. La víctima es sustituida por el Estado y deja de tener importancia.

La pena ha sido erigida como la única respuesta que se le puede dar a la cuestión penal. La pena con fines útiles socialmente es propia de la Ilustración que necesita disciplina en sus ciudadanos al prescindir de una moral trascendente. La pena es el más extremo recurso de control social del Estado.

5. En el Perú, el sistema penal tiene por función proteger a la persona y a la sociedad mediante la prevención de delitos y faltas. Esto lo logra mediante la resocialización del delincuente, para que este no vuelva a cometer delitos.

En el Perú, la pena no es un castigo (no se justifica la intervención del Estado en un acto que no sirva para mantener el orden y el ambiente adecuado para el desarrollo), un medio de reestablecer el Derecho (ya que lo efectivamente lesionado por el delito no vuelve a su estado original ni mucho menos y el Estado no tiene porqué afianzarse mediante el Derecho ya que no es un fin en sí mismo, sino un medio para que la persona se realice), una herramienta que afiance valores en la conciencia de los individuos (porque esto contravendría la neutralidad moral del Estado), ni un medio de intimidación para los “no delincuentes” (ya que al aplicar una pena se estaría usando al ser humano –el penado- como medio para evitar los delitos otros, no como un fin como lo

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

consagra el primer artículo de la Constitución). La pena es una herramienta para reeducar, rehabilitar y reincorporar al penado en la sociedad y así evitar que este siga violando las condiciones necesarias de la sociedad.

La pena solo protege a la sociedad en tanto evita que el delincuente vuelva a cometer un delito al ya estar resocializado.

6. La misión del derecho penal es que el poder punitivo del Estado se encuentre dentro de sus límites, establecidos por la naturaleza del Estado democrático, la Constitución y los fines propios de este poder punitivo. Esto lo hace estableciendo principios que moderen dicha potestad y la encaucen dentro de su misión.

Capítulo segundo: el principio de lesividad

7. El fundamento de la existencia del poder punitivo estatal es la protección de la sociedad ante un hecho que la afecte de tal manera que se vuleneren las condiciones necesarias para la participación social de sus integrantes. Si no existe tal vulneración el ejercicio de este poder es ilegítimo. Así el principio de lesividad proclama que para que haya pena debe haber una lesión de bienes jurídicos y, de esta manera, se constituye como el mayor límite que se le impone al legislador al momento de crear la norma penal.

8. La afectación de la sociedad se comprueba en la lesión de bienes jurídicos. Estos se deben considerar como objetos valorados que concretizan las

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

condiciones necesarias para que cada persona se pueda desarrollar libremente en la sociedad a través de su participación social.

9. Lo correcto es decir bienes jurídicos lesionados, no tutelados o protegidos ya que la pena protege a la sociedad, no a los bienes jurídicos. Y el derecho penal no actua protegiendo a los bienes jurídicos sino limitando su acción cuando uno de estos ha sido lesionado por un comportamiento considerado delictuoso.

10. Los bienes jurídicos provienen de la realidad social reconocida por la norma según los principios que guían al Estado (que encontramos en la Constitución) y debe cumplir ciertos requisitos:

a. Deben tener un carácter material, no espiritual. Es decir: objeto valorado no valoración de objeto.
b. Deben tener carácter personalista: el individuo y su libertad está sobre cualquier interés del Estado, por tanto no pueden contener consideraciones morales, ideológicas ni religiosas. Solo existen en tanto consideren a la persona como fin.
c. Deben servir para interpretar correctamente la norma.
d. Deben ser dinámicos: están sujetos a cambios sociales y al sentir de la sociedad en el momento.
e. Deben tener una labor crítico: con ellos se debe revisar constantemente lo pasible de castigo y someterlo a revisión.
f. Deben tener un carácter limitativo: el Estado solo puede intervenir si estos han sido vulnerados, si han sufrido un daño efectivo, en esto consiste el principio de lesividad.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Capítulo tercero: el principio de necesidad o de mínima intervención

11. La pena, al privar al individuo de su más preciado bien dentro de un sistema democrático liberal: su libertad, es un instrumento dañino para el individuo y contradictorio para los fines del Estado, por lo que solo se justifica su uso si el daño es intolerable y más dañino que la propia pena. Es por eso que el Estado debe estar en la posibilidad de explicar la necesidad de su uso en cada caso para preservar convivencia social, para mantener el orden democrático y social establecido. No está justificado el uso de la facultad de penar del estado cuando no haya una necesidad de protección de la sociedad. Es por eso que las conductas merecedoras de pena deben ser particularmente graves, intolerables para la vida comunitaria y cuestionadoras del ordenamiento jurídico.

12. El principio de necesidad o mínima intervención se manifiesta en otros dos principios: el de *ultima ratio* o subsidiariedad y el de fragmentariedad.

13. Según el principio de ultima ratio o subsidiariedad, debido al carácter gravoso de la pena, esta solo debe usarse cuando ya fracasaron otros medios para resolver el conflico. La necesidad de la pena no se justifica cuando existan medios más eficaces y menos lesivos. El uso de la facultad punitiva estatal solo se debe usar en último caso.

14. El principio de fragmentariedad afirma que no todos los bienes jurídicos son dignos de protección penal y que la protección penal no abarca todos los aspectos de estos bienes jurídicos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Existen bienes jurídicos de especial relevancia para el derecho penal, esto significa que la lesión de cualquier bien jurídico no implica un delito, sino solo la lesión de ciertos bienes jurídicos (y solo ciertos aspectos de estos) cuya vulneración el Estado considera relevante penalmente, es decir que imposibilitan la plena participación de los individuos en la comunidad.

Por el principio de fragmentariedad no se castiga todas las conductas que lesionan bienes jurídicos, sino las más graves, las intolerables para la convivencia.

15. Si el principio de subsidiariedad cuida que el Derecho penal sólo sea utilizado en último caso, el de fragmentariedad plantea que no todas las infracciones de los bienes jurídicos constituyen estos últimos casos.

Capítulo cuarto: El delito de de Ultraje a los símbolos, próceres y hérores de la patria

16. El objeto de la acción del delito de Ultraje a los símbolos, próceres y hérores de la patria son, cuando se refiere a símbolos patrios: la bandera del Perú, la letra del himno y el escudo nacional establecidos por la ley. Sin embargo, con respecto a la memoria de los próceres y héroes nacionales que la historia consagra, es imposible definir concretamente lo protegido, ya que la memoria de estos es abstracta y subjetiva e imponer una en la población atentaría contra la libertad de conciencia de cada individuo. Además debido al uso de retórica poética (personificación o prosopopeya) en la redacción del

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

artículo (*que la historia consagra*) es imposible determinar correctamente lo que el legislador quiere decir.

17. El comportamiento típico del delito estudiado implica tener en poco un determinado objeto. Esto, a su vez, implica que se está considerando delito un comportamiento que es lícito según la libertad de conciencia y expresión.

18. El nacionalismo es una ideología que surge desde la oposición de la concepción territorial del Estado a la espiritual del Imperio. Ella afirma que a cada nación (considerada como un conjunto de individuos unidos por lazos culturales e históricos que tienen la voluntad de organizarse políticamente en un Estado y proyectar al futuro su comunidad) le corresponde un Estado.

La nación no es una realidad externa ni natural, no tiene vida propia, es una construcción artificial e histórica para dotar de legitimidad a un Estado, esto a partir de que cada nación es homogénea y por tanto está cohesionada socialmente. Esta cohesión social es la base de la voluntad general del pueblo que es la que establece al Estado y sus leyes. Para que el Estado tenga legitimidad necesita de una conciencia de totalidad y por eso recurre a la nación.

La base de la cohesión social es la identidad nacional. Alrededor de esta se reunen los ciudadanos para formar la nación.

Los símbolos patrios y la memoria de sus héroes y próceres representan a la nación en su totalidad y por tanto son la encarnación de la identidad nacional, la que, por lo tanto, es el bien supuestamente lesionado con la comisión del delito estudiado.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Capítulo quinto: El delito de Ultraje a los símbolos, próceres y hérores de la patria frente a los principios de Lesividad y de Necesidad

19. Al tener el objeto de la acción de nuestro delito un carácter meramente simbólico, su ultraje es también meramente simbólico y no comprobable en la realidad. La identidad nacional es un concepto espiritualizado y acrítico, es un concepto que se intenta explicar por sí mismo sin hacer referencia a una realidad social externa no tiene carácter material y su afectación no contraviene el principio de lesividad.

20. El delito que estudiamos impone a todos los individuos el deber de aceptar el significado simbólico de ciertos objetos tal, por eso vulnera su libertad de conciencia y de expresión.

Con la punición de este delito se busca sustrar del ámbito personal ciertas ideas en materia política y se intenta imponer una moral, basada en una ideología. No potencia la libertad y dignidad de las personas, sino que impone ciertas ideas, vulnerando así el principio de la persona como fin supremo del Estado. Es por eso que el bien jurídico no tiene carácter personalista.

21. En nuestro delito no se contata la función interpretativa del bien jurídico ya que, al ser abstracto y espiritualizado y no referirse a una realidad externa, el alcance del tipo penal y su sentido solo puede hallarse en la propia norma.

22. La identidad nacional, como bien jurídico, no atiende al carácter dinámico de la realidad social y sus cambios, enquistándonos en una ideología. De esta manera, al ser estático, este bien jurídico jamás permitirá la revisión de la idoneidad del delito, por lo que vulnera el carácter crítico de todo bien jurídico.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

23. No tiene carácter limitativo, ya que su lesión no reviste un daño efectivo, no hay ningún ciudadano que vea afectada su capacidad para participar en la vida social.

24. Este delito es una intervención penal simbólica, no existe fin protector y por tanto es una conminación penal arbitraria no sirve a la libertad del individuo en un Estado liberal democrático ni para la capacidad funcional de un sistema social basado en los principios de dicho Estado.

La lesión de este bien jurídico no vulnera el principio de lesividad. Su bien jurídico no es idóneo para este principio.

25. La existencia del delito estudiado vulnera el principio de necesidad. Este principio exige la existencia de un daño intolerable por la sociedad, con la comisión de este delito ni siquiera se produce daño.

26. El delito de ultraje de los símbolos, próceres y héroes de la patria no cumple con los principios de lesividad ni de necesidad por lo que debe ser retirado del ordenamiento penal.

26. El ultraje de los símbolos, próceres y héroes de la patria no es pasible de tener un tratamiento extrapenal porque se vulnera el principio de neutralidad moral, la libertad de conciencia, la libertad de expresión, en suma las bases del Estado democrático.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

MARCO TEÓRICO

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Capítulo primero

Formación del estado y sistema punitivo

Para conseguir los objetivos de esta investigación es necesario aclarar previamente ciertas cuestiones sobre la formación y misión del Estado que nos ayudaran primero a comprender la ubicación y cometido del sistema penal dentro de este (lo que será fundamental para analizar la oportunidad de la existencia del delito objeto de estudio) y que posteriormente nos servirán de mucho para explicar la esencia de este delito y lo que pretende proteger.

1.1. Formación del Estado moderno

1.1.1. No siempre hubo Estado: El Imperio

El Estado es un tipo de Unidad Política[1] cuya invención recién acaece durante el Renacimiento y que posee caractarísticas muy especiales que lo hacen radicalmente diferente a todas las formas existentes antes de él. Por eso, constituye un error llamar “Estados” a las polis griegas, al Imperio Romano, a

[1] Entendemos como “Unidad Política”: género por el que se puede entender toda forma de poder organizado o constitución diferenciada de naturaleza política” (Altuve-Febres, 2001: 44).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

los reinos medievales, etc. Estos son Unidades Políticas distintas, cuyas similitudes con el Estado son practicamente inexistentes.

Para poder entender esta diferencia y la naturaleza del Estado en sí es necesario que revisemos la Unidad Política predominante cuando este recién se formaba: El Imperio.

Roma comienza como una *Civitas*, pero con su expansión adopta la forma de Imperio, este se consolida a través de los años y las conquistas y es tomado y continuado por los cristianos formándose la Cristiandad. A la que podemos definir como el orden temporal inspirado en el cristianismo, un conjunto de pueblo que viven de acuerdo a los evangelios de que es depositaria la Iglesia y que forman una Unidad Política llamada Imperio, la que está constituidad por una diversidad de realidades (en contraposición a la homogeneidad del Estado).

A la cabeza de este se encuentra el Emperador, quien en epoca de la *Romanitas* conjugaba las “dos categorías fundamentales del Derecho Político Romano desde la monarquía y que sobrevivieron como elementos del orden político cristiano hasta la aparición del concepto de soberanía en siglo XVI” (Altuve-Febres, 2001:45): la Autoridad (*Autorictas)* y la Potestad (*Potestas*). Según D’Ors (citado por Hubeñak, 2007): “autoridad es saber socialmente reconocido, potestad es poder socialmente reconocido. La autoridad manda por la palabra, la potestad por la fuerza” (p.120). Así, el carácter de la Autoridad es ético social y no positivo, “es una realidad tangible, no un simple grado de aceptación o de favor en la opinión pública” (Altuve-Febres, 2001: 46), mientras

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

que la Potestas es, según Altuve-Febres (2001), una "aptitud para ser obedecido", una "delegación de poder efectivo". De esta manera el Emperador es la única fuente de derecho.

En la Cristiandad o *Cristianitas*[2], en cambio, existe una diarquía que suele llamarse "doctrina de las dos espadas", en la que el Papa posee el poder espiritual (cuyo fin es la salvación de las almas) y el Emperador, el temporal (cuyo fin es el orden político social y la convivencia pacífica)[3]. De esta forma, ya no se conjugan en una sola persona la *autorictas* y la potestas, ya que el Emperador solo posee la *potestas,* mientras la *autorictas* le corresponde al Papa. Es por eso que el Emperador debía ser coronado por el Papa.

El Emperador se erige como el soberano del mundo (en el Imperio solo él es soberano), en virtud a la misión (Kat-Echon) encargada por Dios de mantener la Pax Christiana y de este modo retardar la venida del anticristo (Altuve-Febres, 2001). Resaltemos la vocación del Emperador y del Imperio hacia esa misión trascendente, ya que esta da sentido a todo el orden y es su fundamento.

Ahora es pertinente agregar al Imperio una nueva realidad que lo integró durante toda la Cristiandad: el Reino. Este apareció luego de las invasiones bárbaras que causaron la caída del Imperio Romano. Este podría definirse como un pueblo organizado alrededor de un caudillo: el Rey.

[2] Cuyo inicio está marcado por la coronación de Carlomagno en el año 800 d.C. y el comienzo del Sacro Imperio Romano.
[3] No debemos confundir este sistema con una teocracia, ya que no existía identidad entre poder político y religioso, en cambio si había cooperación.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Para poder comprender su posición dentro del Imperio debemos explicar de qué se encargaba un Rey en la Cristiandad. Al contrario de la imagen popular, el rey era una figura sin mucho poder político, solo lo tenía por el respaldo de las demás partes del cuerpo social (nobles) en virtud de pactos que hacían con ellos. El rey era el garante de los derechos del Reino, se erigía como una especide de Gran Juez que resolvía los conflictos entre los distintos poderes del reino. En una sociedad en la que el derecho era consuetudinario, el Rey ejercía su magisterio (era Magistrado) para interpretar la ley y mantener el orden.

En un reino existían varios señores (feudales) con tierras y vasallos propios pero que se subordinaban al Rey por medio de pactos. Así el reino era una poliarquía moderada por un Rey (Altuve-Febres, 2001). Entonces concluimos sobre el Rey que este era el caudillo de un pueblo de la Cristiandad sobre el que ejercía su magisterio para colaborar con el Emperador en su misión trascendente.

Así pues, el Imperio era un mosaico de poderes (en una constitución política concreta) que respondían al Sacro Emperador (Altuve-Febres, 2001). Este tenía una misión trascendente (el Kat-Echon) y para cumplirla debía reunir y conducir a los reyes en torno a ella y resolver los conflictos que se puedan presentar entre estos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Es de notar que la Civitas, la Republica[4] y el Imperium "serán constituciones políticas concretas alejadas de toda idealización o teorización abstracta" (Altuve-Febres, 2001:47), lo que las diferenciará profundamente del Estado.

1.1.2. La crisis del Imperio

Este orden se mantuvo, con altibajos, desde el año ochocientos hasta finales de la Edad Media. El surgimiento de las monarquías dinásticas lo destinó al hundimiendo. Este surgimiento se dio por cuatro hechos que resquebrajaron significativamente la Cristiandad:

a) Conflictos entre el Papa y el Emperador[5] que desestabiliza el orden del Imperio y pone en duda la legitimidad de sus autoridades.
b) Renacimiento comercial y urbano, producido por la reapertura comercial y el contacto con el oriente que generó las cruzadas, que merman profundamente la importancia de la nobleza y producen la secularización de la cultura[6].
c) Cisma y desprestigio de la Iglesia que generan el debilitamiento de la institución encargada de aportar la *autorictas.*
d) La herejía protestante que rompe la unidad de la Cristiandad y relega la misión trascendente del Emperador. Además, Lutero niega toda

[4] Ambas Unidades Políticas anteriores al Imperio.
[5] Querella de las Investiduras, guerras entre güelfos y gibelinos, etc.
[6] Los mercaderes "necesitaban, para su actividad, saber leer, escribir y realizar cálculos matemáticos: Así aparecieron escuelas burguesas ajenas al ámbito eclesiástico y pocopreocupadas por las Sagradas Escrituras yla catequización" (Hubeñak, 2007:125). Esto hace desaparecer el monopolio educativo de la Iglesia.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

autoridad espiritual con lo que abre las puertas para la soberanía de la autoridad tempotal, por eso es tan apoyado por los príncipes germanos.

Estas condiciones sumadas al despertar de los patriotismos locales[7] origina "la consolidación del poder por parte de algunas de las dinastías reinantes en perjuicio de la mayoría de los desprestigiados y empobrecidos señores feudales" (Hubeñak, 2007:158). Dicha consolidación formó las monarquías dinásticas en las que el poder se concentra en el rey, quien logra imponerse, gracias al apoyo de los mercaderes de quien es prestatario, en un territorio extenso sobre otros señores feudales. Esto produjo las pretensiones de los reyes de desvincularse al deber de vasallaja para con el Emperador lo que a su vez desemboca en la secularización de la política y la formación del Estado moderno.

1.1.3. La secularización de la política: Rex est imperator in regno suo

En medio de estas circunstancias y producto de ellas, los reyes tratan de desvincularse del poder imperial generando la secularización de la política. Es así que nace la locución: *"Rex est imperator in regno suo".*Como afirma Altuve-Febres (2001) los reyes buscan perennidad secularizada que formara una personería jurídica pública.

Este fenómeno se manifiesta con mayor fuerza en Francia en el reinado de Felipe IV y llega a la plenitud con el rey sol: Luis XIV. Con Felipe IV la figura del

[7] Ocasionados en Francia (entorno a los Valois) e Inglaterra (en torno a los Plantagenet) por la Guerra de los Cien Años y por la Reconquista y la unificación del reino por los reyes católicos en España.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

rey ha cambiado radicalmente. El rey ya no es pactista, ni árbitro de la poliarquía, sino que asume el monopolio de la fuerza y se hace depositario de todo el poder. Se coloca por encima de todos los sectores sociales y desconoce cualquier supremacía temporal o espiritual. La esencia del rey deja de ser la prudencia para pasar a ser la fuerza (Altuve-Febres, 2001).

Luego, durante la minoría de edad del rey Luis XIII, el poder en Francia fue ejercido por Armand du Plessis, el cardenal Richelieu, quien estaba radicalmente a favor del fortalecimiento del poder real y la sumisión de la nobleza, el "llevó una política agresiva y firme contra la antigua nobleza, arrasando sus plazas fuertes y reemplazando los poderes locales por enviados del Rey –los intendentes– que pasaron a controlar la policía, la justicia y las finanzas" (Hubeñak, 2007: 201). Además, apoyado en la teoría del "derecho divino de los reyes" de Bossuet, trató de elevar al rey a la imagen de Dios, generando un culto al rey.

Con Luis XIV llegamos al punto culminante dentro del nacimiento del Estado: la monarquía absoluta. Luis XIV fue educado por Bossuet y como discípulo suyo creía que se "es rey por la divina gracia, y solo ante Dios es responsable de sus actos. El súbdito no tiene derechos; el monarca los posee todos" (García-Villoslada y Laboa, 1997: 8). La figura del rey ha sido sacralizada. El rey se convierte en el padre del pueblo y por lo tanto es movido a su bien. Luis XIV continúa la política de Richelieu "de controlar a la nobleza, mientras se rodea de burócratas seleccionado entre los burgueses. Esta política fue secundada por el dictado de una gran cantidad de ordenanzas –verdaderos códigos- destinados a reglamentar las líneas de acción" (Hubeñak, 2007: 201). Se ha

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

llegado a la monarquía absoluta en la que “el Estado queda reducido a una máquina todopoderosa capaz de mantener a los hombres en paz” (Hubeñak, 2007: 201).

Esta manera de gobernar y concebir la Unidad Política se apoya en pensadores como Jean Bodin (1529-1596). Él fue uno de los más representativos miembros de un grupo de políticos (los *politiques*) que, luego de las guerras civiles en Francia causadas por los conflictos religiosos, lucharon, mediante sus escritos, por conseguir la paz y la tolerancia. Él creía que si el poder del rey era fortalecido se evitaría la lucha entre facciones. Es así que creó el concepto de “soberanía”. Bodin (citado por Valverde, 2003) define la soberanía como: “el poder absoluto y perpetuo de una república” (p.95).Altuve-Febres (2001) señala que “el término “soberano” (de *Superianus*), viene de la vulgarización latina de *Superius*, lo cual quiere decir que no se reconocía a alguien más arriba o en posición más alta” (p. 54). “El Monarca es una especie de *paterfamilias* supremo que, una vez recibido el poder que el pueblo le entrega, es autárquico y queda constituido como señor del pueblo, distinto del él y por encima de él.” (Valverde, 2003: 96)

Es decir su poder trasciende a todos los demás. Esto, evidentemente, negaba la autoridad del Emperador. Los reyes oponen su poder territorial al poder espiritual del Emperador (Altuve-Febres, 2001).

Es importante resaltar, como lo hace Valverde (2003), que el pensamiento de Bodin es secular: el poder no viene de Dios, sino que es entregado por el pueblo al monarca y este se convierte en Dios para el pueblo. El rey no tiene la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

autoridad que proviene de una misión trascendente, sino que su poder ha sido conferido por el pueblo. La referencia a la trascendencia se hace cada vez más tenue. El más allá deja de tener importancia.

Con el pasar de los años, gracias a la soberanía se llegará al principio de que no hay más leyes ni derecho de los que promulga y otorga el Estado. Ya no existe norma ético-jurídica que preceda a la norma estatal. El doctor Altuve-Febres (2001) nos dice acertadamente que el rey ha pasado de ser un magistrado a un legislador.

Este es quizás el momento más importante de la creación del Estado: el reemplazo de la *autorictas*y la *potestas* por la "soberanía". El cambiar ambas categorías tangibles y comprobables en la realidad por la abstracción de la "soberanía".

En este proceso de nacimiento del Estado, tenemos ya en el siglo XVI, a NiccolòMachiavelli, quien luego de convencerse que todo progreso en la civilización y la humanización social es imposible y que el ser humano es malvado por naturaleza, deja de lado toda consideración fuera de la eficacia del Estado y se empeña en "buscar el arte de crear Estados estabilizados, unificados y poderosos" (Valverde, 2003: 81). Para él, el único fin deseable es crear estos Estados, llegar a ello justifica cualquier cosa que pueda cometer el gobernante. Todo se justifica por la "consolidación y el engrandecimiento del Estado" (Valverde, 2003: 81). Su obra *El Príncipe* es una tratado de normas prácticas "sobre el modo de gobernar con eficacia teniendo como punto de mira

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

el engrandecimiento y la conservación del poder y sin reparar en medios" (Valverde, 2003: 83)

Machiavelli ha creado la doctrina de la exaltación del Estado, ha nacido "la teorización del Estado como un ente *per se*" (Altuve-Febres, 2001: 59)

Es importante resaltar lo que nos dice Valverde (2003):

> El maquiavelismo se había introducido no ya sólo en la praxis política –que eso había sucedido siempre-, sino en la teoría política. Era una formulación de tesis nuevas. Por primera vez quedaba teóricamente justificada una adecuada separación entre política, por un lado, y religión y moral, por otro. De un salto, la política quedaba liberada de referencias religiosas y morales y constituida en un arte práctico y eficaz para dominar a los pueblos, mantener los Estados y engrandecerlos.

Pero es con Thomas Hobbes (1588-1679) con quien "el Estado aparece ya modelado como Unidad Política plena" (Altuve-Febres, 2001: 63). Según Hobbes el estado es una gran máquina todopoderosa, con personalidad jurídica propia, que nace del contrato de todos para obtener seguridad ante la anarquía del estado de naturaleza, pero no forma parte del contrato porque no responde ante nadie, y que debe imponerse a todos los hombres mediante el miedo para ofrecerles paz. Como vemos, la esencia de esta máquina es el poder y en ella se confunden la *autorictas*y la *potestas* en pro de más poder. Esta máquina no está compuesta por nada trascendente y su única misión es imponer el orden. Como dice Schmidt (citado por Altuve-Febres, 2001: 63): "ya no hay verdad sólo hay mandato". Y Altuve-Febres (2001) subraya que antes

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

existía un vínculo personal con el monarca o sus comisarios, ahora existe un "ente despersonalizado que se basa en la legalidad como fórmula de obediencia" (p.63).

1.1.4. El ocaso del Imperio y cambio de mentalidad

El año decisivo para el fin del Imperio es el de la Paz de Westfalia, el año mil seiscientos cuarenta y ocho. En ella el Imperio firma su derrota, luego de la larga y cruenta "Guerra de los treinta años". Esta "Paz" genera una nueva forma de interrelación entre Unidades Políticas, reemplazando el Ius Gentium (confesional y perglobal) por el IusPublicumEuropeum (secular e interestatal) (Altuve-Febres, 2001). Se ha reemplazado a las dos espadas por el equilibrio de potencias.

La Iglesia quedó definitivamente excluida de la política europea. "Sobre la idea religiosa imperó en la política la *raisond'Etat;* la razón de Estado, los intereses de la Corona, serán leyes supremas; el pensar y el obrar públicos deberán conformarse a las conveniencias estatales, no precisamente a las normas divinas; el Estado comienza a divinizarse" (García-Villoslada y Laboa, 1997:13).

Como afirma Hubeñak (2007): "Westfalia significó reemplazar la concepción universal de la Cristiandad por una nueva política (racionalista), basada en el equilibrio de las nuevas monarquías que implicaba pactos internacionales y alianzas matrimoniales para contener a las "potencias" hegemónicas" (p. 183). Y concluye: "Westfalia, en definitiva, al reconocer la libertad de cultos en Europa y estableces la paridad religiosa entre el catolicismo y los demás

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

credos cristianos, proclamó la ruptura de la Cristiandad. Ello alteraba el concepto de “armonía” de la Antigüedad llevando a su eclosión las crisis de la conciencia cristiano-teocrática e imperial” (p.184).

Además, con este tratado, se implementa una óptica territorial como sustento del Estado. Nace las frontera como “fuerza dogmatizante en las relaciones interestatales” (Altuve-Febres, 2001: 66). La territorialidad será el segundo gran paso, luego de la soberanía, hacia la plenitud del Estado.

Valverde (2003) nos dice que destruida la idea de Imperio:

> El Estado deja de ser un instrumento de la soberanía divina para la salvación o el castigo de los hombres. El Estado civil no es sino una creación humana, una exigencia de la naturaleza humana sin aquella referencia a Dios Creador y Providente y a su ley natural que se hacía en el pensamiento político de santo Tomás. Son infundadas las pretensiones de la autoridad espiritual de querer limitar o controlar la autoridad temporal (p.6).

Paralelamente a estos procesos, se ha dado un cambio radical en la mentalidad de los hombres. La vida ya no gira en torno a la Iglesia (los templos ya no son los edificios más importantes de las ciudades), con el humanismo renacentista la vida ha dejado de ser un valle de lágrimas en el que hay que ganarse la eternidad para convertirse en un lugar para construir el paraíso y gozar de él en vida. Ahora solo importa lo que pasa en el mundo y cómo conseguir la felicidad en él, el más allá ha dejado de importar. Aparece el culto a la personalidad y renace el individualismo.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El individualismo, que luego será el carácter distintivo del movimiento liberal (Russell, 2010), que había nacido con la pérdida de libertad política en época de Alejandro Magno cuando los estoicos proponen que se puede llevar una vida buena independientemente de la circunstancia social, dejó de estar patente en la vida pública con el advenimiento del Imperio y la Iglesia Católica hasta que la herejía protestante lo hace renacer al determinar que los concilios generales pueden equivocar y cuando gracias a ellos "determinar la vida no fue ya una empresa social, sino un asunto individual" (Russell, 2010: 256). Luego el individualismo se consolida con Descartes para quien el punto de partida es la propia existencia, no la de los demás ni la de la comunidad (Russell, 2010).

Posterior al humanismo renacentista, nace la nueva mentalidad burguesa que secularizó la vida y reemplazó el afán de infinito por el del lucro. La cosmovisión cambia radicalmente y los nuevos valores aparecen: la laboriosidad[8] (que permite construir el mundo), la ambición de ganancia, la frugalidad y el ahorro, la respetabilidad y el prestigio (que proveerán la confianza necesaria para los negocios), la búsqueda de ascenso en la escala social (Hubeñak, 2007).

El exitoso es quien se enriquece. Según la doctrina calvinista solo se enriquece el que es elegido por Dios y por tanto hay que trabajar para ser exitosos y demostrar que estamos destinados al paraíso.

[8] Recordemos que en la edad media había que trabajar tanto cuanto sea necesario para satisfacer las necesidades. El negocio (neg-otium), la negación del ocio, era mal visto. El trabajo era el castigo por el pecado original ("ganarás el pan con el sudor de tu frente").

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El vivir correctamente, ser honorable y respetado, es necesario para los negocios, por lo que hay que vivir correctamente y ser considerado por los vecinos. Luego, cuando llega el éxito, el hombre creyó que “ello era solamente mérito de sus esfuerzos –y habilidad– personales; Dios comenzaba a resultar innecesario” (Hubeñak, 2007: 204). Pronto la religión ya no desempeñará ningún papel en la vida cotidiana de los hombres.

Además se manifiesta un cambio en el pensamiento científico, luego de la sistematizada y lógica escolástica y el humanismo culto alimentado de la “redescubierta antigüedad”, el hombre práctico se acerca a la naturaleza sin rigor metodológico y con fines utilitarios, ya no hay la reverencia del estudio, no se buscan los principios de la naturaleza, lo único que interesa es dominarla y servirse de ella. La naturaleza ha sido desacralizada, ahora solo se le ve como una máquina, no importa por qué funciona, sino cómo lo hace.

Adicionalmente, nos dice Valverde (2003): “después de Descartes y los cartesianos, ya nada sería igual en la cultura europea. La supuesta razón pura, convertida en razón instrumental, caminará hacia el desarrollo matemático-técnico de la naturaleza y de la sociedad por el hombre moderno. La razón se antepone a la fe. Queda en el ambiente la convicción de que la razón explicará todos los enigmas y la técnica nos dará la felicidad” (p.132).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

1.1.5. La plenitud del Estado

El absolutismo se ha asentado en Europa, los reyes no tienen a quien responder, son soberanos, y ejercen su poder sobre un territorio claramente delimitado, el Estado está por llegar a sus formas actuales. Y junto al absolutismo se va gestando una nueva forma de pensar, una ideología nueva que bebe de los cuatros siglos anteriores de secularización y que se inspira directamente en la política inglesa posterior a la "Revolución Gloriosa" y de los pensadores ingleses como Locke, Hume, Newton, etc. Ha nacido la Ilustración.

La Ilustración se erigirá en el siglo XVIII, el llamado "siglo de las luces" en el que la luz de la razón[9] nos liberaría del tenebroso pasado, mítico y supersticioso[10]. Se pensó, como afirma Valverde (2003), que "la razón humana, liberada de tinieblas y supersticiones, llevará la humanidad a la perfección siempre buscada y nunca encontrada hasta ahora, por no haber dado la prioridad a la razón" (p.191).

Esta corriente será fomentada por los "filósofos" franceses del siglo XVIII, hombres libres, alejados de la academia[11] y de todo rigor y profundiad que los haría incomprensibles. Ellos propondrán una "filosofía" fácil y superficial que lleve a una vida confotable y honesta, sin sentido de la responsabilidad (Valverde, 2003). Evitarán toda metafisica, trascendencia o absoluto. Pero

[9] Crecida por los continuos descubrimientos científicos. Especialmente los de Newton que daba una interpretación coherente y científica del mundo material con el método matemático riguroso, con lo que parecía que se develaban todos los misterios del mundo (Hubeñak, 2007).
[10] Desde entonces la edad media se vería como una época de retraso y oscurantismo.
[11] Se reunirán en los salones de las damas parisinas ilustres y en los cafés.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

estarán seguros de su conciencia mesiánica, que tienen una gran misión: liberar al pueblo de la ignorancia, porque solo la razón los hará libres.

Los ilustrados son deístas, creen en un creador, pero que puso a funcionar "la maquina del universo" y luego se despreocupó de ella. Negarán por tanto la Divina Providencia y la verdad revelada. Se reemplaza la providencia por el racionalismo mediante la idea del progreso como bienestar terrenal. Se tiene fe en la perfectibilidad moral y progreso indefinido en vez de fe cristiana (Hubeñak, 2007).

En resúmen los ilustrados afirmarían la existencia de un orden natural (Naturaleza), explicable por medios naturales (Razón), cuya aceptación y adaptación por parte del hombre (Moral natural) le garantizaría la felicidad en la tierra, malograda por las restricciones impuestas por la Iglesia (Hubeñak, 2007).

La Ilustración creará "una nueva sensibilidad intelectual y otra concepción distinta de la vida que ya no será la tradicionalmente cristiana" (Valverde, 2003: 185). Será una concepción materialista, en la que el hombre es una criatura natural, racional, libre, que busca su propia felicidad (fundamentalmente material) en esta tierra[12] (Hubeñak, 2007).

La difusión de las ideas ilustradas será tal que muchos monarcas la acogerán, creándose así el "Despotismo ilustrado", en el que los gobernantes deslumbrados sentirán la obligación de imponer la felicidad a sus ignorantes súbditos sacándolos de las tinieblas.

[12] Antes era una creatura de Dios destinada a la vida eterna.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Cuando Federico el Grande, embriagado con la filosofía iluminista y hecho un déspota ilustrado, dice: “El rey es el primer servidor del estado”, se da la “muerte de la soberanía como patrimonio del monarca” (Altuve-Febres, 2001:66) para pasar a ser del pueblo. El pueblo es el soberano, en el reside el poder, pero lo delega a sus gobernantes para que estos lo administren.

Será decisiva la influencia de otro pensador: Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) que con su obra *El contrato social* establece que los hombres, buenos por naturaleza pero pervertidos por la sociedad, se reunen y deciden libre y gratuitamente vivir juntos y darse las leyes que ellos consideren oportunas. Es así que sacrifican parte de su libertad para otorgarla a un ente que las administres: El Estado. Este prohibirá ciertas conductas y creará ciertas condiciones que permitan que sus ciudadanos se desarrollen libremente. Así, según Valverde (2003), el régimen político creado por Rousseau tendrá las siguientes características:

> a) el pueblo es el único soberano; b) su soberanía es absoluta, perpetua, indivisible, irrenunciable e inalterable; c) el pueblo se gobierna mediante la voluntad general[13] que no es, de suyo, la voluntad de la mayoría, sino la que mira los los intereses de todos y no por intereses privados o egoistas, aunque “se encuentra contando los votos”; d) la voluntad general es racional y, por ello, santa e infalible y fundamento últimode toda leym de todo derecho y de toda moralidad (p.214).

De esta manera el estado será totalmente laico, creado desde abajo hacia arriba y en el que el sufragio universal será el último recurso para conocer de

[13] “... el Perú es libre e independiente por la voluntad general de los pueblos...”

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

derecho, de moral y para dictar las leyes (Valverde, 2003). Además, el pueblo se sentirá unido por la libre voluntad de gobernarse, con el poder de hacerlo y con el derecho a un espacio propio y bien delimitado sobre el que ejercer de manera soberana su poder. Como puede notarse la influencia de Rousseau en la concepción del Estado es notablemente influyente y podemos rastrearla claramente hasta nuestros días.

Luego, los cambios en la economía hicieron necesaria la disminución del control para continuar con su curso. Se necesitaron las libertades, había que protegerlas a toda costa. El absolutismo se convirtió en una traba, era necesario cambiarlo, destruirlo. Es así que estalla la Revolución francesa, la que tomará las ideas ilustradas, apropiadas para la economía, y las alzarán como verdades innegables y absolutamente necesarias.

Durante la Revolución francesa se da el tercer gran paso que consolida la plenitud del Estado e implica su madurez: el pueblo se identifica como una colectividad de carácter homogéneo y totalizadora (Altuve-Febres, 2001) y se conforma como nación. Esto se da cuando el Archiducado de Austria (en ese entonces aún perteneciente al simbólico Sacro Imperio Romano) declara la guerra a la Francia revolucionaria con el fin de disolver la Revolución e imponer el orden. Los franceses se sienten afrentados y se unen al reconocerse como iguales y a los austríacos como diferentes. Se inventan una identidad sobre el concepto antiguo de patria[14] y nace la nación. Los franceses vencen y la Revolución continúa. Como afirma el doctor Altuve-Febres (2001): “la

[14] El que analizaremos en el capítulo dedicado al delito objeto de estudio.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

identificación Pueblo-Nación es el hecho que abre las puertas del Estado-Nación como fórmula política predominante en la historia" (p. 67-68).

Así se llega a la **plenitud del Estado**, con la **conjunción de comunidad social o nación, territorio y la soberanía** (Altuve-Febres, 2001).

Pero la Revolución francesa no logró la libertad ansiada, pues la Convención mandó con mano de hierro e intstauró el terror. Luego, Napoleón restauró el absolutismo, con la salvedad de que fue ejercido en nombre del pueblo, no de Dios (Valverde, 2003). A la caída de Napoleón, se intento volver al antiguo régimen, pero la mentalidad europea, tan influida por lo la ideología francesa, no lo permitió. Pronto se implementaría un nuevo orden, un orden racional, basado en la nueva mentalidad producto de siglos de racionalismo, mecanisismo, empirismo, relativismo, naturalismo[15] y sobre todo del deísmo (Valverde, 2003). Este nuevo orden sería el Liberalismo, que viene de libertad, pero libertad entendida en tan vagos contornos que sería capaz de justificar cualquier cosa.

Este liberalismo se manifestaría de distintas maneras (Valverde, 2003): a) liberalismo económico, en el que la razón y bondad natural de los hombres haría que el mercado se regulace solo; b) liberalismo social, en el que cada uno es su propio guía, mirando solo a sus intereses y su razón, en el que el egoísmo es un bien, el motor que hace avanzar la historia; y el c) liberalismo político que consiste en que "la misión del Estado es crear el ámbito máximo para las libertades de los súbditos, y el Estado debe estar vigilado por éstos

[15] Entendido como desprecio de lo sobrenatural.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

para que no traspase sus límites" (Valverde, 2003: 232). Para esto, siendo el hombre naturalmente bueno y no necesitando más que su razón, el Estado debería intervenir lo menos posible ateniéndose solamente a crear las condiciones necesaria para que sus ciudadanos puedan hacer uso de sus libertades.

Es el liberalismo un movimiento eminentemente secularizante e inmanentista (Valverde, 2003), en el que Dios debe estar alejado de la realidad humana. La religión debe ser un asunto privado, sin ninguna presencia pública. Se da pues una escisión de la vida del hombre en pública y privada. El Estado tendrá vedada la entrada a la conciencia del ciudadano. El ciudadano puede hacer lo que quiera en su vida privada mientras no dañe la libertad de los otros ciudadanos. La religión (y toda moral) se aparta definitivamente de la vida pública y cualquier intromisión suya es vista con malos ojos.

Se pregona la tolerancia, pero no basada en el respeto del ser humano, sino en el relativismo ante la verdad (Valverde, 2003).

El liberalismo es eminentemente empirista, por lo que se prescinde de la metafísica, en el no cabe lo absoluto, es por esto que al Estado no le queda otra opción para legitimarse que los votos de los ciudadanos, la voluntad de la mayoría. Así, también las leyes son teóricamente la expresión de la voluntad de la mayoría. Estas solamente son modos de regular la convivencia[16], pero las reglas de la convivencia son las que decide la mayoría (Valverde, 2003). No

[16] El Estado liberal no busca la justicia, sino el orden.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

hay verdad natural, no hay bien absoluto, el bien y el mal son decididos voto a voto. El Estado se ve reducido al fomento del bienestar material.

Otro fruto de la Ilustración sería el Estado totalitario (que teóricamente se opondría al liberal), que desciende del despotismo ilustrado y se apoya en Hegel y el idealismo alemán, en el que el Estado es entendido como "la suprema encarnación de la razón" (Valverde, 2003: 237). Por lo que se siente con la autoridad de intervenir y regular todo para poder imponer la felicidad. Este Estado procurará afirma a la comunidad y hacer patente su voluntad como la más razonable y, por ende, la única buena.

Libertad e igualdad serán las ideas predominantes desde entonces. De ellas y el evidente conflicto que genera su coexistencia partiran los distintos tipos de estado. El Estado liberal-capitalista-democrático en el que la libertad será la religión y el Estado Totalitario, donde la igualdad sea la predominante. En ambos se evitará la referencia a lo trascendente, por lo que lo bueno y lo malo serán elegidos por la mayoría o por la divina razón del partido.

Todas las demás formas de gobierno no serán más que manifestaciones de aquellos Estados, en cuya base estará el culto a la razón, la creencia en la bondad del hombre, la secularización de todos los ámbitos de la vida y la búsqueda del orden.

Terminaremos este subcapítulo revisando en un cuadro comparativo las características del Estado y del Imperio, para concretar la naturaleza del Estado:

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Imperio	**Estado**
Es una construcción política concreta alejada de toda teorización o idealización abstracta	Es una abstracción que recién aparece en el renacimiento fruto del pensamiento de los hombres
Es una Unidad Política orgánica que existe en tanto se da en la realidad y pueda comprobarse	Es una Unidad Política concebida como una máquina con entidad per se
No tiene personería jurídica propia	Tiene personería jurídica propia
Su administración se atribuye a distintos poderes regulados por el Emperador y los reyes.	Su administración es centralizada
Cada reino responde ante el Emperador y la Iglesia	Es **soberano**
Esta constituido por distintas fuerzas (reyes, señores feudales, etc.)	Tiene el monopolio de la fuerza
Su alcance pretende ser universal	Está **vinculado a un territorio determinado**. No tiene vocación universal
Unidad Política con diversidad de realidades	Unidad Política homogénea
Tiene una misión trascendente que es la que le da legitimidad	No refiere a lo trascendente
Su unidad se basa en su misión	Su unidad se basa en la identificación

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

trascendente.	de sus individuos como una **comunidad homogénea**.

Fuente: Elaboración propia

1.2. Sistema Punitivo y Estado

1.2.1. Misión del Derecho

Como hemos revisado en el subcapítulo anterior, podemos afirmar que existen dos tipos de estado: El absolutista o totalitario y el liberal-democrático. Ambos Estados se manifiestan a lo largo de la historia de distintas maneras, con diferentes nombres, combinando sus elementos y hasta intercalándose en un mismo país.

Ahora toca ocuparse de la misión del Derecho en el Estado, que por más que parezca radicalmente distinta en ambos tipos de Estados es esencialmente la misma. Empecemos recurriendo a las palabras de Hurtado Pozo (2005) quien afirma que: “El derecho en general es una forma de regular el comportamiento de las personas. El fin es establecer o conservar las condiciones necesarias para el normal y buen desenvolvimiento de la vida comunitaria” (p. 8-9). Es oportuno en este momento definir un concepto que nos ayudará a sintetizar, junto a la cita anterior, la misión del Derecho en el Estado. Ese concepto es el de “bien común”. Podemos definir el bien común como el “conjunto de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

condiciones de la vida social que hacen posible, tanto a la comunidad como a cada uno de sus miembros, el logro más plenos y más fácil de su propia realización y perfeccionamiento" (Gálvez y Rojas, 2011: 10).

De esta manera podemos resumir que la misión del Estado (en cualquiera de sus manifestaciones) es **regular el comportamiento para alcanzar el bien común.** Las diferencias nacen cuando se pretende dar contenido al bien común y se eligen los medios para conseguirlo.

Es así que en el Estado totalitario el contenido del bien común será definido por la razón del Estado. El Estado (ya sea que se tenga como encarnación de la razón o de Dios) se considera dueño de la verdad, el único que puede interpretar correctamente la realidad y determinar lo conveniente para sus ciudadanos. Solo el Estado puede proporcionar la felicidad imponiendo los correctos valores. El Estado quiere obligar a los ciudadanos a ser felices, porque solo él sabe cómo lo pueden ser, toda idea disidente de felicidad está equivocada.

En este Estado hay la creencia en un absoluto, pero un absoluto determinado por el hombre, específicamente por el gobernante[17]. Todo valor que se le escape al gobernante es incorrecto y el Estado debe intervenir para rectificarlo. Así las leyes son dictadas para crear el ambiente en el que los valores del gobernante sean realizados y sus ciudadanos consigan la felicidad.

Entonces se crea una identificación entre moral y Estado, entre ley del soberano y ley natural. Así el Estado tiene un poder ilimitado, por encima de

[17] Ya sea este un tirano solitario, un rey absolutista o el partido político en el poder.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

cualquier consideración de sus súbditos. Ellos solo pueden acatar las órdenes, no existen límites al poder estatal. Todo acto del Estado se considera legítimo.

En lo que respecta al Estado democrático-liberal tenemos que en este no hay verdad absoluta, que el hombre está en la capacidad de elegir lo que le apetezca hacer con su vida. Que solo él puede determinar lo que le haga feliz a sí mismo. El Estado democrático-liberal nace del subjetivismo y del individualismo. Cada uno es capaz de establecer su verdad y esta solo servirá individualmente. El Estado democrático-liberal es neutral en materia moral.

Pero puede que entre el inmenso mar de verdades individuales haya unas que choquen contra otras. Entonces nace el Estado para poner el orden[18] y mantener una convivencia pacífica. El bien común será el ambiente en el que puedan convivir las diferentes verdades individuales sin chocar e impedir que unas se realicen y otras no.

Entonces la misión del Estado se limita a proteger las libertades básicas de los ciudadanos[19] y crear el ámbito adecuado para que estos puedan desarrollarse plenamente. Es decir, el Derecho debe regular las conductas de los ciudadanos impidiendo que cometan actos que perjudiquen a terceros. Su misión es fomentar el libre desarrollo de la personalidad. De este principio se derivan los

[18] Es por eso que es incorrecto hablar de Justicia en un Estado democrático-liberal. Sin una verdad única no existe la Justicia y el Estado solo se limita a mantener el orden.

[19] ¿Pero cómo establecer cuáles son las libertades básicas sin tener un absoluto? Mediante la decisión de la mayoría, votando. Así las libertades básicas y los presupuestos del bien común variarán de Estado en Estado.
Esto último cambió con la globalización y la universalización de los derechos (la creación de los derechos humanos).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

demás que rigen la actividad estatal. Estos principios se constituirán como límites de la actividad estatal.

Así, como el Estado solo debe intervenir para proteger las libertades de terceros, se crea el principio de mínima intervención. El Estado sólo interviene cuando hay repercusiones sociales.

Cuando el Estado interviene en ámbitos que no afectan el derecho de terceros y que le atienen solamente a la persona, está tratando de condicionar la conducta infundiendo una determinada moral, lo que atenta contra el principio de neutralidad moral del Estado, por lo que debe ser detenido.

Conviene entonces introducir dos términos, dos formas de concebir el Derecho que nos ayudaran a consolidar lo anterior: Derecho personalista y Derecho transpersonalista. Para Alagia, Slokar y Zaffaroni (2005) “Derecho personalista” es el derecho concebido como herramienta al servicio de la persona que por ser humano es capaz de diferenciar entre lo bueno y lo malo. Por otro lado “Derecho transpersonalista” sería el Derecho concebido como herramiento al servicio de un ente más allá de la persona y, que según estos autores, la niega.

Es así que un Derecho personalista no puede imponer una moral, debe limitarse a proteger derechos y a garantizar un espacio de libertad para que la persona elija como portarse. Indudablemente el Estado liberal-democrático, siguiendo fielmente sus principios, debe tener un Derecho personalista.

Luego tenemos que el artículo primero de la Constitución Política del Perú afirma que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. De lo que se infiere que el Derecho

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Peruano es personalista, en él lo que importa es la persona y toda idea o realidad como el Estado, una ideología, la comunidad como idea o Dios no pueden estar por encima de ella.

Y después, en los siguientes artículos, la Constitución se encarga de establecer una serie de derechos y garantías de los ciudadanos y sendos límites al Estado todo con el fin de promover y preservar un ambiente en el que los hombres puedan desplegar sus libertades a gusto y desarrollarse a plenitud según sus propios ideales.

Por esto, se puede concluir que el Estado peruano sigue la línea del Estado liberal-democrático. El Estado peruano tiene como fin máximo la libertad de la persona para autorrealizarse, es por eso que intenta no ser intervencionista (limitándose a las situaciones en las que se comprometan intereses públicos o cuando se vulneren derechos de terceros) ni pretende imponer ideas. Es por este motivo que nos esforzaremos en descubrir la misión del derecho penal en el Estado peruano sabiendo que este puede considerarse un Estado liberal-democrático.

1.2.2. La facultad punitiva del Estado

Pero para poder hacerlo debemos introducirnos en los conceptos básicos del sistema penal.

El sistema penal es el conjunto de normas e instituciones que pretenden enfrentar a un acto humano especialmente perjudicial que afecta las bases de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

toda sociedad: el delito. Lo que llamamos delito ha sido concebido de diferentes maneras a lo largo de la historia: una lesión al ser humano, una ofensa a Dios, la rebelión contra el soberano, el desprecio por la comunidad, etc. De esta manera actos que se consideraban delitos en unas épocas en otras ya no lo eran, dando por sentado también que las reacciones ante los delitos también han ido cambiando.

Zaffaroni, Alagia y Slokar (2005) proponen dos modelos de respuesta ante el delito: el modelo de partes y el modelo de confiscación de la víctima. El modelo de partes es el llamdo modelo germano (ya que era el usado en los reinos germánicos de la Alta Edad Media) por el cual el ofendido por el delito luchaba contra el delincuente teniendo al juez como árbitro del encuentro. Se suponía que el ganador había sido favorecido por Dios, quien le daba la razón en su causa. Si el delincuente perdía debía reparar el daño. Este modelo tenía a la víctima como persona y buscaba solucionar el conflicto.

Mientras que en el modelo de la confiscación de la víctima, el Estado se arroga la facultad de intervenir en el conflicto y se cree con la legitimidad de imponer un castigo al delincuente (**la facultad punitiva del Estado**) mediante el uso del sistema penal. La víctima es sustituida por el Estado y deja de tener importancia. El delito pasa de ser una lesión a un ser humano a ser la ofensa contra el Estado. Para Alagia, Slokar y Zaffaroni (2005) este modelo no soluciona el conflicto, solo neutraliza al delincuente que es visto como un enemigo, dicho modelo no repara, no da satisfacción a la víctima.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El modelo de confiscación de la víctima es el que ha imperado desde la Baja Edad Media hasta nuestros días y por tanto el único conocido por el Estado.

La pena ha sido erigida como la única respuesta que se le puede dar a la cuestión penal. Pero los fines de esta han variado dependiendo de los estados. En un inicio la pena era considerada como un medio de expiación de los pecados. Mediante ella, el delincuente, en un acto de contrición realizaba la penitencia que le permitía redimirse.

La pena con fines útilies socialmente es propia de la Ilustración que necesita disciplina en sus ciudadanos al prescindir de una moral trascendente. De ahí que tiene la pena-expiación cristiana y la convierte en pena-inocuación y pena-resocialización. Es decir convierte a la pena en su más extremo recurso de control social. El Estado utiliza la pena para conducir el comportamiento de los ciudadanos[20].

1.2.3. Misión del Derecho Penal en el Perú

Siguiendo lo planteado anteriormente al dividir los tipos de Estados y la misión del derecho en ellos podemos plantear que la misión del sistema penal en el Estado totalitario es regular el comportamiento de los ciudadanos para que actúen de acuerdo a los que se considera bueno según dicho Estado y castigar todo acto que vulnere dicha *bondad.* En el Estado totalitario el sistema penal es

[20] En nuestra opinión la punición no tiene un fin útil socialmente, es una "rémora cultural propia de la civilización judeo-cristiana" (Bustos, 2004: 502) distorsionada de tal manera que se pretende que solucione conflictos acorde a los fines del liberalismo. Sin embargo no se comprueba que resuelva conflictos, su único fin es la expiación de los pecados, fin incompatible con el Estado liberal-democrático.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

una herramienta para imponer una moral, ya sea mediante la intimidación, el castigo o la eliminación de los delincuentes o posibles delincuentes[21]. Además, como el Estado es el dueño de la razón y la verdad, puede utilizar los medios que quiera para conseguir sus fines. Puede hacer uso de torturas, desapariciones forzosas, purgas, etc.

En cambio, en el Estado liberal-democrático[22] el poder punitivo del Estado debe estar limitado por ciertos principios que actúan como directrices del Estado. Como lo afirma claramente Urquizo (1998):

> "el Derecho penal no es intrumento a ser utilizado bajo razones políticas, morales, ideológicas, culturales, económicas o de cualquier orden que no sea precisamente aquella vinculada a preservar la libertad del individuo en su esencia, dotado de posibilidades dentro del sistema social y el funcionamiento del sistema mismo como expresión de participación y realización" (p.806).

Como la intervención estatal vulnera lo más fundamental del ser humano, su libertad, solo debe intervenir en casos extremos, cuando ningún otro medio sea posible para solucionar el conflicto. Según Hurtado Pozo (2005) "el Estado espera, en primer lugar, orientar los comportamientos de los individuos motivándolos para actuar de cierta manera y así lograr que acepten ciertos esquemas de vida social […] Solo cuando no alcanza este objetivo por otros medios, se debe recurrir a la sanción penal" (p. 9-10). Habría que corregir que el Estado no busca que el individuo actúe de determinada manera, sino que

[21] No importa en este Estado que el delito no se haya cometido. Como el fin es imponer las ideas, el Estado podría castigar a un individuo para prevenir que cometa un delito o castigarlo por sus ideas u opiniones.

[22] Del que nos ocuparemos exclusivamente desde este momento al mencionar al Estado.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

NO actúe de determinada manera, es decir, que no cometa delito. Gálvez y Rojas (2011) afirman que el sistema penal debe retirar el conflicto ya que cuando lo hace “garantiza el ejercicio de los derechos y libertades, condición indispensable para que las personas puedan realizar sus programas individuales de vida” (p. 9).

Tenemos entonces en primer término que el Estado solo interviene penalmente cuando las condiciones fundamentales para que sus ciudadanos puedan desarrollarse plenamente son vulneradas de una manera especialmente grave. Esta vulneración es a lo que llamamos delito.

El código penal peruano, en el artículo primero de su título preliminar, afirma: “Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad.” Luego, en el artículo noveno de su título preliminar, nos dice que: “La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora.” Algo similar encontramos en el inciso veintidós del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución: “El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad” y en el artículo segundo del título preliminar del Código de Ejecución Penal: “La ejecución penal tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.

Entonces el sistema penal tiene por función proteger a la persona y a la sociedad mediante la prevención de delitos y faltas. ¿Cómo logra prevenir los delitos? Con la resocialización del delincuente, para que este no vuelva a cometer delitos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

De esta manera, la función inmediata de la pena sería la resocialización del delincuente. Esto hay que tenerlo claro, la pena no es un castigo (no se justifica la intervención del Estado en un acto que no sirva para mantener el orden y el ambiente adecuado para el desarrollo), un medio de reestablecer el Derecho (ya que lo efectivamente lesionado por el delito no vuelve a su estado original ni mucho menos y el Estado no tiene porqué afianzarse mediante el Derecho ya que no es un fin en sí mismo, sino un medio para que la persona se realice), una herramienta que afiance valores en la conciencia de los individuos (porque esto contravendría la neutralidad moral del Estado), ni un medio de intimidación para los "no delincuentes" (ya que al aplicar una pena se estaría usando al ser humano –el penado- como medio para evitar los delitos otros, no como un fin como lo consagra el primer artículo de la Constitución)[23] [24]. La pena[25] es una herramienta para reeducar, rehabilitar y reincorporar al penado en la sociedad y así evitar que este siga violando las condiciones necesarias de la sociedad.

Luego, la función mediata de la pena sería la protección de la sociedad mediante la prevención de delitos. Pero inmediata y principalmente es la resocialización del delincuente.

Eso tiene que quedar claro ya que en las últimas décadas se ha comprobado un "populismo punitivo". Este fenómeno es definido por Bottoms (citado por Larrauri, 2005) y "se refiere a cuado el uso del derecho penal por los

[23] Obviamente tampoco sería un medio de incapacitación ya que esto contradeciría literalmente el fin consagrado en la ley peruana.
[24] Recordemos que para que el Derecho Penal sea legítimo dentro del Estado Constitucional de Derecho, según Hurado Pozo (2005), "debe encuadrarse en el marco de vigencia de los Derechos Fundamentales.
[25] En el Perú como estado liberal-democrático y teóricamente.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

gobernantes aparece guiado por tres asunciones: que mayores penas pueden reducir el delito; que las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la socedad; y que hay unas ganancias electorales producto de este uso" (p. 458).

Alagia, Slokar y Zaffaroni (2005) agregan que: "históricamente la legislación penal pasó de unos pocos crímenes en los siglos XVIII y XIX (lo llamados delitos naturales) a un programa de amplitud formidable que no deja de aumentar por la obra de la creciente e increíble irresponsabilidad de los legisladores" (p. 11).

Las manifestaciones de este "populismo punitivo", según Garland (citado por Larrauri, 2005) serían las siguientes:

> a) la crisis del ideal resocializador; b) el resurgimiento de las sanciones punitivas y degradantes; c) el aumento de un clima punitivo entre la población; d) el retorno de la víctima; e) la politización y uso electoral de los temas referidos al delito y al sistema penal; f) la reafirmación de la prisión como medio de conseguir la incapacitación de las personas que delinquen; i) la transformación del énfasis en la prevención del desorde o de las "incivilidades" trasladándose la responsabilidad de su control a la "comunidad"; l) el surgimiento de un nuevo estilo de trabajar administrativo ("*managerial*") que atiende a principios coste-beneficio, tablas de riesgo e indicadores de éxito y riesgo (p. 460-461).

Todo esto atenta, evidentemente, contra el ideal del ser humano como fin del Estado y no como medio, y contra la neutralidad moral del Estado, entre otras cosas. Es ahí donde encontramos **la misión del derecho penal**. "La función

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

del derecho penal no es legitimar el poder punitivo, sino contenerlo y reducirlo, elemento indispensable para que el estado de derecho subsista y no sea reemplazado brutalmente por un estado totalitario" (Alagia, Slokar y Zaffaroni, 2005: 5). El derecho penal, entonces, es el encargado de limitar **el poder punitivo del Estado** para que este **no exceda sus fines**. El derecho penal protege al ciudadano de la potestad punitiva que ejerce el Estado a través del sistema penal. Esto lo hace estableciendo **principios** que moderen dicha potestad y la encaucen dentro de su misión.

"En la construcción del sistema penal existe una previa decisión política de cómo debe ser y para que funcionar. Pero si este se contradice no respetando los límites que dicha decisión política le ha impuesto se torna incoherente y por tanto inválido" (Alagia, Slokar y Zaffaroni, 2005: 95).

1.2.4. Principios del derecho penal y criminalización primaria

Entonces tenemos que el Estado se forma para asegurar la conivencia pacífica de una sociedad y mantener las condiciones necesarias para el desarrollo individual de cada uno de sus ciudadanos. Para ello usa el derecho para encausar las conductas y que estas no vulneren estos presupuestos básicos de vida comunitaria. El sistema penal es un medio para lograr este fin. Pero para que no exceder sus fines y cometer arbitrariedades se impone límites a sí mismo. Estos límites son los principios del derecho penal.

Alagia, Slokar y Zaffaroni (2005) mencionan que: "los principios limitadores de la función penal condicionan la construcción del derecho penal en pro del

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

avance y consolidación del Estado de derecho" (p. 96). Luego agregan que "el standar de efectividad de los principios limitadores en la realidad social es el que señala el progreso jurídico alcanzado por determinada comunidad" (p. 96). En el mismo sentido, Bustos (2004) afirma que: "el sistema penal en un orden democrático ha de partir de un presupuesto básico: la dicotomía entre la libertad y el poder. Desde esta perspectiva el sistema penal surge como un sistema de trincheras garantistas cuyo objetivo es la exclusión de la arbitrariedad" (p. 509). "Un sistema penal como sistemas de garantías es consecuencia de una política criminal en un Estado social y democrático de derecho" (Bustos, 2004: 509).

Bustos (2004) los resume de esta manera:

> Por eso los procesos de criminalización, esto es, los de creación y de aplicación de la norma penal, deben cumplir condiciones de validez democrática. No basta con la promulgación de normas formalmente válidas. Es necesario que en las leyes que formalizan los procesos de criminalización se precipiten principios materiales consustanciales al Estado social y democrático de derecho para que sean también materialmente válidas (p.510).

Dentro de esta labor de exclusión de la arbitrariedad de la facultad punitiva del Estado y mantenimiento de los presupuestos democráticos encontramos dos clases de principio limitadores: los principios referidos a la creación de la ley penal y los principios referidos al proceso penal.

Como la hipótesis de nuestra investigación es que no debería existir el delito de "ultraje a los símbolos, próceres y héroes de la patria", nos referiremos a los

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

principios que limitan la creación del derecho. Específicamente al de lesividad y al de necesidad.

Antes de ello, recordemos que Alagia, Slokar y Zaffaroni (2005) nos dicen que el retroceso de los principios limitadores implica el retroceso del progreso jurídico y del respeto a la dignidad humana.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Capítulo segundo

El principio de Lesividad

Como vimos en el anterior capítulo, el Estado se atribuye la facultad de imponer una pena con el fin de proteger al individuo y a la sociedad de un delito. Esta facultad es legitimada por la soberanía del Estado, que proviene de la voluntad general del pueblo de mantener las condiciones necesarias para el libre desarrollo de los indiviuos y, por ende, por el fin protector y preventivo de la pena. Entonces “si el fundamento del derecho de castigar reside en su necesidad para la protección de la sociedad, no estará justificado hacer uso de él cuando dicha necesidad falte” (Mir, 2002: 102-103). A decir de Mir (2002) el fundamento funcional del poder punitivo del Estado es la necesidad de protección de la sociedad. Si esta no existe, el ejercicio de este poder es ilegítimo.

Recordemos que con la Revolución francesa y el advenimiento del Estado liberal-democrático la concepción de delito cambia esencialmente, ya no habrá identidad entre delito y pecado o delito e infidelidad al monarca, ahora el delito solo lo es en tanto conlleve un perjuicio social. Bien lo expresa el artículo quinto

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano: “La ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad”.

De ahí nace el principio de lesividad, el que poemos encontrar en el artículo cuarto del título preliminar de nuestro vigente Código Penal: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.”

Tomemos un ejemplo de la jurisprudencia nacional que desarrolla este principio:

> …la prohibición de una conducta mediante la limitación de derechos fundamentales solo será constitucionalmente válida si esta tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional, y siempre y cuando la conducta prohibida lesione o ponga en peligro los referidos bienes jurídicos. Precisamente, esta relevancia constitucional del bien jurídico que se pretende proteger y la dañosidad social de la conducta que lesione o ponga en peligro tal bien jurídico, justifica que este bien sea merecedor de protección por parte del Estado.
>
> Exp. 00012-2006-AI/TC. 15/12/2006. Caso: CAL contra C. Just. Militar. Fj: 32.

De igual manera, encontramos dentro de las innovaciones manifestadas en la exposición de motivos del Código Penal Peruano lo siguiente (n.14): “Entre las figuras que han sido suprimidas respecto de la legislación penal anterior, están los delitos de riña, duelo, adulterio y piratería marítima. La razón de la discriminación radica en que para que una conducta constituya delito, debe lesionar o poner en peligro un bien jurídico. En estos casos no se vulneran

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

bienes jurídicos.” Esta no es más que otra afirmación de la importancia del principio de lesividad en el ordenamiento jurídico penal.

Este principio obedece a que “mientras no hay una lesión no hay un conflicto; mientras no hay un conflicto no puede haber delito y, por ende, sería absurdo que el poder punitivo pretenda entrometerse” (Alagia, Slokar y Zaffaroni, 2005: 110). Además es “la lesividad social que convierte al delito en una infracción especialmente grave del Ordenamiento jurídico, y lo que hace necesaria la reacción con una pena” (Alcácer, 2004: 27).

Hemos mencionado varias veces el término “bien júridico”. Este sería las condiciones protegidas por el Estado que son necesarias para el libre desarrollo de cada individuo de las que hemos venido tratando desde que empezamos con el Estado liberal-democrático. Según Polaino (2010) los bienes jurídicos son “los bienes y valores, personales o sociales, imprescindibles para el desarrollo de la vida comunitaria del ser humano en sociedad” (p. 35).

Más adelante analizaremos las características esenciales de dichos bienes jurídicos. Por ahora basta con saber que lo que da contenido material al delito es la lesión del bien jurídico. Hay que tener en cuenta que el delito no es una cuestión ontológica, sino una cuestión de política criminal, es una creación del Estado. Bustos (1998) afirma: “El Estado como poder de organización del sistema social entra a definir determinadas situaciones como delito[26], a señalar

[26] Esto es la criminalización primaria.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

o instruir que determinadas formas de resolver conflictos sociales o de satisfacer las necesidades no pueden ser utilizadas" (p. 544).

Pero el Estado crea el delito a partir de lo que pretende asegurar. Un delito lo es en tanto afecte al bien jurídico. Esto no significa que toda afectación de un bien jurídico constituya delito. Según la Ejecutoria del 19/03/1998 Exp. 8240-97 (en Rojas, 2000: 37): "Debe tenerse en cuenta que la protección de bienes jurídicos no sólose alcanza a través del Derecho Penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo ordenamiento jurídico". Villavicencio (2006/2009) aclara que "el concepto de 'bien jurídico' es, pues, más amplio que el de 'bien jurídico penal'" (p. 95). Luego agrega que "no sólo el Derecho penal puede intervenir exclusivamente en su protección, sino también otros medios de control social" (p. 95). Concluimos pues que el Estado utiliza su facultad punitiva solo en determinadas ocaciones, las más gravosas[27].

Entonces, el concepto formal del delito es el cumplimiento del tipo penal expresado en el Código. En cambio, "el concepto material tiene carácter previo al Código Penal y ofrece al legislador una línea político-criminal relativa a qué es lo que debería castigar y qué es lo que debería dejar impune" (Alcácer, 2004: 21). El bien jurídico es el que determina el carácter material del delito, al dotarle de contenido.

Alagia, Slokar y Zaffaroni (2005) lo expresan de la siguiente manera: "el bien jurídico es un concepto lógicamente necesario del que no se puede prescindir, pues con su renuncia desaparece todo sentido de la prohibición: se prohibe

[27] De aquí nace el principio de mínima intervención, el que analizaremos adelante.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

porque se prohibe" (p. 369). Entonces "la intervención del derecho penal se justifica como protección de bienes jurídicos" (Urquizo, 1998: 824). El principio de lesividad lo que consagra es que el sistema penal interviene exclusivamente para la protección de bienes jurídicos.

A estas alturas no sería necesario aclarar que la naturaleza del bien jurídico es la de limitador del poder punitivo, no la de legitimante de la criminalización primaria. Bien lo dice Villavicencio (2006/2009): "el bien jurídico debe ser realmente un límite político-criminal a la función punitiva estatal" (p. 96). Y Urquizo (1998) agrega: "el bien jurídico se justifica como categoría límite al poder punitivo del Estado, un obstáculo capaz de impedir arbitrariedades, distorsiones o confusiones en la elaboración de la estructura penal; las funciones de garantía son inherentes al bien jurídico penal y se vincula a la relación individuo-Estado" (p. 825).

Pero, el bien jurídico también cumple otra función: la de servir de guía de interpretación. "El concepto de bien jurídico como guía de interpretación –en palabras de Santiago Mir- descubritá el ámbito de protección o el fundamento del injusto" (Urquizo, 1998: 812). Así cuando alguien ser somete a una intervención quirúgica, el médico que la realiza caería en el tipo penal de lesiones, más al analizarlo desde la perspectiva del bien jurídico nos damos cuenta que la intervención no atenta contra la salud, ni contra la integridad ya que su fin es mejorarlas, por lo que no hay una lesión al bien jurídico y, por lo tanto, tampoco existe delito. "De este modo, para establecer si la conducta concreta ocurrida en el mundo social tiene significación jurídico-penal es

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

necesario valorarla desde el bien jurídico protegido por la norma que se trate" (Urquizo, 1998: 813).

Entonces tenemos que el bien jurídico cumple con dos funciones (Bustos, 2004): 1) Político criminal: límite al poder de definición de delitos del estado; e 2) Interpretativa: verificar si la conducta tiene significación jurídico-penal.

2.1. ¿Bien jurídco tutelado o bien jurídico lesionado?

Bien jurídico tutelado y bien jurídico lesionado son términos que son usados indistintamente para referirse a los bienes jurídicos objetos de un delito. Pero ambos implican consecuencias tan radicalmente opuestas que vale la pena definir cuál es su correcto uso.

Estos términos nace de dos posibles funciones del bien jurídico: la legitimadora y la limitadora. Con el bien jurídico tutelado (o protegido) suponemos que el bien jurídico tiene una funcion legitimadora, que mediante este el Estado afirma que interviene penalmente para proteger a la sociedad. Esto que parecería natural, le quita todo carácter garantístico al bien jurídico y deja la puerta abierta a una criminalización ilimitada por parte del Estado en aras de proteger a la sociedad. El bien jurídico tutelado implica que el Estado mediante la pena resuelve un conflicto, que la pena sirve de algo para que el bien jurídico lesionado con cada delito concretamente vaya a ser de alguna manera restablecido. Esto no es así, la pena suspende el conflicto y evita que haya otro (convenciendo al delincuente para que no lo vuelva a hacer), no soluciona el ya producido, porque la víctima no interviene (que el delincuente sea resocializado

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

y sea apto para volver a la sociedad le importa tanto a la víctima como a cualquier otro miembro de la sociedad). Es por eso Albin Eser (1998) se queja de que la exaltación del bien jurídico desvíe la atención de la víctima y ella sea olvidada por el derecho penal, pero es porque eso debe ser así. El sistema pena lo que busca es proteger una víctima abstracta (la sociedad) del peligro de que el delincuente siga con su actividad antisocial. Esto no significa que la víctima del delito y el bien jurídico no sean concretos, solo que estos no son protegidos.

Alagia, Slokar y Zaffaroni (2005) nos dicen:

> En principio, y aún aceptando que hubiese un bien jurídico tutelado, debe convenirse que sería diferente del afectado, porque la pena no hace nada respecto de la lesión (no le devuelve la vida al muerto, ni siquiera lo hurtado a la víctima). El bien jurídico tutelado sería un concepto diferente y un tanto espiritualizado (la vida en general, el patrimonio de todos, etc.), en tanto que el lesionado es concreto y particular. (p. 111)

Luego nos dicen que el discurso legitimante manipuló el concepto al punto de desnaturalizarlo. Ya que al principio el bien jurídico era un presupuesto necesario para la existencia de un delito y la necesidad de una pena (siendo así un límite al poder punitivo), luego, al pasar del bien jurídico lesionado al bien jurídico protegido, se creyó que el Estado estaba en la obligación de criminalizar todas las conductas que atentaran contra un bien jurídico, haciendo posible la creación de leyes penales infinitas.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Feijoo Sánchez (citado por Alcácer, 2004: 165) afirma que: “la protección de bienes jurídicos como función básica tal y como la concibe un amplio sector doctrinal da lugar a un punto de vista teleológico-formal sin límites materiales”.

Entonces cabe preguntarse: ¿cuál es el sentido del principio de lesividad establecido en el artículo IV del título preliminar del código penal? Es evidente, como ya hemos analizado, que el principio de lesividad tiene por misión evitar las arbitrariedades y limitar al poder punitivo a intervenir solo en los casos que un bien jurídico sea lesionado. Entonces no cabe la función protectora del bien jurídico ya que, también es evidente, que el bien jurídico de alguna manera legitima en el sentido de que permite al Estado perseguir penalmento los delitos efectivamente lesivos, sin embargo no legitima el fondo, el por qué se persigue. Entonces no es legitimación: que se permita algo nos significa que se justifique.

El poder punitivo no protege los bienes jurídicos, porque eso implicaría que el podría determinar que cosa es un bien jurídico (es decir crear bienes jurídico penales). El sistema jurídico es el que tutela dichos bienes y el poder punitivo se limita a intervenir cuando algunos de especial relevancia son vulnerados.

Debemos recordar que el fin de la pena en el Perú es la resocialización del delincuente, que solamente mediante esta se protege a la sociedad. Se trata al delincuente como un ser contrario a la sociedad, porque atenta contra los presupuestos de convivencia en los que esta se basa, y que debe ser curado para poder reinsertarse en la vida social y no volver a atentar contra ella.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

De esta manera, no se busca a los bienes jurídicos penales para protegerlos directamente, sino para conocer el requisíto mínimo de lo punible. **El poder punitivo protege a la sociedad, no a los bienes jurídicos. Los bienes jurídicos señalan los requisitos básicos de la convivencia, cuya vulneración, en última instancia, merece una pena, porque no hay otra solución.** Considerar a un bien jurídico como penalmente relevante sería la afirmación de la importancia y necesidad de este para la convivencia social.

Entonces, la función del bien jurídico penal no es proteger, sino "nombrar" los valores y condiciones mínimas de convivencia social cuya vulneración convierte al vulnerador en un agente nocivo para la sociedad y que, por tanto, debe ser resocializado para proteger a esta. Esta función sería la que le da el carácter limitador propio de la naturaleza del bien jurídico: limitar la intervención penal a la lesión de un bien jurídico penalmente relevante.

Por lo tanto lo correcto es usar bien jurídico lesionado, no tutelado o protegido.

2.2. ¿Qué características debe tener un bien jurídico para que sea útil al principio de lesividad?

Recordemos que el bien jurídico penal tiene carácter limitativo del poder estatal. Pero para que lo tenga debe cumplir con ciertas características sin las cuales podría desvirtuarse su fin y convertirse en un legitimante del poder punitivo. Revisaremos entonces la evolución del contenido del bien jurídico y las características indispensables para que este sea útil al fin del principio de lesividad.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2.2.1. El origen del concepto de bien jurídico y su carácter material

Inmediatamente anterior de la aparición del concepto de bien jurídico con Birnbaum teníamos que la visión de la sociedad que imperaba era la del contractualismo. Según ella la sociedad se forma por la libre voluntad de los ciudadanos, que ceden determinados derechos al Estado para obterner un ambiente de convivencia social y así un aumento de su libertad.

El gran referente en lo penal de esos tiempos era **PAUL JOHANN ANSELM RITTER VON FEUERBACH** (1775-1833) quien afirmaba (citado por Villavicencio, 2006/2009) que "toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica fundada en la necesidad de preservar los derechos externos" (p.97) y luego que "crimen es (…) acción contraria al derecho de otro".

"El objetivo del Derecho es la conservación de derechos, sus conminaciones protegerán los derecho de los súbditos como los del Estado" (Urquizo, 1998: 814). Había que penar acciones que atenten contra las condiciones esenciales de la sociedad (libertades de los individuos) ya que estas rompían el pacto social (Alcácer, 2004).

Urquizo (1998) nos dice que "del contrato social surgía un derecho a ser respetado y un deber de respetar, por lo cual el delito era una lesión a ese derecho (subjetivo) surgido del contrato social y que en síntesis era la libertad, como derecho resumen surgido del contrato social" (p. 814)

Al darse cuenta que "el derecho no puede ser disminuido ni sustraido, ello sólo puede suceder respecto de los que es objeto, esto es, un bien que jurídicamente nos pertenece" (Urquizo, 1998: 814-815) **BIRNBAUM** creó el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

concepto de bien jurídico. Él creía que no era suficiente la represión de derechos vulnerados y que era necesario un concepto que ampliara la intervención penal, así…

> …introdujo la idea de bien jurídico y, por un lado, estimó que constituía un contrasentido afirmar que los derechos pueden ser dañados o puesto en peligro, y por otro, señaló que mediante la idea de la violación de los derechos subjetivos no se comprendía la represión de ciertos comportamientos que atacaban intereces sociales importantes, como bienes jurídicos colectivos (Hurtado, 2005: 15).

Irónicamente, el concepto de bien jurídico nació con intención de legitimar la intervención del poder punitivo en otros ámbitos que no eran cubiertos por los derechos subjetivos, como los delitos morales o religiosos, pero como se verá "la noción de un bien, dado que permite asociarla a un substrato fáctico, implica que el daño propiamente penal debe ser perceptible en ese mundo exterior de la 'naturaleza', lo que conllevará una mayor exigencia de materialidad o de constatación empírica del daño" (Alcácer, 2004: 144). Lo que acarreó la limitación del poder punitivo y con la evolución del concepto la exclusión de faltas morales y religiosas. Como dice Hormazábal (citado por Alcácer, 2004) sobre Birnbaum: "el bien está establecido en relación con una persona que es titular de él, constituye una objetivación de lo que antes se encontraba en la esfera espiritual, esto es, de los derechos subjetivos" (p. 146)

Como afirma Urquizo (1998):

> Birnbaum supera así la posición subjetivista del contrato social por la cual todo era derecho del ciudadano o del Estado, todo estaba juridizado en términos

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

> absolutos, sin límite alguno. El Estado era el Derecho y el Derecho surgía del contrato, el ejercicio de la voluntad del Estado se convertía en Derecho, no había posibilidad alguna de limitar al Estado (p. 815).

Entonces, para Birnbaum, el delito era la "lesión o puesta en peligro imputable al hombre de un bien que debe garantizarse mediante el Derecho penal" (Mazuelos, 2003: 196). Con esto, Birnbaum aporta a la concreción con la idea de lesión de bien jurídico. Hace de lo protegido algo tangible, no etéreo (Alcácer, 2004). Con lo que se aporta al concepto material del delito.

Pero luego **KARL BINDING** (1841-1920) distorsionó el bien jurídico en un concepto espiritualizado y acrítico. Para Binding "el bien jurídico es todo valor que, según el legislador, constituye una condición necesaria para la vida comunitaria normal, es decir, los bienes jurídicos son una creación del legislador" (Hurtado, 2005: 15). Así, cada norma crea su bien jurídico y no existe la posibilidad de establecer sus bases más allá del Derecho y del Estado. Entonces no hay límites para la voluntad del Estado, ya que "la norma no necesita ningún otro presupuesto que el ser expresión de la soberanía del Estado" (Urquizo, 1998: 815).

Este pensamiento es heredero del de Hegel que, como ya revisamos, pensaba que el Estado era "la suprema encarnación de la razón" (Valverde, 2003: 237). Esta es la base de todos los Estados totalitarios y por tanto contrario a la democracia y al principio del individuo como razón del Estado.

Nos dice Urquizo (1998): "El derecho subjetivo del Estado es un derecho a mandar, capaz de exigir obediencia y ejercer el impeio. El rehusar la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

obediencia es, por lo tanto, siempre negación del poder público siempre contravención de un derecho público establecido exclusivamente a favor del Estado" (p. 815).

El concepto de bien jurídico de Binding nos trae serias críticas. Polaino (2010), por ejemplo, afirma que "el concepto de bien jurídico representa, en él, algo completamente carente de contenido, valor general y sentido" (p.39).

Bustos (2004) agrega que:

> … si el bien jurídico solo se puede explicar desde la norma, quiere decir que hay que buscar en la norma su contenido, pero hemos visto que ésta no se puede explicar por sí misma, que hacer referencia a algo, lo que nos lleva de nuevo al bien jurídico y éste nos regresa a la norma y así hasta nunca terminar; o bien, si la norma es la que nos señala el contenido del bien jurídico, su *telos*, entonces nestá demás el bien jurídico y vasta con la norma (p. 79)

Entonces ya no importa el bien jurídico, sino simplemente la desobediencia de la norma. Es que seguir este concepto, considerar al bien jurídico como la *ratio legis*, "nos lleva más allá del principio, de todos modos perfectamente conocido, de la interpretación teleológica" (Roxin, 1997: 55) y vacía de carácter crítica al bien jurídico, ya que este es lo que el legislador quiere que sea, haciéndolo inútil para el carácter limitador del principio de lesividad. Además, este concepto no ayuda a la labor legislativa porque no da lineamientos, sino total libertad.

FRANZ VON LISZT (1851-1819) se dio cuenta de estas limitaciones y quiso volver al concepto material de bien jurídico. "Liszt sitúa el bien jurídico más allá del

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ordenamiento jurídico: en la vida" (Urquizo, 1998: 817). Para él, el bien jurídico surge "como un concepto límite determinado por el ordenamiento jurídico y por tanto, dentro de él, en cuanto lo no fijado, pero con un contenido proyectado hacia el cuerpo social, que el derecho quiere asumir" (Bustos, 2004: 79). El bien jurídico, entonces, "no es un bien del Derecho (como Binding y otros suponen) sino un bien de los hombres reconocido y protegido por el derecho" (Liszt citado por Villavicencio, 2006/2009: 98).

Entonces para Franz von Liszt el bien jurídico preexiste al derecho y lo trasciende, son intereses vitales del individuo y de la comunidad. "La protección del derecho eleva el interés vital a bien jurídico" (Villavicencio, 2006/2009: 98). Por lo tanto el bien jurídico es el vínculo del derecho penal con la realidad y el límite al poder punitivo estatal. El problema es que, según Hurtado (2005), "en la medida en que no se establecen los criterios para seleccionar los intereses 'preexistentes' y, por lo tanto, no se fija el contenido del bien jurídico, no se logran establecer los tan proclamados límites del poder del Estado" (p. 16).[28]

Von Liszt resalta la importancia del **carácter material del bien jurídico**, que ya está desde su creación con Birnbaum. Esta materialización de lo lesionado "permite separar el objeto valorado de la valoración misma, y establecer un criterio más preciso de interpretación de lo regulado por los tipos, así como una posible graduación del injusto en función de las fases de lesión y peligro, criterio de lesividad prácticamente perceptible" (Alcácer, 2004: 146). De esta

[28] Este problema surge evidentemente porque el Estado liberal-democrático no fija sus bases en los trascendente y en el orden natural, buscando en el concenso y en la voluntad general (cambiante y caprichosa) los valores que ha de proteger (que hoy serán unos y mañana, otros).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

manera “el dato del bien jurídico no es abstracto sino preciso y diferenciado, así el Derecho Penal no ha de proteger el ‘valor vida’ en cuanto tal valor, sino la vida concreta de los ciudadanos. Por supuesto que estas vidas reales no constituyen bienes jurídicos en cuando meros datos biológicos, sino por su valor funcional para sus titulares y para la sociedad” (Urquizo, 1998: 811).

Esto nos plantea dos puntos importantes sobre el bien jurídico. El primero de ellos es que “la atención del Derecho penal no se dirige, en absoluto, hacia una cosa, sino hacia una cosa valorada; así, objeto de protección no es la vida como mero hecho físico –ello es en rigor, irrelevante para el Derecho penal-, sino la vida como fragmento de la realidad sociojurídica, y no naturalística, emanada de determinada decisión normativa intersubjetiva” (Alcácer, 2004: 123). Esto es que la vida en sí, biológicamente, es valorativamente neutra y lo que interesa es la valoración jurídica que se da de esta. Así, no hay que confundir bien jurídico y objeto de la acción. En un hurto, el objeto de la acción es la billetera y el bien jurídico es el patrimonio.

Esto nos lleva al segundo punto: que el objeto de la acción valorado, es decir el objeto y su relación con la víctima con la importancia que le da esta para su participación en la sociedad, es lo que constituye el bien jurídico. Como dice Alcácer (2004) lo que importa al Derecho Penal es la “reducción de las posibilidades de participación social que esa lesión significa para el titular del bien jurídico” (p. 161). Por eso, para Alagia, Slokar y Zaffaroni (2005) el bien jurídico es la relación de disponibilidad de un sujeto a un objeto (libertad, patrimonio, salud), no al objeto mismo. Lo que se protege es la capacidad de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

hacer uso del objeto. Es en relación con el sujeto que el objeto adquiere valor jurídico.

Repasando, hay que tener cuidado en establecer que el bien jurídico es el objeto valorado y no la valoración del objeto, el Derecho penal no protege valores como ya mencionamos, el bien jurídico es concreto, no abstracto. Esto último significaría la espiritualización y desmaterialización del bien jurídico y por tanto la transformación de su naturaleza de limitadora a legitimadora.

El bien jurídico como concepto material acarrea una serie de beneficios. “El concepto material de bien jurídico obliga al legislador a concretar los intereses susceptibles de lesión en el seno de las relaciones sociales” (Alcácer, 2004: 101), de esta manera delimita, hace restrictivo (no extensivo) el objeto protegido por el Derecho penal. El concepto material aumenta la seguridad jurídica al plasmar la exigencia de un daño efectivo. En cambio en el concepto espiritualizado “la identificación que establece entre entidad protegida y valor lleva, lógicamente, a una identificación entre lo protegido y la misma norma de conducta, que es la que encarna el valor” (Alcácer, 2004:99). Hay entonces una autolegitimación de la norma. Así solamente el concepto material de bien jurídico puede limitar el poder del Estado de definir conductas criminales ya que está basado en la realidad.

Además con él se halla una garantía al momento de trazar el momento de la consumación de un delito,

> una lesión del derecho a la vida queda ya consumada con el intento, en otras palabras, el derecho a la vida es lesionado por la tentativa de homicidio ni más

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

> ni menos que por el homicidio mismo. No obstante la lesión de la vida no queda consumada con la tentativa de homicidio; el bien de la vida no ha sido sustraído ni disminuido en el tercero de los casos que citamos, sino sólo fue puesto en peligro (Varela, 2011).

Entonces, tenemos hasta ahora, que el concepto de bien jurídico debe ser **material (no espiritual), que son objetos valorados que permiten el desarrollo de los individuos a través de su participación social** y que por lo tanto los bienes jurídicos tienen un **origen que trasciende a la norma** (Birnbaum y Von Liszt[29]).

2.2.2. Bien jurídico personalista y lesión de deber y de la norma

Como vimos al analizar a Binding, **HEGEL** (1770- 1831) fue muy influyente en su pensamiento. De sus teorías saldran otras sobre la concepción del bien jurídico y la lesividad en el ámbito de lo penal. Por eso es importante explicar, aunque sea superficialmente, su pensamiento al respecto. Hegel tenía una concepción de Estado propia del comunitarimo, para él el fin del Estado y del Derecho es la identidad y cohesión de la comunidad. Para él debían prevalecer los intereses del todo social sobre los del ciudadano. Además la moral colectiva debía ser la esencia de la identidad de la comunidad (fusionando derecho y moral) (Alcácer, 2004).

Así, para Hegel el delito es la negación del Derecho, ya que pone en duda la validez del Derecho y por tanto constituye un peligro para la sociedad al dañar

[29] En Birnbaum sería la naturaleza de las cosas y en Von Liszt la vida social.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

su conciencia jurídica, es la oposición de la voluntad del individuo sobre la de la comunidad, dañando su identidad y cohesión social. Así el objeto del delito es la voluntad general, el orden estatal. Por lo tanto, la pena es la negación de la negación del derecho, es decir, su reafirmación. Con la pena se opone la voluntad general del Derecho a la voluntad delictiva del delincuente y se logra restaurar el ordenamiento jurídico.

Así los seguidore de Hegel nos dirán que el delito "no se dirige contra una determinada forma de aparición del Derecho, sino contra su *esencia* (…) precisamente sólo la sustancia misma del Derecho es lo que constituye el objeto de ataque esencial del delito" (Kölstin citado por Eser, 1998: 601-602). Y que "no se ve en el delito aquello que a primera vista parece ser, una lesión del sujeto directamente afectado, sino… una perturbación del *ordenamiento jurídico invisible*,… una vulneración del orden estatal" (Bekker citado por Eser, 1998: 602).

De ahí provendría toda una corriente de teorías que ponen al Estado sobre el individuo, que identifican Derecho con moral y que restan importancia al bien jurídico como contenido material del delito.

Tenemos, por ejemplo, que en las decadas del veinte y treinta del siglo pasado, en Alemania se empieza a formar un rechazo al liberalismo político manifestándose en una etización del Derecho penal (fusión de lo jurídico y lo moral) y una subjetivización del contenido delictivo (Alcácer, 2004: 56) Así nacen los planteamientos del **NACIONALSOCIALISMO** y la **ESCUELA DE KIEL**.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Para ellos “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” (Urquizo, 1998: 818). Amelung (citado por Alcácer, 2004) nos dice que “el valor más elevado para el pensamiento nacionalsocialista lo constituye el pueblo, no el individuo. Por ello, la misión más alta del Derecho Penal es su mantenimiento” (p. 46). Hay que tener en cuente que no se identifica al pueblo con la suma de sus miembros, el derecho penal del nacionalsocialismo no protege a los miembros, protege al pueblo como una idea superior, el pueblo para ellos es la inseparable comunidad de las pasadas, presentes y futuras generaciones en torno a la sangre y el suelo (Alcácer, 2004).

Entonces el delito es la lesión del deber de fidelidad que vincula a cada miembro de la comunidad. “El delito se convertirá en lesión de deber, pero además –y esto eslo que dota a dicha noción de su componente material- este deber se entenderá dirigido a la actitud interna, como una vinculación interna entre el individuo y la comunidad, dando lugar a una subjetivación extrema del injusto” (Alcócer, 2004: 48). Así, el delincuente será el que simplemente no esté de acuerdo, eso constituirá la traición al pueblo. Nace el derecho penal del autor, la peligrosidad de los individuos para la comunidad del pueblo es lo esencial, no importa el resultado.

Así, esta corriente concebirá al bien jurídico como un límite al pueblo y al Estado, por centrar en el individuo y su libertad (Mazuelos, 2003: 199). Para ellos el derecho penal no debía tener contenido garantista, no debía haber

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

límites a la actividad del legislador. Gallas (citado por Alcócer, 2004) afirma que "para la valoración jurídico penal solo tiene relevancia los intereses de la comunidad" (p. 46), luego agrega que el bien jurídico "conlleva el peligro de una concepción material e individualista limitando el contenido del injusto" (p. 46). Lo que para ellos acarreaba un perjuicio para la comunidad y el pueblo.

Por otro lado, dentro de las corrientes transpersonalistas, están los **NEOKANTIANOS**, quienes "buscaron al bien jurídico en una realidad externa previa al Derecho, situándola en el mundo espiritual subjetivo de los valores" (Villavicencio, 2006/2009: 98). Para ellos el delito sí es la lesión del bien jurídico, pero el bien jurídico es concebido como un "valor ideal", no como realidad fáctica, social o institucional, de esta manera el "valor ideal" se convierte en un deber (Alcácer, 2004). Jesckeck (citado por Alcácer, 2004) afirmó que "el bien jurídico no es otra cosa que el valor ético-social y, por ello, la lesión de deber implica, per se, la lesión del bien jurídico" (p. 62). Y Schmidhäuser, que la lesión de bien jurídico es lo mismo que la lesión de deber. Entonces el bien jurídico, para los Neokantianos, no es un objeto valorado, sino la valoración del objeto (importancia social), de esta manera no hay lesión de un interés individual, sino el quebrantamiento de los valores de la comunidad. Así, el bien jurídico puede ser cualquier cosa que el Estado, alegando que es una convención social y parte de la moral colectiva, quiera, no hay misión limitadora ni garantística. Los neokantianos se acercan demasiado al nacionalsocialismo. El derecho penal con ellos es moralizante ya que se encarga de castigar las desviaciones de los valores del actuar jurídico.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Siguiendo una línea similar está **WELZEL** (1904-1977). Para él toda acción humana puede ser valorada por el resultado (valor de resultado) y por el sentido de esta (valor de acto). El sentido subsiste aunque no se dé el resultado. Ambas son reprochables. “La misión central del Derecho penal reside, pues, en asegurar la vigencia inquebrantable de estos valores de acto, mediante la conminación penal y el castigo de la inobservancia de los valores fundamentales del actuar jurídico manifestado efectivamente” (Welzel, 1987: 12). Los “valores del actuar conforme a derecho, arraigado en la permanente conciencia jurídica (es decir, legal, no necesariamente moral) constituyen el transfondo ético-social positivo de las normas jurídico-penales” (Welzel, 1987: 12). Es deber del Estado crear la conciencia del ciudadano fiel al derecho. “La protección de los bienes jurídicos la cumple en cuanto prohibe castigar las acciones dirigidas a la lesión de bienes jurídicos. Luego, se impide el desvalor material o de resultado mediante la punición del desvalor de acto” (Welzel, 1987: 12). “Más esencial que la protección de determinados bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la real vigencia (observancia) de los valores de acto de la conciencia jurídica; ellos constituye el fundamento más solido que sustenta al Estado y la sociedad” (Welzel, 1987: 13). “Al castigar el Derecho la efectiva inobservancia de los valores de conciencia jurídica, protege al mismo tiempo los bienes jurídico a los que está referidos aquellos valores de acto” (Welzel, 1987: 13). Así detrás de la prohibición de matar está el aseguar el respeto porla vida, detrás de la prohibición de robar está el asegurar la honradez. Entonces “la misión del Derecho Penal consiste en la protección de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y solo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares" (Welzel, 1987: 15).

Así, Welzel coloca al revés a los bienes jurídicos en relación con el respeto a los valores ético-morales. Como dijo Roxin (1997): "La creación de respeto a la vida o propiedad ajena, etc., naturalmente no se produce como fin en sí mismo [esto iría contra el principio de neutralidad moral del Estado], sino para evitar daños a bienes jurídicos; con lo que sólo es medio para el fin de la protección de bienes jurídicos" (p. 69).

Luego se desarrollarán las **teorías del perjuicio social o de lesión del deber** en las que la sociedad se convierte en comunidad, esto es que no es un conjunto de individuos, sino un sistema en el que cada persona (que no es lo mismo que el individuo, sino el aspecto social de este y el único importante para el Estado) tiene un rol social y que ha de cumplirlo a cabalidad confiando en que los otros haga lo propio para que funcione el sistema. De esta manera se generan expectativas. Alcácer (2004) nos dice que según estas teorías en lsa sociedades arcaicas y no diversificadas estas expectativas se basaban en la confianza personal que provenía del conocimiento intersubjetivo, pero que en las sociedades complejas (donde impera el pluralismo valorativo y al anonomato en contactos sociales) la confianza es institucional o sistemática, las personas deben asumir expectativas generalizadas en función de roles. Las normas jurídicas intstitucionalizan dichos roles estableciendo conductas obligatorias para el portador del rol (sus deberes), castigando a quienes los incumplan ya que este incumplimiento constituye un perjuicio social. Se

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

prescinde entonces del bien jurídico o su contenido se reduce a la funcionalidad del sistema social.

Así, para **AMELUNG** (1939-) "el punto de partida es el concebir la sociedad como un sistema dirigido a asegurar su existencia a través de imperativos funcionales (normas generales estableciendo sanciones), que institucionalizan las expectativas de los miembros de esta" (Hurtado, 2005: 20). Entonces el delito es un fenómeno disfuncional que dificulta el progreso del sistema social y vulnera las condiciones de existencia del sistema social (Alcácer, 2004: 101). Es decir, el delito causa perjuicio social.

Roxin (1997) rechaza la teoría de Amelung alegando que esta "conduce a que se proteja a la persona no por sí misma, sino sólo en interés de la sociedad" (p.68), lo que atentaría contra el artículo primero de nuestra constitución. Continúa Roxin diciendo que esta teoría es "radicalmente contrapuesta a la dirección liberal de la idea del bien jurídico" (p. 68) y que "la restricción –materialmente necesaria- está en contradicción con el punto de partida y ocula la idea de que el Estado existe para el individuo, que ha de ser protegido por símismo y no comoparte de todo el sistema social" (p. 68).

El problema de estas teorías del perjuicio social es que sacrifican al individuo en favor de la comunidad, hacen imposible el consentimiento porque el titular de lo lesionado no es el individuo y porque implica "la funcionalización de garantías individuales en aras del todo social y, lo que no es más que una consecuencia de lo anterior, subjetivación y anticipación de los márgenes de lo punible, ya que los valores morales se 'lesionarían' ya con actitudes morales"

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

(Alcácer, 2004: 130). Además depende del Estado establecer los roles de cada persona, dándole facultad ilimitada para determinar lo bueno o lo malo social.

Por otro lado, para **JAKOBS** (1937-) la sociedad es un "sistema social autónomo constituido por un complejo entramado de relaciones comunicativas que conforman la estrucutra organizativa del sistema" (Alcácer, 2004: 73) Y los fenómenos sociales son "procesos de comunicación referidos al sistema mismo, en atención al código binario de los funcional/disfuncional para el mantenimiento de la estructura inalterada del sistema" (Alcácer, 2004: 73). Es decir la sociedad está constituida por comunicaciones, por normas y lo jurídico social son las comunicaciones formalizadas por el derecho positivo. Así los delitos son procesos de comunicación (con contenido expresivo) referidos al sistema mismo en los que se afectan a "las condiciones autorreferenciales de constitución de la sociedad como sistema de comunicación" (Müssig citado por Alcácer, 2004: 83). Entonces lo importante no es el daño material, sino el significado contrario del hecho a la vigencia de la normal, el daño simbólico, esto es lo que constituye la lesividad social del delito. Siendo la pena, la estabilización social de la vigencia del derecho. Así el derecho penal "reprime el comportamiento como manifestación de una actitud de infidelidad al Derecho" (Urquizo, 1998: 822). Hay que tener en cuenta que a diferencia de Amelung y otros que sostiene la teoría del perjuicio social, Jakobs no cree en el delito como una lesión del deber, sino como una lesión de la vigencia de la norma.

Jakobs también prescinde del bien jurídico, para él "la protección de bienes jurídicos tampoco sería adecuada en relación ciertas normas que sirven a una

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

protección directa de la paz social sin la tutela intermedia de ningún bien jurídico" (Urquizo, 1998: 824). Habría que recordar que el sistema punitivo no debe proteger la paz social sin intervención de un bien jurídico, ya que entonces tratariamos con una paz social espiritualizada, lo que hay que proteger son las condiciones necesarias para ella que están concretadas en los bienes jurídicos. Además, "funcionalizar los derechos fundamentales, significaría la instrumentalización de las personas (individuo) respecto a los intereses sociales de estabilización del sistema[30], lo cual atentaría contra la dignidad humana y por ende quedaría expuesto a cuestionamientos de constitucionalidad" (Gálvez y Rojas, 2011: 88). Adicionalmente, no basta que un acto perturbe las comunicaciones sociales, es necesario analiza cuánto lo puede tolerar la sociedad porque cualquier acto realizado infinidad de veces perturba las comunicaciones y nopor eso debe ser reprimido penalmente, sino s epodría llegar a prohibir todo.

Además, entre otras críticas a estas teorías de la lesión del deber o de la norma, tenemos que "basar la legitimidad del derecho en su mera existencia supone la aceptación acrítica de las normas; generándose un estado de tecnisismo jurídico permanente en la que se confunde la cientificidad y legitimidad del Derecho y no es posible la crítica externa" (Portilla Contretas citado por Villavicencio, 2006/2009: 106). Asimismo, Bustos (2004) afirma que "prescindir de él [el bien jurídico] es poner el ordenamiento jurídico en las nubes, fuera del alcance del pueblo, dejar entregado el ordenamiento jurídico a la arbitrariedad, pues no se podían conocer sus razones, y también dejar

[30] El Estado penalizaría el homicidio para legitimarse y dar cohesión social, no para salvaguardar la vida humana.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

entregado al legislador a la arbitrariedad, pues no sabría como fundar las leyes" (p. 139)

Estas teorías también dan la posibilidad de dar relevancia penal a conductas solo subjetivamente dirigidas a la lesión del bien jurídico, lo que permite adelantar el momento de la punición. Adicionalmente hace que no dea necesario el resultado para el quebrantamiento de la norma con lo que se penalizan actos que no constituyen una amenaza real y efectiva al orden social y desaparece la tentativa.

Por su parte Ragués I Vallès (citado por Alcácer, 2004) afirma que un problema esencial

> de esta teoría radica en explicar por qué las penas ha de revestir un determinado contenido de aflicción variable en función de la gravedad de los delitos si su imposición debe ser vista simplemente como un acto de comunicación. La determinación del quantum de la pena es, sin duda, una de las principales debilidades de los partidarios del concepto comunicativo de delito y pena[31]. (p. 172)

Y el propio Alcácer (2004) nos dice:

> …dudo que sea de provecho para la dogmática sustituir un concepto de delito que es capaz de plasmar el componente material de lo lesivo y, en tanto es así, de la razón esencial que lo hace merecedor de pena, por un concepto de carácter formal, con tal grado de abstracción que, a fuerza de pretender

[31] Es decir que no existiría fundamento para atribuir una pena mayor al homicidio que al hurto de uso.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

> abarcar todos los presupuestos de sanción, acaba por vaciarse de contenido material. (p. 154)

El problema general y esencial de todas las teorías mencionadas en este capítulo es que ignoran la dignidad de la persona humana y la toman por medio y no como fin. Es por eso que una de las características principales del bien jurídico es su **carácter personalista**. El sistema punitivo no debe olvidar que el Estado es el medio y que como reza el primer artículo de nuestra Constitución Política: “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

De esta manera “de ningún modo por encima del individuo puede haber otros intereses de grupo o de conservación o funcionamiento del sistema social” (Bustos, 2004: 539). “No se trata de proteger sistemas sociales, organizaciones, intereses colectivos, sino las necesidades de las personas” (Bustos, 2004: 541). Como afirma Hormazábal (citado por Urquizo, 1998): “En un Estado social y democrático de derecho la determinación de los bienes jurídicos se habrá de hacer considerando los individuos y sus necesidades antes que la conservación y funcionamiento del sistema social” (p. 827).

El poder punitivo tampoco debe tener consideraciones morales ni religiosas, para no vulnerar el principio de neutralidad moral del Estado. El Estado solo puede intervenir si se está vulnerando libertades de los ciudadanos, si estas han sufrido un daño. La moral o la religión, en un Estado liberal-democrático, no pueden ser impuestas al resto de los ciudadanos, pues esto significaría una intromisión intolerable en el ámbito de su libertad y el derecho penal se

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

constituiría en factor de discriminación. Por eso, Alcácer (2004) recomienda que se debe excluir la protección de las convicciones morales vigentes en el grupo social y los climas morales o afectivos no reconducibles a la libertad.

Roxin (1997) manifiesta al respecto que:

> la protección de normas morales, religiosas o ideológicas, cuya vulneracion no tenga repercusiones sociales, no pertenece en absoluto a los cometidos del Estado democrático deDerecho, que por el contrario también debe proteger las concepcione discrepantes de las minorías y su puesta en práctica. (p. 63)

Así, este carácter personalista del bien jurídico evitará el comunitarismo y la moralización del derecho. El Estado no podrá determinar a su antojo lo relevante penalmente. El bien jurídico se constituye como un verdadero límite al legislador.

Es por eso que Roxin (1997) expone tres tesis concretas sobre la lesión de los bienes jurídicos: 1) Las conminaciones penales arbitrarias no protegen bienes jurídicos, 2) Las finalidades puramente ideológicas no protegen bienes jurídicos y 3) Las meras inmoralidades no lesionan bienes jurídicos. Todas por la misma razón: porque no sirven a la libertad del individuo en un Estado liberal ni a la capacidad funcional de un sistema basado en los principios liberales.

Ahora, que el bien jurídico sea personalista no significa que no existan **bienes jurídicos colectivos** y tampoco que se aseguren derechos aislados de individuos. Como dice Kinhäuser (citado por Alcácer, 2004: 136) la “protección de bienes jurídicos significa la protección de las bases para el libre desarrolllo

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

del individuo bajo el aspecto de su participación igualitaria en la interacción social orientada al acuerdo".

El fin del derecho es proteger la libertad de la persona y permitir su libre desenvolvimiento por tanto hay ciertos bienes jurídicos que no son estrictamente individuales, pero que son necesarios para un normal desarrollo del individuo, por eso necesita una protección mediata.

Galvez y Rojas (2011) los clasifican en dos: 1) Los que están en conexión con el funcionamiento del sistema, que inciden en la creación de condiciones indispensables para que se den las bases de la existencia de los primeros (medio ambiente, libre competencia, etc.) y 2) Los que generan las condiciones para la interrelación de los integrantes de la sociedad (fe pública, administración de justicia, etc.).

Es decir, los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales deben ser protegidos en la medida en que también afectan intereses individuales y su existencia es indispensable para el desarrollo de la persona en sociedad.

2.2.3. Bien jurídico, Constitución y realidad social

Al desarrollar Mazuelos (2003) las **teorías constitucionales** del bien jurídico expresa que estas proponen que los "bienes jurídicos sólo se pueden encontrar en una fuente jurídica jerárquicamente superior y que se imponga por su propia naturaleza: la norma constitucional" (p. 200). Luego las divide en dos: la Teoría Constitucional Amplia y la Teoría Constitucional Estricta. Al tratar esta última

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

nos dice que “propugna en sentido estricto recurrir a la Constitución, a disposiciones concretas del texto constitucional, en la determinación del objeto de protección” (p.202). En cuanto a la Teoría Constitucional amplia expone que en esta “la vinculación de la norma penal con la Constituciónse limita a las características básicas del Estado, del que derivan una serie de postulados y principios que inspiran la Constitución y que se entienden de carácter necesario en el ordenamiento penal”. (p. 201).

El problema de la Teoría Constitucional Estricta es que no todos los bienes constitucionales han de ser protegidos por el derecho penal y con esta teoría es imposible determinar cuales lo sería y cuales no. Esto llevaría a la creación de un Estado castigador que solo resuelve los conflictos con un instrumento que debería ser el último en usarse. Se perderían las demás ramas del derecho y se olvidarían maneras de resolver conflictos menos dañosas a la sociedad. Por otro lado no todos los intereses vitales para los individuos y su libre participación dentro del cuerpo social se encuentran positivizados en la Constitución, lo que los dejaría vulnerables a ataques merecedores de pena. El problema, como afirma Hurtado (2005), es que no hay relación estrecha entre los intereses constitucionales garantizados y lo que debe ser protegido por el derecho penal. Además que esta teoría “limita satisfacer las nuevas exigencias de protección que pueden surgir de la contínua evolución de la vida social” y tampoco “precisan lo materialmente necesario de protección penal en un momento determinado” (Mazuelos, 2003: 204).

En cambio, para **CLAUS ROXIN** (1997), principal cultor de la Teoría Constitucional Amplia, “la función del Estado no es otra que asegurar a las

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

personas el libre desarrollo de su personalidad, que la Constitución considera como presupuesto de una existencia humana digna" (p. 201). Entonces los principios de la Constitución (en los que se basa cada Estado), pueden limitar al legislador, por lo que el concepto de bien jurídico vinculante político criminalmente solo puede derivar de los cometidos de la Constitución a través de los cuales se limita la facultad punitiva del Estado y prevalece la libertad del indivuduo. Así, "lo bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento propio del sistema" (p. 56). Este concepto pretende abarcar tanto los estados previamente hallados por el Derecho ("circunstancias dadas y finalidades") como los deberes de un cumplimiento de normas creadas solo por el mismo ("intereses"). De esta manera, el concepto de bien jurídico de Roxin "obliga a someter de antemanos todo precepto penal a la luz de las limitaciones constitucionales" (p. 57).

Esta teoría es conveniente porque a diferencia de la Estricta se da cuenta que "la Constitución no es un catálogo a seguir sin más, por el contrario, es un instrumento informador y en algunos casos fundamentador de lo que debe o puede ser objeto de tutela penal" (Urquizo, 1998: 838). Así "el dato constitucional ayudará a decodificar todos aquellos supuestos que carezcan del mínimo necesaro de lesividad y que los convierte en figurar no fiables" (Urquizo, 1998: 838-839) y "la Constitución surge como fuente programática mínima capaz de relacionar y fundar los contenidos de los bienes jurídicos" (Urquizo, 1998: 835). Y de esta manera esta teoría ayuda al carácter restrictivo

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

del principio de lesividad porque "la Constitución no permitirá la fundamentación de bienes jurídicos con marcadas diferencias en el orden teórico, dogmático y fáctico, verbigracia, intereses intrascendentes o supuestos que por su naturaleza no merecen tutela jurídico penal" (Urquizo, 1998: 835).

Entonces, la Constitución debe ser la referencia fundamental para determinar el contenido de los bienes jurídicos, ya que en ella están contenidos los principios en los que se basa el Estado y por tanto el poder punitivo de este. Pero al tratar de hallar la fuente del contenido de los bienes jurídicos hay que tener encuenta, como lo expresa Mazuelos (2003) en su concepto de bien jurídico, que el "concepto de bien jurídico debe quedar referido directamente en la **realidad social**, una forma precisa de considerar la misma es la 'relación social', en cuanto es portador de la participación de los sujetos en el proceso social" (p. 214).

Todo esto nos hace volver a pensar en de dónde provienen los bienes jurídicos, antes (en el subcapítulo dedicado al carácter material del bien jurídico) afirmamos que tenían un origen que trasciende la norma, que son anteriores al Derecho. El bien jurídico proviene entonces de la realidad social[32] reconocida por la norma según los principios que guían al Estado (que encontramos en la Constitución) y debe cumplir ciertos requisitos (como el carácter material, el carácter personalista y los que analizaremos en el siguiente subcapítulo). En otras palabras el Estado puede crear los delitos que desee (como ya vimos el delito no es una cuestión ontológica, sino de política

[32] No de la naturaleza de las cosas como proponía Birnbaum porque, como ya vimos, el Estado liberal-democrático tiene una naturaleza voluntarista que no hace referencia a lo trascendente.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

criminal) pero estos solo serán legítimos en la medida en que su contenido material respete el carácter del bien jurídico.

2.2.4. El carácter dinámico y crítico del bien jurídico

Para comprender las siguientes características el bien jurídico repasaremos la teoría de **JUAN BUSTOS RAMÍREZ** (1935- 2008) sobre el bien jurídico. Él veía el bien jurídico "como algo concreto, pero que al mismo tiempo da cuenta de la vida del cuerpo social, surge como una síntesis normativa (fijada por el ordenamiento) de una relación social determinada y dinámica" (Bustos, 2004: 80). Entonces "el bien jurídico es solo un concepto límite, esto es, solo una fórmula sintérica concreta de una situación social dinámica" (Bustos, 2004: 139).

Para Bustos (2004) "lo que le interesa proteger al derecho son las relaciones sociales determinadas, y, por tanto, las posiciones que en ellas tienen los individuos y su intermediación con objetos y entes con las interacciones consecuenciales que surgen entre ellos" (p. 131). Lo que hacen los bienes jurídicos es "plasmar de manera concreta este complejo real social que interesa proteger" (p. 131). Entonces "los objetos de protección surgen de la base social, están sujetos a rediscusión democrática, de ahí su **carácter dinámico**" (p. 538).

Es decir, que, como afirma Roxin (1997), los bienes jurídicos son mutables, están sujetos a los cambios sociales y a lo que la sociedad sienta en determinado momento. Dependen del Estado del conocimiento científico. Debido aque en la sociedad liberal-democrática se omite toda referencia a la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

trascendencia, no hay absolutos, por tanto todo es inmanente y depende del sentir temporal de la comunidad. Así, cosas que hoy perturban la paz social, mañana podría determinarse que no lo hacen y que son simples inmoralidades que no constituyen ningún bien jurídico.

Volviendo con Bustos (2004), el bien jurídico permite saber a la sociedad que es lo que está protegiendo. Por eso Bustos rechaza cualquier definición de bien jurídico que implique abstracciones o vaguedad. También por esto existe "la exigencia imprescindible de que todo precepto penal ha de contener un bien jurídico protegido" (p. 131). Solo así se forma una teoría del bien jurídico que no solo sea funcional explicativa, sino **crítica**.

De esta manera,

> el bien jurídico surge como un principio garantizador de carácter cognoscitivo; todo individuo y la sociedad toda, debe saber qué se está protegiendo con el sistema jurídico y con cada precepto, en especial punitivo, y además tiene el camino expedito para conocer las bases sobre las que se asienta esa protección y poder hacer una revisión de ellas. En esta medida el bien jurdíco permite un sistema crítico, crítico hasta las bases mismas de la sociedad, a la cual no puede estar ajeno el injusto. (Bustos, 2004: 132)

Así, el bien jurídico es dinámico, y al estar sometido a constante revisión ejerce una labor crítica hacia lo penado.

2.3. Conclusiones sobre el bien jurídico

Sería arriesgado tratar de dar un concepto de bien jurídico penal, pero en líneas generales se debe considerar a los bienes jurídicos como objetos

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

valorados que concretizan las condiciones necesarias para que cada persona se pueda desarrollar libremente en la sociedad a través de su participación social. Ellos provienen de la realidad social reconocida por la norma según los principios que guían al Estado (que encontramos en la Constitución) y debe cumplir ciertos requisitos:

1) Deben tener un carácter material, no espiritual. Es decir: objeto valorado no valoración de objeto.
2) Deben tener carácter personalista: el individuo y su libertad está sobre cualquier interés del Estado, por tanto no pueden contener consideraciones morales, ideológicas ni religiosas. Solo existen en tanto consideren a la persona como fin.
3) Deben servir para interpretar correctamente la norma.
4) Deben ser dinámicos: están sujetos a cambios sociales y al sentir de la sociedad en el momento.
5) Deben tener una labor crítico: con ellos se debe revisar constantemente lo pasible de castigo y someterlo a revisión.
6) Deben tener un carácter limitativo: el Estado solo puede intervenir si estos han sido vulnerados, si han sufrido un daño efectivo, **en esto consiste el principio de lesividad.**

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Capítulo tercero

Principio de necesidad o de mínima intervención

Para empezar este capítulo nos será bueno citar a Alagia, Slokar y Zaffaroni (2005) cuando afirman que “el poder punitivo no agota ni mucho menos la totalidad del poder coercitivo jurídico del estado” (p. 6). Es decir que entre los distintos métodos e intrumentos con los que cuenta el Estado para mantener el orden y ofrecer a sus ciudadanos las condiciones y el ambiente necesarios para su pleno desarrollo, la facultad punitiva es solo uno de ellos.

Y no cualquiera de ellos, sino el más gravoso. En primer lugar porque la pena vulnera la más sagrado del sistema democrático-liberal: la libertad de los individuos. De esta manera, la pena parece constituir una contradicción dentro del sistema que tiene como máximo fin potenciazar la libertad. Y en segundo lugar, porque la pena muchas veces constituye un factor criminógeno al convertirse las cárceles en “universidades de la delincuencia”.

Es por eso que se tiene el principio de mínima intervención penal o de necesidad de la pena. Este consiste en que “el Estado sólo puede emplear la pena cuando está en situación de explicar su necesidad para la convivencia

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

social, para mantener el orden democrático y social establecido" (Villavicencio, 2006/2009: 91)

Es decir la pena tiene que ser útil. "Si el fundamento del derecho de castigar reside en su necesidad para la protección de la sociedad, no estará justificado hacer uso de él cuando dicha necesidad falte". (Mir, 2002: 102-103)

Es por eso que en el acápite correspondiente a las penas de la Exposición de Motivos del Código Penal encontramos lo siguiente:

> La Comisión Revisora, a pesar de reconocer la potencia criminógena de la prisión, considera que la pena privativa de libertad mantiene todavía su actualidad como respuesta para los delitos que son incuestionablemente graves. De esta premisa se desprende la urgencia de buscar otras medidas sancionadoras para ser aplicadas a los delincuentes de poca peligrosidad, o que han cometido hechos delictuosos que no revisten mayor gravedad. Por otro lado, los elevados gastos que demandan la construcción y sostenimiento de un centro penitenciario, obligan a imaginar nuevas formas de sanciones para los infractores que no amenacen significativamente la paz social y la seguridad colectivas.

De esto se infiere que las conductas merecedoras de pena deben ser particularmente graves (además de que el Estado reconoce "la potencia criminógena de la prisión"). No se debe penar conductas inmorales ni atentados insignificantes contra los bienes jurídicos. Solo deben penarse las conductas que signifiquen una fuerte dificultad o la imposibilidad de la participación social de los individuos. La conducta merecedora de pena debe ser intolerable.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

"Si las consecuencias son más perjudiciales, ciertamente desaparece la absoluta necesidad de la intervención punitiva del Estado" (Bustos, 2004b: 551). Hay que cuidar que el remedio no sea pero que la enfermedad. Si la conducta no es intolerable dificilmente se podrá justificar el uso de un medio tan gravoso.

Al respecto nos dice Urquizo (1998):

> "Un comportamiento será merecedor de pena cuando afecte gravemente, ponga en peligro, estremezca o perturbe la posición de los miembros de la comunidad concebidos individualmente o colectivamente dentro del marco general de las relaciones propias de una sociedad organizada. Los ataques definitivamente deben ser gravemente reprochables de forma tal que cuestionen en esencia el ordenamiento jurídico" (p. 830- 831)

Así "la ley no se transforma en un instrumento al servicio de los que tiene el poder penal, sino que las leyes penales, dentro de un Estado social y democrático de Derecho sólo se justifican en la tutela de un valor que necesita de la protección penal" (Villavicencio, 2006/2009: 92).

Además tenemos que la "necesidad de pena se vincula a la racionalidad del Derecho penal la cual declara que la necesidad de pena sólo se puede establecer si es justa e igualitaria, esto es, que afirme justicia material, que vincule y proteja a todos" (Urquizo, 1998: 833). El principio de necesidad se constituye entonces como una exigencia al legislador para que este respete los principios del Estado e intervenga lo menos posible para mantener intacta la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

esfera de libertad de los ciudadanos. Es decir que el Estado solo puede intervenir para mejorar las condiciones en las que se desarrolla la libertad.

Recordemos que el derecho es personalista, no transpersonalista, que el Estado no puede usarlo para imponer una moral, sino que debe permitir el desarrollo de la moral personal de los individuos. Esto se expresa en el artículo 2, inciso 24, literal a. de la Constitución, que reza que nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohibe. Es decir, que lo que no está prohibido está permitido. El Estado debe prohibir lo menos posible.

En conclusión, la pena es un instrumento dañino para el individuo y contradictorio con el sistema, por lo que solo se justifica si el daño es intolerable y más dañino que la propia pena. Entonces la pena tiene necesariamente que ser útil. Recordemos que “El exceso del poder punitivo es la confesión de la incapacidad estatal para resolver su conflictividad social” (Alagia, Slokar y Zaffaroni, 2005: 9).

De este principio de necesidad se derivan otros dos principios que pasaremos a analizar: el principio de subsidiariedad o de *ultima ratio* y el principio de fragmentariedad.

3.1. Principio de subsidiariedad o de *ultima ratio*

Como afirmamos antes la pena no es más que uno de los medios con los que cuenta el Estado para la protección de la sociedad. El principio de subsidiariedad consiste en que siendo la pena el más gravoso de estos medios

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

solo se debe utilizar cuando todos los otros medios hayan fracasado. Villavicencio (2006/2009) nos dice que “la pena es un mal irreversible y una solución imperfecta que debe utilizarse cuando no haya más remedio” (p. 92). La facultad punitiva solo debe usarse cuando ya fracasaron los otros medios de control social.

Roxin (1997) lo explica claramente cuando dice que se vulnera el principio cuando el Estado “hecha mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social pueden proteger igualmente e incluso con más eficacia un determinado bien jurídico”. (p. 66)

Por su parte, Bustos afirma que “la protección de un bien jurídico se puede dar de diferentes formas, aun sin recurrir al derecho, y en todo caso el Derecho Penal es la última herramienta, es la última *ratio*”. (p. 139)

Esto porque “no puede tolerarse que el poder punitivo avance con pretexto de conflictos insignificantes o de acciones que no son conflictivas o que, claramente, pueden resolverse por otras vías” (Alagia, Slokar y Zaffaroni, 2005: 289).

Este principio se explica porque como vimos con el principio de lesividad, las conductas merecedoras de pena deben ser dañosas socialmente, deben vulnerar los bienes jurídicos de manera especial, así, “no resultan dañosas socialmente aquellas conductas que por su naturaleza puedan ser absorbidas por otras áreas del derecho o puedan ser superadas de forma distinta a la penal” (Urquizo, 1998: 827)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Como lo grafica García-Pablos de Molina (citado por Villavicencio, 2006/2009): "la maquinaria pesada del Estado debe reservarse para los conflictos más agudos que requieran un tratamiento quirúrgico. Los conflictos de menor entidad pueden ser abordados con instrumentos más ágiles y socialmente menos gravosos" (p. 10).

Por ejemplo si una fuerte indemnización es más disuasiva que seis meses de cárcel, debe preferirse la multa, ya que esta no afecta la libertad de las personas.

Entonces, la necesidad de la pena, conforme al principio de legalidad, no se justifica cuando existan medios más eficaces y menos lesivos. Mir (2002) dice que "no está justificado un recurso más grave cuando cabe esperar los mismo o mejores resultados de otros más suaves". (p. 109) Solo se justifica la pena cuando nada más es suficiente.

Es importante destacar que en Birnbaum, el creador del concepto de bien jurídico ya encontramos la importancia del principio de *ultima ratio,* así en su definición de delito nos dice que:

> hay que considerar como delito según la naturaleza de las cosas o como racionalment punible en el Estado, toda lesión o puesta en peligro, imputables a la voluntad humana, de un bien garantizado por el poder del Estado en forma igual para todos, si una garantía general **no puede actuar de otro modo que mediante la conminación de una determinada penta y mediante la ejecución de la amenaza legal**" (Birnbaum citado por Bustos, 2004: 126).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

3.2. Principio de fragmentariedad

Como hemos visto, el principio de lesividad no basta (aún siendo un efectivo instrumento crítico) para limitar adecuadamente la facultad punitiva del Estado. No es suficiente la verificación de la lesión de un bien jurídico, también es necesario determinar la necesidad de la pena y si no existe otro medio de solucionar el conflicto. Pero además se debe tener en cuenta un hecho más: que no todos los bienes jurídicos son dignos de protección penal y que la protección penal no abarca todos los aspectos de estos bienes jurídicos.

Como afirma Bustos (2004): “no se trata solamente de determinar los bienes jurídicos y su contenido, sino además señalar quen con eso todavía no estamos en el campo de lo punitivo. No todo bien jurídico necesita de protección jurídica” (p. 133).

Entonces si existen bienes jurídicos de especial relevancia para el derecho penal, esto significa que la lesión de cualquier bien jurídico no implica un delito, sino solo la lesión de ciertos bienes jurídicos (y solo ciertos aspectos de estos) cuya vulneración el Estado considera relevante penalmente, es decir que imposibilitan la plena participación de los individuos en la comunidad. En esto consiste el principio de fragmentariedad.

Este es un principio íntimamente relacionado con el de subsidiariedad, ya que si este cuida que el Derecho penal sólo sea utilizado en último caso, aquel plantea que no todas las infracciones de los bienes jurídicos constituyen estos últimos casos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Roxin (1997) indica: “El legislador solo protege la mayoría de los bienes jurídicos frente a determinadas formas de ataque” (p.55). Y pone como ejemplo que el incumplimiento de un contrato vulnera de alguna forma el derecho de propiedad, pero este aspecto del derecho de propiedad no es relevante penalmente, como si lo sería cuando el acto cometido es un hurto. Esto ya que la misión del sistema penal es la “protección subsidiaria de bienes jurídicos […] en la medida en que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas” (Roxin, 1997: 65). Es decir, hay zonas exentas de castigo. Como dice Villavicencio (2006/2009): “Los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atentidos por otras ramas del Derecho o por otras formas de control social”. (p. 93)

Como nos dice Hurtado (2005): “el ámbito de las infracciones penales debe ser más limitado que el de los actos ilícitos y, sobre todo, que el de los actos inmorales” (p. 46). Velásquez Velásquez (citado por Villavicencio, 2006/2009) recalca: “El derecho punitivo no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos sino las que revisten mayor entidad” (p. 94). Y Bustos (2004) señala que “el ordenamiento lo único que hace es fijar o seleccionar ciertas relaciones, dentro de lo cual una norma prohibitiva o de mando a su vez selecciona un determinado ámbito de ella” (p.80).

“El carácter fragmentario se reputa como característica en un Estado de Derecho respetuoso para con la libertad del ciudadano” (Mir, 2002: 110). Este no es sino “una exigencia ética planteada al legislador” (Hurtado, 2005: 47). Él debe, de acuerdo a la realidad y en conformidad con los principios que fundan

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

el Estado, determinar precisamente que protegerse y frente a qué ataques, para de esta manera preservar la libertad y mantener el sistema en funcionamiento.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Capítulo cuarto

El delito de de Ultraje a los símbolos, próceres y hérores de la patria

4.1. Descripción legal

Artículo 344.- *El que, públicamente o por cualquier medio de difusión, ofende, ultraja, vilipendia o menosprecia, por obra o por expresión verbal, los símbolos de la Patria o la memoria de los próceres o héroes que nuestra historia consagra, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años y con sesenta a ciento ochenta días-multa.*

4.2. Objeto de la acción y comportamiento típico

Los objetos de la acción son los símbolos patrios y la memoria de los próceres o héroes que nuestra historia consagra.

Según el segundo párrafo del artículo cuarenta y nueve de nuestra Constitución Política “son símbolos de la Patria la bandera de tres franjas verticales con los colores rojo, blanco y rojo, y el escudo y el himno nacional establecidos por

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ley". Esto no deja lugar a dudas sobre el objeto de la acción en cuanto a los símbolos de la patria.

Sin embargo, al tratar sobre la memoria de los héroes y próceres *que la historia consagra,* caemos en dos problemas. El primero es que no son un objeto concreto y que por lo tanto se presta a ambigüedades. Dicha memoria se refiere al recuerdo que se tiene de uno de estos personajes, pero, ya que el Estado protege y promueve la libertad de conciencia[33] y que esta es un pilar fundamental de la democracia, el recuerdo que se tenga de cada uno de los hérores y próceres dependerá de cada uno de los ciudadanos peruanos, haciendo imposible defender una opinión única sobre ellos, lo que sería igual a imponer ideas con lo que se vulnera la libertad de conciencia.

El segundo problema es que la historia no puede consagrar a los héroes y los próceres, porque la historia no es un sujeto que nos permita conocer su voluntad. El legislador ha usado una figura retórica llamada prosopopeya o personificación que consiste en "atribuir a las cosas inanimadas o abstractas, acciones y cualidades propias de seres animados, o a los seres irracionales las del hombre" (RAE, 2001). Este uso le da un aire poético al artículo, pero hace imposible determinar con exactitud del objeto de la acción.

El comportamiento típico consta de cuatro verbos rectores: ofender, ultrajar, vilimendiar y menospreciar. En cuanto ofender, la vigesima segunda edición del

[33] Entendida esta como la facultad que tiene cada ciudadano de "crear las imágenes e ideologías de sí mismo, de otros y del mundo que le rodea con absoluta libertad" (Oporto, 2011: 354), es decir, de tener su propia opinión sobre la realidad. Además, el Tribunal Constitucional estable que la libertad de conciencia "supone el derecho de toda persona de formarse libremente la propia conciencia, de manera tal que aquella formación se vea exenta de intromisiones de cualquier tipo" (STC Exp. Nº 00895-2001-PA/TC, fj. 3.)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

DRAE lo define como: “1. tr. Humillar o herir el amor propio o la dignidad de alguien, o ponerlo en evidencia con palabras o con hechos./2. tr. Ir en contra de lo que se tiene comúnmente por bueno, correcto o agradable. *Ofender el olfato, el buen gusto, el sentido común*./3. tr. desus. Hacer daño a alguien físicamente, hiriéndolo o maltratándolo./4. prnl. Sentirse humillado o herido en el amor propio o la dignidad.” Como es evidente, la segunda acepción no nos sirve para nuestro delito. La primera y la cuarta, al mencionar el amor propio o la dignidad, requieren que el objeto de la acción sea necesariamente una persona, ya que ambos son atributos propios de estas. Y en cuanto a la tercera dificilmente se puede herir la memoria o un objeto y el tratar mal supone como receptor de la acción a una persona, maltratar es “tratar mal a *alguien*” (DRAE). En cuanto a los otros verbos rectores, todos coinciden en definirse como “despreciar”, es decir, desestimar o tener en poco. Como ya vimos el Estado democrático se basa en la libertad de conciencia (que viene ligada al derecho de manifestar la conciencia: la libertad de expresión), esta permite estimar o destimar, tener en poco o en mucho cualquier hecho u objeto, lo que nos hace preguntarnos qué comprueba un ultraje a los símbolos, próceres o héroes de la patria.

No es fácil determinar específicamente el comportamiento típico, qué entiende el legislador y qué enterían los jueces y fiscales por el ultraje. Como afirman Cossío y Silva (2006):

> “Si los ciudadanos de este país abrigan algún tipo de duda acerca de si su comportamiento puede o no ser incluido por las autoridades bajo la amplia noción de "ultraje" a la bandera nacional, simplemente renunciarán a ejercer su

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

derecho a la libre expresión del modo desenvuelto que es propio de una democracia consolidada, y se refugiarán en la autocensura".

4.3. Bien jurídico lesionado[34]

Para determinar lo lesionado por el delito objeto de estudio es primero necesario estudiar la naturaleza de los símbolos nacionales[35] (al hacerlos también llegaremos a conclusiones sobre los héroes y próceres nacionales) y con estos al nacionalismo. Ya que como afirma Smith (2004) "está claro que el simbolismo nacional, como los movimientos nacionalistas, no puede separarse de la ideología del nacionalismo" (p. 23). Solo así podremos determinar el bien jurídico lesionado por el delito de Ultraje a los símbolos, próceres y héroes de la patria y si este bien jurídico cumple con las características exigidas por el principio de lesividad.

Partiremos por afirmar que el concepto nación como lo conocemos hoy en día (es decir: como un conjunto de individuos unidos por lazos culturales e históricos que tienen la voluntad de organizarse políticamente en un Estado y proyectar al futuro su comunidad) no apareció sino hasta la Revolución francesa. Como ya vimos en el Imperio, lo que unía a la comunidad era una misión trascendente, era universalista.

[34] Recordemos que la punición del delito no protege un bien jurídico, que esta solo protege a la sociedad, por lo que no es correcto desarrollar el bien jurídico protegido, sino el bien jurídico lesionado con la acción típica.

[35] No nos referimos a símbolos patrios, ya que como se comprobará después la bandera, el escudo y el himno nacional del Perú deben ser llamados con mayor propiedad símbolos nacionales.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En el mundo romano *natio* designaba “una comunidad mayor que la familia pero menor que el pueblo, pues se constituía en virtud del lugar de nacimiento” (Rosales, 1997: 68). Luego, durante la edad media y en el ambiente cosmopolita de las Universidades las naciones eran los “grupos de estudiantes procedentes de una misma área cultural” (Badía, 1975: 5).

Hacia el mil doscientos la nación era la nobleza (Neyra, 2013) y hasta el siglo dieciocho las “naciones no constituían la totalidad del pueblo, sino la clase dominante y políticamente representada” (Schulze citado por Hubeñak, 2007: 158). Es así que en el auge del absolutismo monárquico, Luis XV, durante su discurso al parlamento de París el tres de marzo de mil setescientos setenta y seis, dijo “la nación no forma cuerpo en Francia, reside toda entera en mi persona” y “en mi persona reside la autoridad soberana”. Como vemos, ya desde entonces, luego de Luis XIV y la teoría de la soberanía de Bodin, la nación es de donde proviene la soberanía y, por tanto, la legitimidad del poder. La nación se identifica con el soberano, las relaciónes entre Estados, eran relaciones entre soberanos, los Tratados Internacionales eran acuerdos personales. (Badía, 1975).

Antes de la Revolución, la cohesión de la población bajo un mismo gobernante no se daba por un sentimiento de identidad entre sus miembros, sino que esta “se sentía vinculada sacralmente, representada –y sujeta- a su rey ‘natural’ que velaba por la paz y la unidad estamental, y no a una aún ‘inexistente nación’” (Hubeñak, 2007: 158). Es decir, la cohesión social se daba en torno al vínculo con el gobernante, lo que hacía diferente al español del francés era su lealtad a

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

distintos soberanos, ya que tanto en España, como en Francia no se hablaba el mismo idioma[36], ni las costumbres eran uniformes.

Antes de desarrollar los cambios que trajo la Revolución francesa al concepto de nación, cabe aclarar que en este (el concepto de nación posterior a la Revolución) hay que destacar dos elementos: uno objetivo y otro subjetivo. El elemento objetivo consta de la historia, geografía, lenguaje, creencias, estructura económica y tradiciones que comparten los integrantes de la nación. Es decir, el elemento objetivo vendría a ser el grupo étnico[37]. Mientras que el elemento subjetivo es la voluntad de formar un Estado y permanecer como tal, también la conciencia y lealtad vinculadas al grupo.

Tras esta breve aclaración pasemos a la Revolución francesa. Esta significó el punto de quiebre entre el antiguo régimen y el Estado moderno. Con ella el orden político, social y cultural cambian radicalmente. En lo político significó el derrumbamiento de la teoría del origen divino de los reyes. Sin esta hubo una crisis de la legitimidad del poder. Si antes el poder se sustentaba por ser delegado de Dios al soberano, ¿cómo se podría sustentar ahora? El espacio dejado por el rey fue llenado por la nación (en el sentido actual del término).

[36] Basta con mencionar que el catalán tiene más en común con el occitano (hablado en Francia) que con el castellano. Y el gallego más en común con el portugués (con el que formó una unidad lingüística en la Edad Media) que con el castellano.

[37] Debemos entender grupo étnico como lo hace Timasheff (citado por Badía, 1975): "los miembros de un grupo étnico hablan el mismo lenguaje, aman una tierra particular como su hogar propio, obedecen costumbres y tradiciones determinadas, acarician su propio arte, veneran su pasado, admiran a éste por una serie de héores, objeto de su admiración; guardan las ofensas inferidas a sus antepasados por otros grupos, reconociendo símbolos comunes, como escrituras, monumentos, lugares de peregrinación, y admiten una descendencia común" (p.8).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En este proceso tuvo un rol muy importante EMMANUEL- JOSEPH SIEYÈS (1748-1836) quien publica en 1789 su panfleto "¿Qué es el Tercer Estado?" (*Qu'est-ce que le tiers état?*). En esta obra, Sieyès escribe que la nación no es sino un "cuerpo de asociados, que viven bajo una ley común y representados por la misma legislatura". Hugo Neyra (2013) explica que "la habilidad de Sieyés no fue reclamar un espacio para el Tercer Estado sino confundirlo con el todo social" (p. 64). La nación no será más solo el rey y la nobleza, sino todo el pueblo. Así aparece la nación como una "idea-fuerza con carácter mítico" (Hubeñak, 2007: 243), y esta idea se mezcla con el concepto de soberanía de Bodin (Hubeñak 2007). Con la nación como el todo social, el poder se transfiere del rey a este.

Pero, como nos dice Badía (1975): "El poder unitario centralizado no puede legitimarse más que por su relación con la existencia de una comunidad unificada y homogénea" (p. 10). Sino las voluntades particulares se disgregarían y sería imposible plasmar la voluntad general. Por eso para Sieyès, un estado dividido en órdenes o estamentos no sería una nación, tiene que haber unidad, una voluntad única (Neyra, 2013).

Lo que hace Sieyès es hacer que el pueblo se identificase en una unidad, la que sintetiza las voluntades particulares en una voluntad única. Esta voluntad única sería la depositaria del poder, la voluntad general que producto del contrato social. Esta voluntad única provendría de la nación.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Es por eso que Sieyès escribe:

> La Nación existe antes que todas las demás cosas y es el origen de todo. Su voluntad es siempre conforme al derecho, es la ley misma […] Las naciones de la tierra han de ser concebidas como individuos fuera del vínculo social o, como suele decirse, en estado de naturaleza. El ejercicio de su voluntad es libre e independiente del resto de las formas civiles. Al existir sólo en el orden natural, su voluntad, para alcanzar pleno efecto, solamente necesita poseer las características naturales de la voluntad. En cualquier forma en que se presente la voluntad de la nación, su voluntad será suficiente; todas las formas son válidas y su voluntad es siempre la ley suprema. (Sieyès citado por Smith, 2004: 61)

Así Badía (1975) afirma:

> la identificación del tercer estado –es decir, de la entonces nueva clase burguesa que se acercaba a la plenitud de su nivel histórico- con la nación, entendida como el *totus* de la comunidad política, expresa el factor moral más importante del proceso revolucionario que tanto contribuyó Sieyès a desencadenar con su célebre alegato. La gran fuerza revolucionaria de la burguesía, el principio de su energía moral, radicaba en su convicción de ser ella misma idéntica a la nación (p. 22-23).

Es por eso que los revolucionarios “subrayaron el carácter orgánico de la unidad del poder basándose e la supuesta homogeneidad de la nación” (Badía, 1975: 10). Este es uno de los puntos centrales, ya que sin dicha homogeneidad no había en que sustentar la unidad de la nación y por tanto de la voluntad. Una nación requiere, entonces, ser homogenia, en eso se funda su esencia

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

para detentar su soberanía. La conciencia de la totalidad es lo que presta al poder político su justificación ética (Badía, 1975). Para Hugo Neyra (2013) "la idea y prática de la ciudadanía anulará la costumbre de la heterogeneidad. De una nación se hablará como si fuese un solo individuo. Cada estado una individualidad[38]" (p. 35).

De esta manera Sieyès combina la teoría de la voluntad general (contrato social), la de la soberanía y la de la representación para transferir la soberanía del monarca a la nación. Así intenta resolver la crisis de la legitimidad del poder. La ley es la expresión de la voluntad de un poder unitario, el del pueblo.

Este principio sería plasmado en los textos legales más importantes de la época. Lo encontramos en el artículo 3º de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano: "La fuente de toda soberanía reside esencialmente en la Nación; ningún individuo ni ninguna corporación pueden ser revestidos de autoridad alguna que no emane directamente de ella". También se plasma en la Constitución francesa del 3 de setiembre de 1791, cuyo artículo 3º reza: "El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella". Y cabe destacar que también lo encontramos en los artículos 2º y 3º de la Constitución de Cádiz: "La Nación española es libre e independiente, y no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona" y "La soberanía

[38] Así decimos, por ejemplo, Alemania ganó el mundial o Siria está en guerra, etc.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales".

De esta manera, y a modo de resumen, el cambio político y social que conllevó la Revolución francesa implicó resolver la situación de vacío que dejaba el derrumbamiento del Antiguo Régimen. Para esto fue necesaria la cohesión social en torno a **la nación[39] considerada como el todo social**. **Este todo social expresa una misma voluntad, lo que implica su homogeneidad**. Con este tipo de cohesión social se resolvían dos asuntos sumamente relevantes: 1) Se legitimaba el poder del Estado, ya que la ley (y el propio Estado) era la expresión de la voluntad de la nación (lo que dejaba fuera de vigencia a la ley natural[40]), y 2) Se podía exigir la lealtad de los ciudadanos y el cumplimiento de sus deberes cívicos (el respeto secular de la leyes). La indivisibilidad de la nación además fue un medio para eliminar los privilegios de cada uno de los estamentos del antiguo régimen contra los que tanto se luchaba.

Para favorecer la homogeneidad de la nación necesaria para establecer la voluntad general es que se busca la identidad nacional. La identidad nacional es el factor que le da homogeneidad a un todo social heterogéneo.

Esta identidad es creada aprovechandose del sentir del pueblo que ante los radicales cambios de la Revolución se encuentra ante la crisis del pensamiento anterior y un cambio de cosmovisión. Badía (1975) afirma, antes de la Revolución francesa: "las masas, los pueblos en general, no sentían esta

[39] Es decir los ciudadanos hallan cohesión en torno a la nación, mientras que los súbditos la hallaban en torno al rey.
[40] Que ya con el despotismo ilustrado había sido vulnerada.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

necesidad de ser 'nacionales'. No sentían su vida como dependiente del destino del cuerpo social, nacional en su totalidad […] Hasta la Revolución francesa no se despierta en la totalidad de los ciudadanos 'un vibrar al unísono', una profunda emoción nacional, un verdadero espíritu y anhelo de 'ser nación'" (p.31). Como dijo Breully (citado por Smith, 2004): "Las personas añoran pertenecer a una comunidad, tienen un fuerte sentido de nosotros y ellos, del territorio como patria, de pertenecer a mundos definidos y vinculados culturalmente que dan sentido a sus vidas" (p. 75).La Revolución se aprovecha de esto y hace despertar emotivamente a las masas la necesidad de ser nacionales[41], se da un proceso de "*concienciación* de la existencia de unos factores –de diversa naturaleza- que hacen que un grupo social locaizado en un territorio, sea una realidad cultural *diferenciada*" (Badía, 1975: 9)[42]. Continuando con Badía, hay un sentimiento de particularismo, una "toma de conciencia de las diferencias y una visión etnocéntrica de la propia colectividad" (p.17). De aquí es que nace los lazos de solidaridad entres nacionales, de identidad frente a otros[43]. Es en este momento cuando el nacionalismo absorve y transforma al patriotismo[44].

La revolucionarios franceses crean su identidad nacional en base a una simbología mítica (Hubeñak, 2007) que canalice todos sus sentimientos hacia un única voluntad. Así, los pedagodos revolucionarios hacen uso de la recién

[41] Antes esto solo se daba en las élites intelectuales.
[42] Esto frente a la conciencia universalista del Imperio creada por la participación de un credo religioso común (Rosales, 1997), la que ya analizamos en nuestro primer capítulo.
[43] Ser bueno con uno porque se parece a mí.
[44] El patriotismo es un sentimiento anterior y muy diferente al nacionalismo. Es el amor a la tierra de los padres, a la herencia de los antepasados, pero sin fines políticos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

compuesta Marsellesa, discursos, coplas, obras de artes para exaltar a la nación francesa. Además se restaura el culto a los muertos[45] como forjadores de la patria, se crean ceremonias, se construyen estatuas, museos y cementerios.

Hay que tener en cuenta que para ese entonces la cultura ya era más o menos uniforme en cada uno de los nuevos Estados producto del fortalecimiento de la autoridad monárquica[46] contra los señores feudales, lo que había implicado la supresión de los sentimientos regionalistas. Además, con el advenimiento del industrialismo se dio importantes movimientos migratorios que ayudaron a diluir las identidades regionales. Esto favorecía a la construcción de la identidad.

Sin embargo, es forzoso tener en cuenta que la nación francesa formada por la Revolución se basa en la libre adhesión y la voluntad de una comunidad política, a partir de un conjunto de ciudadanos contratantes, a los que se supone atan lazos históricos (Neyra, 2013). Es decir, la concepción francesa de nación en aquella época es voluntarista, lo que es lo mismo, le dan mayor importancia al elemento subjetivo de nación que al objetivo.

Podemos decir entonces que la nación como fuerza política nace con la Revolución francesa, pero luego es difundida por las tropas napoleónicas por el resto de Europa (Hubeñak, 2007). Es en Alemania (que aún estaba lejos de existir como Estado) donde el nacionalismo toma fuerza y nuevos aires. Se nutre del romanticismo alemán y le da preponderancia al elemento objetivo de nación sobre el subjetivo. Para los románticos alemanes, especialmente para

[45] De la Antigüedad.
[46] véase el capítulo 1.3

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Herder, la nación es definida por la tradición y la lengua (es decir la cultura) y no por libre asociación, la nación es incomensurable y existe por derecho propio (Neyra, 2013). Luego, Fichte, mientras Alemania está ocupada por las tropas napoleónicas, pronuncia sus *Discursos a la nación alemana* (1807-1808) en los que propone que el camino para que avance la humanidad es el amor a la patria, en ellos denuncia la falta de conciencia nacional y el egoísmo de su compatriotas y los exhorta a construir Alemania por la educación, a recuperar el amor a la glora y el honor nacional, a "superar la pereza, dinamizar las conciencias y el sentido de solidaridad" (Fichte, citado por Neyra, 2013: 58).

Entonces, para el romanticismo alemán, la nación sería una "suerte de organismo persistente en el curso de su historia y siempre fiel a su propia cultura" (Neyra, 2013: 67). Una comunidad de hombres que comparten una misma cultura y que son impulsados por un sentimiento nacional. No es raro que la nación desde la vía alemana mire hacía los elementos objetivos si tenemos en cuenta que Alemania, a pesar de no tener una unidad política y no ser un Estado sino hasta fines del siglo dicienueve, poseía una "precoz unidad lingüística" (Neyra, 2013: 36), por lo que la lengua será la fuente de la nación, la lengua común será, para ellos, lo decisivo por la formación del "genio de los pueblos", es lo que les dara una similar "sensibilidad, expresión de subjetividad, de las emociones" (Neyra, 2013: 36).

Este elemento objetivo será impuesto a la totalidad del todo social (la nación) y, si fuera necesario, será manipulado para anclar en el la identidad nacional (como lo afirman, entre otros, Gellner, Hobsbawm y Ranger). De ahí se crearan los distintos mitos nacionales y se establecern los padres de las patrias. Como

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

dijo Assayag (citado por Neyra, 2013): “Las entidades nacionalistas son nuevas, pero pretenden existir desde la noche de los tiempos” (p. 48).

Es por eso que nuestro historiador Hugo Neyra (2013), diga que “**cada nación es histórica, es decir, es un hecho construido, no es una realidad externa, que tenga vida propia**, como un árbol o una montaña, sostiene a las naciones un esquema intelectual de vida” (p.43)

De aquí nacerán los movimientos nacionalistas del siglo diecinueve. El nacionalismo, definido por Smith (2004), será: “un movimiento ideológico para alcanzar y mantener la autonomía, la unidad y la identidad de una pablación que algunos de sus miembros consideran que constituye una ‘nación’ presente o futura” (p. 23). Kohn (citado por Badía, 1975) dirá que el nacionalismo es “un estado de ánimo en el cual el individuo siente que debe su lealtad suprema al Estado nacional” (p. 14).

Luego de derrotado Napoleón, con la Restauración, el Congreso de Viena y la conformación de la Santa Alianza se trata de construir un orden en el que la estabilidad y el mantenimiento de la paz estén por encima de cualquier aspiración nacional (Badía, 1975). Contra este orden combatieron las uniones patriotas nacionalistas en busca de Constituciones liberales.

Así el nacionalismo se fue imponiendo a lo largo del siglo diecinueve, en el que se revalorizan las costumbres y renacen las literaturas nacionales, asi como todo el arte romántico será claramente “nacional”. En 1850 Pascual Mancini planteó el principio de las nacionalidades por el cual a cada nación le corresponde un estado. “Toda nación está llamada y tiene derecho a constituir

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

un Estado. Así como la humanidad está dividida en una serie de naciones, así también el mundo debe dividirse en otros tantos Estados. Cada nación, un Estado, cada Estado, una entidad nacional" (Mancini, citado por Hubeñak, 2007: 305). Este principio se opone a la concepción universalista de la Cristiandad. Podemos afirmar que el nacionalismo surge desde la **oposición de la concepción territorial del Estado a la espiritual del Imperio**. De la universalidad de este último a la homogeneidad del primero. Con el nacionalismo el Estado pasa a ser el cimiento de la sociedad humana[47].

Luego a finales del diecinueve, se volverá (mediante pensadores como Renan[48] o Weber[49]) a darle importancia al elemento subjetivo. Con él la nación abarcará lo más posible y con el sufragio universal, todos los sectores sociales serán incorporados a la nación.

Hubeñak (2007) cree que considerar las nacionalidades como entes reales y la etapa necesaria del progreso desencadenó una serie de pasiones refrenadas por años de "equilibrio permanente", que al no poderse contener, llevaron al suicidio de Europa (Primera Guerra Mundial).

Terminada la Primera Guerra Mundial, el principio de las nacionalidades expresado en la libre determinación de los pueblos, será defendido por el

[47] "El elemento unitivo de los pueblos ya no será una creencia religiosa, sino este sentimiento de pertenencia a una nación" (Badía, 1975: 15).
[48] Para quien (Renan, 1882) "la nación es la voluntad de vivir juntos" y "la esencia de una nación consiste en que todos los individuos tengan muchas cosas en común, y también en que todos hayan olvidado muchas cosas" (homogeneidad).
[49] Para quien la nación "es una comunidad de sentimiento que se manifiesta de modo adecuado en un Estado propio; en consecuencia, una nación es una comunidad que normalmente tiende a producir un Estado propio" (Weber citado por Badía, 1975: 7-8)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

presidente estadounidense Woodrow Wilson y gracias a este se desmebrará el último de los imperios: el austro-húngaro[50].

Durante la Guerra Fría, se dará una solidaridad ideológica internacional en vez de una solidaridad nacional. Y con la globalización llegará una crisis del estado nacional debido a la homogenización de la cultura y a la pérdida de soberanía de los Estados a favor de los entes económicos privados, de otros Estados más poderosos y de organismos internacionales.

Además de esto, para el caso hispanoamericano hay que tener en cuenta lo dicho por Hechter (en Smith, 2004): que el principio de que la nación ha de ser congruente con la unidad de gobierno es moderno y que en los sistemas imperiales premodernos las élites periféricas gobernaban sus poblaciones regionales[51], asi todos estaban en paz, pero en el advenimiento del mundo moderno (esto lo podemos identificar con el cambio de dinástias en el Imperio español, de los Austrias a los Borbones) el centralismo es la norma y las poblaciones periféricas pasan a ser gobernadas por extraños que desconocen

[50] Sobre el derrumbe de este imperio y sobre el principio de las nacionalidades trata la genial novela *El estandarte* de Alexander Lernet-Holenia. En el fragmento que copiamos un oficial austriaco le responde a un oficial alemán, esto a finales de la primera guerra mundial, cerca de Belgrado, poco antes de que sea tomado por los británicos. “Si a los alemanes se les atribuye como honor y deber suyos el sentirse una nación, deberá comprenderse quelos demás comiencen también a sentirse naciones. Nosotros hemos mantenido unido este ejército y este imperio todo el tiempo que hemos podido. Esto no debería despreciarse. Nosotros, siendo alemanes como usted, conde Bottenlauben, hemos reunido a nuestro alrededor, por medio de nuestra voluntad, nuestro honor y nuestra sangre, a un grupo de pueblos incomparablemente mayor que nosotros mismos. Les hemos dado todo lo que pudimos darles. Ese era nuestro deber. Los hemos hecho mayores de edad. Y ahora luchan por emanciparse. Este es el derecho de las naciones. Como alemanes hemos cumplido nuestra misión, y como soldados, como oficiales, sabemos cuál será nuestro deber también en el futura y hasta el final” (Lernet-Holenia, 2013: 96)

[51] Véase el capítulo 1.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

sus necesidades. Así las élites periféricas (los criollos) tienden a políticas nacionalistas, unen a la población periférica conta el Estado centralizado y los llevan a proclamar las independencias.

4.3.1. El rol de los símbolos nacionales

Símbolo, según la vigésima segunda edición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es la "representación sensorialmente perceptible de una realidad, en virtud de rasgos que se asocian con esta por una convención socialmente aceptada."

"La panoplia de simbolismos nacionales sólo nos sirve para expresar, representar y reforzar la definición fronteriza de nación y para unir a sus miembros mediante una imaginería común y recuerdos, mitos y valores compartidos" (Smith, 2004: 22). Los símbolos nacionales, entonces, serían un medio sensible que representa la nación en su conjunto. Pero como ya concluimos **la nación es una construcción artificial para dotar de legitimidad a un Estado, en manera alguna es una realidad natural.**

El problema surge porque la nación, al ser una abstracción, no es algo concreto como un rey. La fidelidad (o el amor) a una abstracción resulta absurda y forzada, en cambio la fidelidad a una persona es totalmente natural. Así se entiende, por ejemplo, el juramento de fidelidad del ejército austro-húngaro:

> "Ante Dios Todopoderoso prestamos sagrado juramento de fidelidad y obediencia a Su Majestad, nuestro Serenísimo Príncipe y Señor, juramos

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

> obedecer a sus augustos generales y a todos nuestros superiores, honrarlos y protegerlos, cumplir sus órdenes y mandatos en todos los servicios, sea quien sea el enemigo y siempre que lo exija la voluntad de su Majestad Imperial y Real, por tierra y por mar, de día y de noche, en toda clase de batallas, asaltos y combates, juramos luchar con valentía y gallardía en todo lugar, momento y ocasión, no abandonar jamás nuestras tropas, cañones, banderas y estandartes…" (Lernet-Holenia, 2013: 3).

En una monarquía, las banderas y los estandartes representan al rey mismo, es por eso que sea natural el respeto hacia ellos. Los súbditos se someten a la voluntad del rey como a la de un padre y le juran fidelidad. En cambio en una democracia, dichos símbolos representan a la nación, un concepto tan vago, que puede ser dotado, practicamente, de cualquier contenido (algo como lo que sucede con el "bien común" de los Estados totalitarios), y que efectivamente lo es, solo para poder legitimar el poder del Estado.

Sin embargo, se pretende identificar a los miembros de un Estado en torno a estos símbolos nacionales. Esto para favorecer la cohesión social, necesaria para legitimar el poder dentro de una democracia. Como afirma Smith (2004) lo importante es "la potencia de los significados que tales signos transmiten a los miembros de la nación en cuestión" (p. 22). Estos símbolos representa la identificación de la comunidad con una voluntad única, necesaria para sustentar la soberanía. Los símbolos nacionales **facilitan**, entonces, **la identificación de la comunidad con un ordenamiento político.**

Los símbolos nacionales, como los héores y próceres de la 'patria', "resumen las cualidades especiales de la nación […] procuran conjurar un intenso

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

sentimiento de historia y/o destino únicos entre la población correspondiente[52]" (Smith, 2004: 22). En otras palabras reunen en torno a ellos la identidad nacional[53], base de aquella voluntad única e identificación con el ordenamiento político.

Podemos entender la identidad nacional como "la continua reproducción y reinterpretación del patrón de valores, símbolos, recuerdos, mitos y tradiciones que componen el patrimonio distintivo de las naciones, y las identificaciones de los individuos con ese patrón y esa herencia, así como con sus elementos culturales" (Smith, 2004: 33).

Pero, dificilmente puede decirse que en el Perú haya una identidad homogénea que lleve a ese sentimiento de particularismo[54] que desarrollamos antes. La unidad de una comunidad no puede basarse en lo que la hace distinta de otra (esa idea no sirve en un país pluricultural como el Perú), eso sería tomar lo meramente accidental. La unidad del pueblo debe basarse en lo esencial: en el patrimonio común humano y la voluntad de la comunidad hacia el bien común. Esto no solo fomentará la unidad de la comunidad bajo un gobierno, sino el de todas las comunidades (todas las naciones) del orbe.

---

[52] Como sería el *espacio vital* del Tercer Reich o el *destino manifiesto* de los estadounidenses.

[53] Al respecto afirma Patricia Galeana (2004): "los símbolos patrios tienen una función de representación de sentimientos de identidad nacional. Su permanencia, estabilidad e intangibilidad es lo que permite que generaciones sucesivas se identifiquen con lo símbolos y los conviertan en un factor de cohesión social y de orgullo" (p. 126).

[54] "La cohesión nacional de los pueblos se da a partir de su pasado común, de la historia que les va dando ser. La tierra de nuestros padres, donde hemos nacido, nuestra patria y sus símbolos constituyen nuestra identidad nacional" (Galeana, 2004: 126)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Aún así, los símbolos nacionales y la memoria de los próceres y héroes de la patria[55] (que sirven exactamente para lo mismo que los símbolos nacionales) representan **la identidad nacional**, la que, por lo tanto, **es el bien supuestamente lesionado con la comisión del delito estudiado.**

Esta identidad nacional sería la base de la cohesión social e identificación del todo social con el ordenamiento político la que a su vez sería la base de la estabilidad del Estado.

4.4. Sujetos del delito

El sujeto activo puede ser cualquier persona. El sujeto pasivo es el Estado, ya que nadie es titular de la identidad nacional y solo el Estado podría verse perjudicado ante su eventual vulneración, que como ya hemos explicado supuestamente alteraría su estabilidad.

[55] Se habla de héroes y próceres que la historia consagra, mas ¿de qué manera la historia consagra a los héroes? La historia no es un sujeto que nos permita conocer su voluntad. En todo caso sería la historiografía peruana la que consagra a los héroes, por lo que esto está expuesto a las veleidades de los historiadores y a los intereses de los políticos de turno. Por lo que es una voluntad política que pretende manipular la identidad nacional. La protección de la memoria de estos personajes es pues la protección de la identidad construida para homogeneizar la comunidad y sustentar el poder.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Capítulo quinto

El delito de Ultraje a los símbolos, próceres y hérores de la patria frente a los principios de Lesividad y de Necesidad

5.1. El delito de Ultraje a los símbolos, próceres y hérores de la patria frente al principio de lesividad

Como analizamos en el capítulo segundo, el principio de lesividad es quizás el mayor límite que se le impone al legislador al momento de crear la norma penal, este principio obliga a que solo se configure un delito cuando un bien jurídico sea efectivamente lesionado y de esta manera la sociedad se vea afectada.

Pero, también analizamos que estos bienes jurídicos deben cumplir con una serie de características que los hagan idóneos para que el principio de lesividad sea efectivo. A continuación confrontaremos el delito objeto de estudio con estas características que ulteriormente determinaran si la sociedad es efectivamente afectada con la comisión del delito.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

5.1.1. Carácter material

Los bienes jurídicos, como vimos, tienen carácter material. Esto implica que no pueden ser espiritualizados y que deben basarse en la realidad social.

Tengamos en cuenta lo que afirma Bustos (2004):

> Resulta de la máxima importancia una teoría del bien jurídico que permita **identificar materialmente**, más allá de formulaciones ideológicas encubridoras de la realidad, lo protegido en relación a cada norma penal. Esta identificación material abre la discusión sobre su protección penal y con ello la permanente revisión democrática del sistema penal (p. 537)

Hemos determinado que el bien jurídico del delito del que nos ocupamos sería la identidad nacional, como base de la cohesión social y esta de la voluntad general que sustenta al Estado. El problema es que esta identidad nacional no es algo tangible, sino etéreo. En la identidad nacional no encontramos el substrato fáctico necesario a todo bien jurídico, su vulneración no es perceptible en la realidad, no hay una constatación empírica del daño. Al tener el objeto de la acción de nuestro delito un carácter meramente simbólico, su ultraje es también meramente simbólico y no comprobable en la realidad.

Que una modelo se siente desnuda encima de una bandera nacional o que turistas mixionen en el monumento de un héroe patrio, no afecta en nada la cohesión social, no se ve reducida la identidad nacional de ninguna manera, ya que, al nos ser algo concreto, es imposible de comprobar. Es decir, con el ultraje a los símbolos de la patria no se comprueba un menoscabo en la identidad nacional.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Esto porque la identidad nacional es un concepto espiritualizado y acrítico, es un concepto que se intenta explicar por sí mismo sin hacer referencia a una realidad social externa, lo que contraría las bases del bien jurídico. Además que al negar esta referencia externa no se comprueba reducción alguna de las posibilidades de participación social de los ciudadanos. Lo que nos lleva a concluir que este bien jurídico no tiene carácter material y su afectación no contraviene el principio de lesividad.

5.1.2. Carácter personalista

El carácter personalista del bien jurídico se basa en el más elemental principio de todo Estado democrático: la persona como fin en sí misma y como fin del Estado. De ahí que el individuo y su libertad estén sobre cualquier interés del Estado, lo que implica que los bienes jurídicos no pueden contener consideraciones morales, ideológicas ni religiosas que no potencien la libertad de las personas y les permitan desarrollarse plenamente.

Con el delito objeto de estudio se vulneran dos aspectos de este carácter personalista: 1) Se vulnera la libertad de expresión y 2) se atienden a consideraciones ideológicas.

1) Con respecto a la libertad de expresión, debemos recordar ciertos conceptos que nos permitirán concretarla y confrotarla con nuestro delito. En primer lugar, para hablar de libertad de expresión es preciso hacerlo primero de la libertad de conciencia. La libertad de conciencia “supone el derecho de toda persona

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

de formarse libremente la propia conciencia, de manera tal que aquella formación se vea exenta de intromisiones de cualquier tipo" (STC Exp. Nº 00895-2001-AA/TC, fj. 3.). Así, cada ciudadano tiene el derecho de "crear las imágenes e ideologías de sí mismo, de otros y del mundo que le rodea con absoluta libertad" (Oporto, 2011: 354), es decir, de tener su propia opinión sobre la realidad. Esto implica que el Estado debe proteger las posiciones o creencias de todos los ciudadanos, lo que "supone que la opinión de una persona merece igual protección y repeto al igual que aquella seguida por veinte millones" (Oporto, 2011: 354). La libertad de conciencia está prevista como derecho en el inciso tres del artículo segundo de nuestra Constitución política[56], así como en el artículo doce de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el dieciocho del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, vigente en nuestro país desde 1978.

La libertad de expresión implica el derecho de todos ciudadanos de expresar sus opiniones y creencias por cualquier medio. Ideas y creencias frutos del pleno ejercicio de la libertad de conciencia. Oporto (2011), al referirse a la libertad de expresión, afirma "este es un derecho intimamente relacionado con la libertad de conciencia, pues con él la conciencia formada no permanence en la esfera íntima del ser humano, sino que trasciende y es cognosible por otros" (p. 355). Mediante este derecho el Estado tiene el deber de no interferir en la actividad expresiva de los ciudadanos y de asegurar el espacio para su creatividad y libre desarrollo, ambas, condiciones indispensables para el buen

[56] Toda persona tiene derecho a: A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

funcionamiento de un régimen democrático. Así lo afirman Cossío y Silva (2006):

> si los ciudadanos no tienen plena seguridad de que el derecho los protege en su posibilidad de expresar y publicar libremente sus ideas, es imposible avanzar en la obtención de un cuerpo extenso de ciudadanos activos, críticos, comprometidos con los asuntos públicos, atentos al comportamiento y a las decisiones de los gobernantes, y capaces así de cumplir la función que les corresponde en un régimen democrático.

Esto no significa, que para este derecho no exista ningún tipo de limitaciones. De hecho sí las hay, pero estas solo pueden referirse al respeto de otros derechos fundamentales de las personas (como el de la intimidad). Sin embargo, debemos recordar que en las Estados democrático-liberales sólo las personas son titulares de derechos fundamentales, no los objetos, lo que los diferencia de los Estados totalitarios que instrumentalizan a la persona para proteger o enaltecer objetos o entidades supuestamente superiores a los individuos (Cossío y Silva, 2006).

Por otro lado, debemos considerar la libertad de expresión como un derecho a la disenso porque “protege al individuo no solamente en la manifestación de ideas que comparte con la gran mayoría de sus conciudadanos, sino también de ideas impopulares, provocativas o, incluso, aquellas que ciertos sectores de la ciudadanía puedan considerar ofensivas” (Cossío y Silva, 2006).

El delito que estudiamos “impone a todos los individuos el deber de aceptar el significado simbólico de ciertos objetos tal y como lo formulan ciertos sectores

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

sociales, así sean estos mayoritarios, coartando con ello la capacidad de los individuos de atribuir a dichos objetos un significado simbólico diferente" (Cossío y Silva, 2006). Lo que evidentemente vulnera su libertad de conciencia y de expresión. Así, la existencia de este "refleja un entendimiento equivocado del contenido y alcance de este derecho[57], así como de la manera en que un Estado democrático puede condicionar su libre ejercicio mediante normas de rango legal y, en particular, mediante normas de naturaleza penal" (Cossío y Silva, 2006). Con la punición de este delito se busca imponer una moral. El derecho penal no busca educar a la población, por eso es la ultima ratio, se aplica cuando la educación ya fracasó.

"La libertad de conciencia, de expresión, de publicación de escritos, así como el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos, incluye la libertad de cuestionar el significado y el valor que las mayorías atribuyen a los símbolos patrios" (Cossío y Silva, 2006).

Así, por ejemplo, en Dinamarca está permitido quemar la bandera nacional, más no las extranjeras (Código Penal danés, sección 110, e), esto debido a que "la quema de banderas extranjeras incide sobre la política exterior, pues puede ser entendida como una amenaza a ese país. La quema de la bandera nacional danesa, por otro lado, no involucra a otros países ni tiene incidencia sobre las relaciones exteriores, por lo que es legal" (Oporto 2011, 359). Por otro lado, en Estados Unidos, su Corte Suprema en el caso Texas v. Johnson

[57] Esto se demuestra en la Resolución del 18 de mayo de 2005 Expediente N.° 0044-2004-AI/TC: "Es innegable el papel formativo que desempeña la determinación, defensa y respeto a los símbolos patrios, ya que estos concretan la idea de patria como una experiencia cotidiana y consolidan el sentimiento de identidad común mediante relaciones cognitivas y afectivas."

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

(491 U.S. 397), en el que se pretendía condenar al señor Johnson por quemar una bandera estadounidense en símbolo de protesta, falló que la legislación texana que sanciona los actos de ultraje a los símbolo nacionales, era inconstitucional porque afectaba la libertad de expresión.

Nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia del Caso Crousillat López Torres (Exp. Nº 03660-2010-PHC/TC) del veinticinco de enero del dos mil once, declaró que

> "… toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten **contrarias a los derechos fundamentales** de las personas procesadas o condenadas. Pero también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho".

Evidentemente el delito contenido en el artículo trescientos cuarenta y cuatro del código penal vulnera un derecho fundamental tan importante que constituye la base del sistema democrático. Es por eso que es inconstitucional.

2) Con respecto a las consideraciones ideológicas, es evidente que el Estado mediante la punición de este delito pretende imponer una determinada visión de la realidad, una ideología, la nacionalista.

Esto lo podemos verificar en la Resolución del 18 de mayo de 2005 del Expediente N.° 0044-2004-AI/TC que declara que "La patria se traduce en el culto a los mártires y héroes defensores del suelo y su destino, así como en la exaltación y veneración cívica de las tradiciones forjadas en la interacción social […] En suma, expresa la comunión de afectos de los miembros de una

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

nación que se reconoce y valora a sí misma con afecto, amor y ardor cívico". Evidentemente, estas consideraciones no provienen de la realidad, no son comprobables, son eminentemen subjetivas y forman parte de una ideología[58].

Con la punición del ultraje a los símbolos, próceres y hérores de la patria el Estado pretende "sustraer del ámbito de lo optativo para los individuos ciertas ideas en materia política" (Cossío y Silva, 2006). Pretende imponer su ideología, limitar la libertad de conciencia y de expresión al punto de homogeneizar a la sociedad. No potencia la libertad y dignidad de las personas, sino que impone ciertas ideas, vulnerando así el principio de la persona como fin supremo del Estado. Le esta privando de su espacio de elección.

Así, Cossío y Silva (2006) afirman:

> Ver en las diferencias de entendimiento o valoración de ciertos símbolos un ataque a la moral que justifique una restricción a la libertad de expresión es tanto como abogar por la imposición de una homogeneidad social moralizante y una particular visión nacionalista, lo cual es claramente incompatible con el avance hacia la sociedad abierta y democrática que nuestra Constitución postula.

Por otro lado, tenemos que determinados pensadores del derecho penal[59], pretenden atribuirle a la facultad punitiva del Estado fines contrarios a la naturaleza del sistema democrático, por ejemplo Jakobs, postula que el derecho penal no protege biene jurídico sino que sirve para el mantenimiento

[58] Véase el subcapítulo 4.3.
[59] Véase el subcapítulo 2.2.2.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

de la configuración social y estatal; la Escuela de Kiel creía que la pena debía castigar la traición al pueblo del infractor. Estos fines son ideológicos (tienen una visión cerrada y totalitaria del mundo, además de ser contrarios a la democracia liberal) y vulneran radicalmente el carácter personalista del bien jurídico.

Como ya vimos, las consideraciones ideológicas y la imposición de una moral no deben, de ninguna manera, influir en el establecimiento de bienes jurídicos. Así, Bustos (2004) afirma:

> "sobre todo en los Códigos iberoamericanos, y en especial en el caso de los delitos contra el Estado, la moralidad, los delitos sexuales, se encuentran delitos sin bien jurídico. En todos ellos lo que en realidad se pena son ideas, pensamientos, estados de conciencia, ánimos, se anatemiza desde determinados modos religiosos o filosófico de ver el mundo […] es necesario abogar por la supresión de todos esos delitos" (p. 143).

Es por todo esto que el bien jurídico del delito que estudiamos carece del carácter personalista propio de todo bien jurídico.

5.1.3. Función interpretativa

Como ya analizamos el bien jurídico cumple una "función teleológica, en cuanto proporciona los criterios para interpretar y determinar el sentido y alcance de los tipos penales. Una función determinante del núcleo de los injustos" (Gálvez y Rojas, 2011: 85).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En nuestro delito, esta función no se constata, ya que al ser un bien jurídico abstracto y espiritualizado y no referirse a una realidad externa, el alcance del tipo penal y su sentido solo puede hallarse en la propia norma.

5.1.4. Carácter dinámico y crítico

El carácter dinámico de los bienes jurídicos implica que estos están sujetos a cambios social y al sentir de la sociedad en determinado momento histórico y conforme a esto deben ejercer una función crítica, revisando constantemente lo pasible de castigo y evaluar su permanencia en la legislación.

Como ya analizamos en el capítulo precedente, en los últimos años las identidades nacionales han sufrido una reducción significativa de su importancia. El proceso de globalización ha facilitado la homogeneización de la cultura a nivel mundial y las diferencias entre las comunidades de distintos Estados (lo que constituye el sentimiento de particularidad propio de las identidaes nacionales) es mínima.

En el Perú ser verifica que hay más diferencias entre comunidades dentro del territorio peruana que con comunidades extranjeras. Así, por ejemplo, un ciudadano arequipeño tendrá más similitudes culturales con uno de Arica o de Bogotá que con uno de la selva peruana, que no habla su idioma, no practica su misma religión, costumbres, ni tradiciones.

Es así, que tratar de dar contenido a la identidad nacional peruana, siendo el Perú tan diverso culturalmente, es un absurdo. Pero aún más absurdo es

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

considerar esta identidad, basada en las diferencias entre distintas comunidades nacionales, como base de la cohesión social y del Estado.

La cohesión social, ya que no puede basarse en la muy coherente misión trascendente del Imperio ya que esto vulneraría la laicidad del Estado, solo puede basarse en el patrimonio común humano y la voluntad de la comunidad hacia el bien común, lo que podría traducirse, no sin tomar las precauciones del caso y estando concientes de sus limitaciones, en el reconocimiento e identificación con el ordenamiento político y los preceptos constitucionales.

Como vemos, considerar la identidad nacional como un bien jurídico es no atender a la realidad de la sociedad y sus cambios, enquistándonos en una ideología sin futuro. De esta manera, se neutraliza la capacidad crítica del bien jurídico, ya que este por su carácter estático jamás permitirá verificar la idoneidad del delito.

5.1.5. Carácter limitativo

El carácter limitativo es la esencia del principio de lesividad. Es su función y su razón de existir: el limitar el poder punitivo a los casos en los que se produce un daño efectivo.

La comisión del delito de ultraje a los símbolos, próceres y heróes de la patria no hay un daño efectivo, no se verifica ninguna reducción de las posibilidades de participación de ningún individuo en la sociedad.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Se dijo que de la identidad nacional, al ser la base de la cohesión social, dependía la estabilidad del Estado, pero como ya demostramos, la cohesión social no tiene por qué sustentarse en la identidad nacional por lo que la comisión del delito no produce daño alguno en la estabilidad del Estado.

Que una modelo se siente encima de una bandera nacional o que un grupo de turistas ebrios mixione en el monumento de Francisco Bolognesi no afecta las posibilidades de participación de los individuos en la sociedad, no ha habido ningún cambio en la vida de ningún ciudadano peruano. No existe daño efectivo.

5.1.6. El delito de Ultraje a los símbolos, próceres y héroes de la patria como intervención simbólica

Este delito es una intervención penal simbólica, entendidas estas como aquellas que no buscan el efecto instrumental de la pena (o sea "aquel que supone cierta modificación de la realidad social y, más en concreto, de los comportamientos humanos" (Díez, 2002: 556), es decir, la protección de la sociedad) sino como las que buscan un efecto expresivo-integrador[60]. En este sentido el delito de Ultraje a los símbolos, prócere o héroes de la patria "no atiende a la prevención de comportamientos delictivos, esto es, a la evitación de daños o riesgos graves a los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia" (Díez, 2002: 570) y es una ley simbólica declarativa y principalista.

[60] El efecto expresivo-integrador es el efecto que "suscita emociones o sentimientos en las conciencias" y "que genera determinadas representaciones valorativas en las mentes" (Díez, 2002: 556). Es decir, que intenta imponer una determinada idea o moral.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Declarativa en tanto aclara contundentemente cuáles son los valores correctos respecto a una determinada realidad social (Díez, 2002). Principalista en tanto manifiesta la validez de ciertos principios de convicencia[61].

El único efecto de las leyes penales simbólicas es el intimidatorio, un efecto utilitario que es totalmente contrario al derecho penal y a su fin. Vulnera la supremacía del ser humano, vulnerando su dignidad y considerándolo como un animal que se conduce unicamente por el castigo-premio.

Urquizo (2003) nos dice que el legislador puede abusar de la masiva integración de bienes jurídicos a los códigos para "servirse del Derecho penal para labores de transformación social que son a éste ajenas, cuando no para producir efectos meramente simbólicos en la sociedad. Pero en neutralizar tales defectos consiste el desafío que a la esencia penal hace la necesaria introducción de estos objetos de tutela" (p. 293).

Toda ley penal tiene contenido simbólico, intencionada o no intenciondamente. Pero cuando solo existe este no hay fin protector, no existe el bien jurídico y se protege una determinada ideología. Por tanto son conminaciones penales arbitrarias.

Por eso, concluiremos como Roxin (1997) que las conminaciones penales arbitrarias no protegen bienes jurídicos y son inadmisibles. Por tanto no se puede exigir bajo penal al ciudadano que tribute reverencia a algo como el sombrero de Gessler (el del gobernador austríaco de la leyenda de Guillermo Tell) o a otro símbolo cualquiera, pues ello no sirve a la libertad del individuo en

[61] Validez que cuestionamos con esta investigación.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

un Estado liberal democrático ni para la capacidad funcional de un sistema social basado en los principios de dicho Estado.

5.2. El delito de Ultraje a los símbolos, próceres y hérores de la patria frente al principio necesidad

En el capítulo tercer concluimos que la pena es un instrumento dañino para el individuo y contradictorio con el sistema, por lo que solo se justifica su uso si el daño es intolerable y más dañino que la propia pena. Es por eso que el Estado debe estar en la posibilidad de explicar la necesidad de su uso en cada caso para preservar convivencia social, para mantener el orden democrático y social establecido. No está justificado el uso de la facultad de penar del estado cuando no haya una necesidad de protección de la sociedad. Es por eso que las conductas merecedoras de pena deben ser particularmente graves, intolerables para la vida comunitaria y cuestionadoras del ordenamiento jurídico.

En el caso del delito de Ultraje a los símbolos, próceres o héroes de la patria nos encontramos con una conducta que ni siquiera daña un bien jurídico, porque como concluimos en el anterior subcapítulo el bien jurídico supuestamente vulnerado por la conducta tipificada en el delito no es idóneo con el sistema democrático, ya que pretende promover y preservar una ideología lo que vulnera la libertad de conciencia y de expresión de los ciudadanos, además que tampoco es idóneo con las características básicas de los bienes jurídico-penales exigidas por el mismo sistema democrático.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

De esta manera, es más que obvio que el delito estudiado vulnera el principio de necesidad. Este principio exige la existencia de un daño intolerable por la sociedad, con la comisión de este delito ni siquiera se produce daño alguno.

La punición de esta conducta, evidencia una grosera intervención en la esfera de libertad de los ciudadanos (el Estado interviene para acortarla, en vez de mejorar sus condiciones) y una flagrante vulneración de los principios democráticos. Esto no hace más que dificultar la participación ciudadana, ya que estos no sienten la seguridad que el derecho protege su libre conciencia y expresión. “No puede tolerarse que el poder punitivo avance con pretexto de conflictos insignificantes o de acciones que no son conflictivas o que, claramente, pueden resolverse por otras vías” dicen Alagia, Slokar y Zaffaroni (2005: 289).

Además, como afirman, también, Alagia, Slokar y Zaffaroni (2005) es imposible que la criminalización secundaria cumpla con las espectativas y lo planeado por la criminalización primaria, debio a los límites materiales de las agencias del sistema penal, por eso es absurdo que continue vigente un delito más que distraiga la atención de las agencias de criminalización secundaria que debieran estar combatiendo los actos que en verdad vulneran la convivencia y son intolerables para la sociedad.

Con respecto al principio de *ultima ratio,* que no es más que una manifestación del de necesidad, que nos dice que solo se debe usar *la afilada espada del derecho penal* en el último caso, cuando no haya otro medio que resuelva el problema, tenemos que el Estado, si desea promover el respeto por dichos

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

símbolos y memoria de héroes, tiene a la educación. El derecho penal en ningún caso puede ser usado para educar a los miembros de la sociedad que no han cometido el delito (sí para reeducar al que ya lo cometió), ya que está en juego la libertad y la dignidad de la persona. Por otro lado, el Estado tampoco tiene legitimidad para promover dichos valores, ya que esto evidentemente vulnera el principio de neutralidad moral del Estado, propio de un Estado liberal-democrático en el que no existen verdades absolutas si no se ha llegado a ellas mediante el consenso. El Estado está en la obligación de hacer respetar a las minorías, la libertad de expresión, pilar fundamental del Estado, debe proteger el disenso. Por eso, la protección (y promoción) del bien jurídico no es necesaria, ni siquera es deseable.

Por otro lado, con respecto al principio de fragmentariedad (que afirma que de la totalidad de un bien jurídico, solo algunos aspectos de este son pasibles de protección penal), no es que se esté protegiendo un aspecto del bien jurídico que no se deba sino que, por las razones ya expuestas, la integridad del bien jurídico no debe ser promovida por el Estado. Es por eso que no debe haber otros medios del Estado para su protección, no es pasible de tener un tratamiento extrapenal porque se vulnera el principio de neutralidad moral, la libertad de conciencia, la libertad de expresión, en suma las bases del Estado democrático.

“La operación simbólica de ver, en una bandera, un emblema del Estado democrático de derecho en el que se pretende vivir se convierte en algo totalmente hueco, si el derecho penal impide la plena vigencia del derecho de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

cada individuo por manifestar libremente sus opiniones en materia política" (Cossío y Silva, 2006).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

CONCLUSIONES, SUGERENCIAS Y PROPUESTA

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Conclusiones

1. Durante la investigación se determinó que el delito tipificado en el artículo 344° de nuestro código penal, delito de ultraje a los símbolos, próceres o héroes de la Patria tiene como bien jurídico la identidad nacional. Pero esta identidad nacional es un concepto espiritualizado y acrítico que no hace referencia a una realidad social externa y cuya vulneración no es comprobable en la realidad, por lo que carece del carácter material que necesita todo bien jurídico. Asimismo, comprobamos que la identidad nacional como bien jurídico no tiene carácter personalista, ya que impone al individuo aceptar el significado simbólico de ciertos objetos, sustrayendo del ámbito personal ciertas ideas en materia política, lo que a su vez vulnera los derechos de libertad de conciencia y expresión, entonces no considera al individuo como fin. Además establecimos que este supuesto bien jurídico tampoco cumple su función interpretativa, tampoco tiene carácter dinámico, crítico ni limitativo. Por lo tanto no reúne las características necesarias para ser un bien jurídico penal. Es decir, el delito objeto de estudio no tiene un bien jurídico penal idóneo ya que su lesión no implica una perturbación relevante en la convivencia de los individuos o una disminución considerable de las posibilidades de participación de los individuos en la sociedad Es por estos motivos que nuestra primera hipótesis queda comprobada.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

2. Siendo que el bien jurídico del delito estudiado no es idóneo ni concordante con el sistema democrático y que su lesión no constituye un daño para la sociedad se hace evidente que la existencia de este delito vulnera el principio de lesividad. Más aún cuanto se concluyó que el delito estudiado es una intervención penal simbólica y como tal no tiene fin protector. Asimismo, al quedar demostrado que no existe un daño intolerable para la sociedad con la comisión del acto típico, se verifica que tampoco se respeta el principio de necesidad o mínima intervención.
3. Teniendo en cuenta que el delito de ultraje a los símbolos, próceres o héroes de la Patria no cumple con los principios de lesividad y de mínima intervención (que incluye los principios de subsidiariedad y fragmentariedad) y que su punición afecta gravemente los derechos de libertad de conciencia y de expresión lo que socava los principios democráticos que guían y mantienen nuestros Estado, se concluye dicho delito debe ser retirado de nuestro ordenamiento jurídico. Es decir, se comprueba nuestra segunda hipótesis.
4. La existencia en nuestro ordenamiento del delito de ultraje a los símbolos, próceres o héroes de la Patria no solo vulnera los principios de lesividad y mínima intervención, sino que, al tratar de imponer una serie de ideas sobre determinados objetos y sustraer del ámbito de lo optativo la opinión que se pueda tener de ellos, vulnera el principio de neutralidad moral del Estado, la libertad de conciencia, la libertad de expresión, en suma considerar la identidad nacional como un bien jurídico vulnera los principios de todo sistema democrático liberal. Es por

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

eso que el Estado no debe proteger ni promocionar la identidad nacional haciendo uso de alguna rama del Derecho. Por lo que nuestra tercera hipótesis queda refutada, dicho ultraje no debe tener un tratamiento extrapenal.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Sugerencias y propuesta

1. Se sugiere a los legisladores observar rigurosamente los principios de lesividad y mínima intervención al momento de tipificar conductas como delitos a fin de no contravenir las bases en las que sustenta nuestro Estado y darle facultades excesivas al poder punitivo. Para esto será necesario que los legisladores no olviden los principios que rigen nuestro sistema democrático y tengan presente que el Derecho penal solo se legitima si es útil socialmente y solo debe ser usado cuando el daño sea intolerable e implique una reducción de las posibilidades de participación de los individuos en la sociedad. Igualmente, que el poder punitivo nunca debe tratar de imponer opiniones o conductas. Todo esto es indispensable si se respeta a la persona como fin supremo del Estado y se quiere mantener la legitimidad de este.
2. Se sugiere a los investigadores que ahonden en el análisis de los delitos de nuestro código penal para verificar la idoneidad de sus bienes jurídicos y el respeto de los principios que guían el Derecho penal y limitan el poder punitivo, deben tener en cuenta que el Derecho penal tiene por misión principal mantener a raya al poder punitivo para que este no traspase los fines que su propia naturaleza y el lugar que ocupa dentro del ordenamiento jurídico y político le imponen.
3. Se propone la derogación del artículo 344º que tipifica el delito de ultraje a los símbolos, próceres y héroes de la patria por los motivos expuestos

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

en la tesis que evidencias la necesidad de retirar esta norma de nuestro ordenamiento jurídico.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

PROYECTO DE LEY QUE DEROGA EL DELITO DE ULTRAJE LOS SÍMBOLOS, PRÓCERES Y HÉROES DE LA PATRIA TIPIFICADO EN EL ARTÍCULO 344º DEL CÓDIGO PENAL

Artículo 1º.- Objeto de la ley

La presente Ley tiene por objeto derogar el delito de Ultraje los símbolos, próceres y héroes de la patria por contravenir esta al principio de lesividad y de necesidad, así como vulnerar la libertad de conciencia y expresión.

Artículo 2º.- De la Derogatoria

Derógase el artículo 344º del Código Penal que tipifica el delito de Ultraje los símbolos, próceres y héroes de la patria.

En Lima, día, mes y año.

Exposición de motivos

Análsis costo-beneficio

La aprobación de la presente ley permitirá expulsar del ordenamiento una norma pasible de generar una carga innecesaria a los agentes de criminalización primaria y además da a los ciudadanos una mayor seguridad jurídica al ver respetada su libertad de expresión y de conciencia.

Efecto de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional

La norma incide sobre el Decreto legislativo Nº 635, Código Penal, modificándolo y derogando uno de sus artículos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

BIBLIOGRAFIA

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Alagia, A., Slokar, A. & Zaffaroni, E. R. (2005). Manual de derecho penal: parte general. Buenos Aires: Ediar.

Alcácer, R. (2004). ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Lima: Grijley.

Altuve-Febres, F. (2001). Los reinos del Perú. Apuntes sobre la monarquía peruana (2ª ed.). Lima: Dupla.

Badía, J. (1975). La nación [Versión electrónica]. Revista de estudios políticos, 202, 5-58.

Bustos, J. (1998). Política criminal, principios garantistas materiales y derecho penal de la culpa. Revista Peruana de Ciencias Penales, 6, 543-555.

Bustos, J. (2004 b). Obras completas. Tomo II: control social y otros estudios. Lima: Ara.

Bustos, J. (2004). Obras completas. Tomo I: derecho penal parte general. Lima: Ara.

Cossío, J. & Silva, J. (2006, Enero). Libertad de expresión y símbolos patrios. Letras libres. Extraído el 14 Octubre, 2014 de http://www.letraslibres.com/revista/convivio/libertad-de-expresion-ysimbolos- patrios

Diez, J. L. (2002), El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. Revista Peruana de Ciencias Penales, 11, 551-579.

Eser, A. (1998). Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de al víctima. Revista Peruana de Ciencias Penales, 6, 555-615.

Galeana, P. (2004) Los símbolos nacionales [Versión electrónica]. Derecho y cultura, 13, 117-127.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Gálvez, T. A. & Rojas, R.C. (2011). Derecho penal parta especial (Introducción a la parte general). Lima: Jurista.

García Villoslada, R. & Laboa, J. (1997). Historia de la Iglesia Católica IV. Edad Moderna. La época del absolutismo monárquico (1648- 1814) (3ª Reimpresión). Madrid: Biblioteca de autores cristianos.

Hubeñak, F. (2007). Historia integral de occidente: desde una perspectiva cristiana. Buenos Aires: Educa.

Hurtado, J. (2005). Manual de derecho penal: parte general I (3ªed.). Lima: Grijley.

Larrauri, E. (2006). Populismo punitivo… y cómo resistirlo. Revista Peruana de Ciencias Penales, 18, 175-193.

Lernet-Holenia, A. (2013) [1934]. Die Standarte [El estandarte] Traducción de Annie Reney y Elvira Martín. Barcelona: Libros del Asteroide.

Mazuelos, J. F. (2003). El bien jurídico penal. En A. Paredes (Ed.), Estudios penales. Libro Homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias (pp. 195-215). Lima: San Marcos.

Mir, S. (2002). Introducción a las bases del derecho penal. Buenos Aires: Euros editores.

Neyra, H. (2013). ¿Qué es nación? Lima: Universidad de San Martín de Porres, Instituto de Gobierno.

Oporto, G. (2011). Críticas a las sanciones administrativas y penales por no desplegar o respetar símbolos patrios. Gaceta Constitucional, 43, 353-359.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Perú, Congreso de la República (2012). La legislación y los héroes nacionales. Recuperado de http://www.congreso.gob.pe/museo/documentos/legislacion_heroes-16-07-2012.pdf

Perú, Tribunal Constitucional (2002). Sentencia del Exp. Nº 00895-2001-AA/TC. 19 Agosto.

Perú, Tribunal Constitucional (2005). Sentencia del Exp. N.° 0044-2004-AI/TC. 18 Mayo.

Perú, Tribunal Constitucional (2006). Sentencia del Exp. 00012-2006-AI/TC. 15 diciembre.

Perú, Tribunal Constitucional (2011). Sentencia del Exp. Nº 03660-2010-PHC/TC. 25 Enero.

Polaino, M. (2010). Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿Dos funciones excluyentes? En ARA (Ed.), Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social (pp. 31-55). Lima: Ara.

Real Academia Española. (2001). Diccionario de la lengua española (22.ª ed.). Consultado en www.rae.es

Rosales, J. (1997). Patriotismo, nacionalismo y ciudadanía: en defensa de un cosmopolitismo cívico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Roxin, C. (1997). Strafrecht allgemeniner teil, band I: grundlagen. Der aufbau der verbrechenslehre [Derecho penal parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito] Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (2ªed.). Madrid: Civitas.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Russell, B. (2010) [1946, 1961] History of western philosophy [Historia de la filosofía occidental. Tomo II] Traducción de Julio Gómez de la Serna y Antonia Dorta (14ª ed.). Madrid: Austral.

Smith, A. (2004). Nationalism: theory, ideology, history [Nacionalismo] Traducción de Olaf Bernárdez Cabello. Madrid: Alianza.

Urquizo, J. (1998). El bien jurídico. Revista Peruana de Ciencias Penales, 6, 805-830.

Valverde, C. (2003). Genesis, estructura y crisis de la modernidad. Madrid: Biblioteca de autores cristianos.

Varela, L. (2011). Recensión de “Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito” de Johan Michael Franz Birnbaum [Versión electrónica]. Política criminial, 11(6), 209-213. Extraído el 16, Septiembre, 2014, de http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992011000100008&script=sci_arttext

Villavicencio, F. (2006/2009). Derecho penal: parte general (3ª Reimpresión). Lima: Grijley.

Welzel, H. (1987). Derecho penal alemán. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Serio Yánez Pérez (12ª ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ANEXOS

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

FACULTAD DE DERECHO

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

"DESTIPIFICACIÓN DEL DELITO DE ULTRAJE A LOS SÍMBOLOS, PRÓCERES O HÉROES DE LA PATRIA"

Juan Carlos Nalvarte Lozada

PREÁMBULO: Génesis del Problema

En el cuarto artículo del Título Preliminar del Código Penal vigente en el Perú se estipula que: "La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley", lo que nos hace inferir que los bienes jurídicos penales determinan que el fin del derecho penal es la protección del individuo y la garantización del pleno desarrollo de este dentro de la sociedad. Por otro lado, también establecen un límite al poder punitivo del Estado al prescribir que solo puede crear delitos que en verdad afecten la posibilidad del desarrollo de la persona dentro de la sociedad.

Sin embargo en el mismo código, en el artículo trescientos cuarenta y cuatro, el legislador tipifica como delito el ultraje a los símbolos, próceres o héroes de la Patria. Cabe preguntarse: ¿existe un bien jurídico de relevancia penal que sea afectado con las acciones

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

tipificadas en este delito? ¿Cualquiera de estas pone en peligro el libre desarrollo de los individuos dentro de la sociedad? Es necesario analizar concienzudamente la posibilidad de un bien jurídico para este delito. Revisar la evolución del concepto de "Patria" y la importancia de este para la constitución del Estado. Además, analizar la esencia del bien jurídico y su evolución en la historia para comprender su lugar e importancia en el Derecho Penal. Todo esto para determinar la pertinencia de considerar delito a los actos contenidos en el referido artículo.

1. **Definición y descripción del problema.**

   Enunciado: "Destipificación del delito de ultraje a los símbolos, próceres o héroes de la Patria"

   Interrogante general:

   ¿El ultraje a los símbolos, próceres o héroes de la Patria dede ser destipificado como delito?

   ¿Por qué es un problema?

   Porque considerar el ultraje a los símbolos, próceres o héroes de la Patria como un delito atenta contra los principios de lesividad, subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho Penal. Al vulnerarse estos principios no se están respentando los límites del *ius puniendi* del Estado y esto genera inseguridad y vulneración a los derechos de los ciudadanos.

2. **Marco Conceptual**

   Destipificación:

   Tipicidad, para Villavicencio (2006/2009) es una función que consiste en "la verificación de si la conducta realizada coincide con lo descrito en la ley (tipo)" (p.228). Por lo tanto tipo es "el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

supuesto de hecho abstracto (hipotético) previsto y descrito por la ley penal" (Galvez, V. & Rojas, R.C., 2011, p. 115). Para tenerlo más claro, la norma penal está constituida por dos elementos: la descripción de la acción humana que el legislador sanciona y la pena. La primera de estas se denomina tipo (Hurtado, 2005).

Entonces, podemos concluir que la destipificación es la operación por la que una acción humana deja de estar prevista por la ley como objeto de sanción.

Ultraje:

Según el tipo penal del delito estudiado (denominado "Ultraje a los Símbolos, próceres o héores de la Patria") los verbos rectores que definen el ultraje y configuran el delito serían: ofender, ultrajar, vilipendiar y menospreciar.

Al ser este delito poco estudiado por la doctrina nacional no se tiene una definición exacta a la cual recurrir para explicar los verbos rectores antes citados. Lo más cercano que se tiene son los verbos ultrajar y ofender que aparecen en el delito de injuria, así tenemos que para Gálvez y Rojas (2011), ofender se puede ejecutar mediante palabras, de un modo simbólico o a través de representaciones (caricaturas), mientras que el ultraje es ejecutado a través de vías de hecho, gestos u otro tipo de manifestaciones explícitas. Sin embargo, estos conceptos no son acordes con la naturaleza del delito, por lo que usaremos las definiciones dadas por la vigésima segunda edición del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia de la Lengua.

En ella encontramos que ofender es: "**1.** tr. Humillar o herir el amor propio o la dignidad de alguien, o ponerlo en evidencia con palabras o con hechos./**2.** tr. Ir en contra de lo que se tiene comúnmente por bueno, correcto o agradable.*Ofender el olfato, el buen gusto, el sentido común.* **/ 3.** tr. desus. Hacer daño a alguien

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

físicamente, hiriéndolo o maltratándolo./**4.** prnl. Sentirse humillado o herido en el amor propio o la dignidad." Nótese que el término ofender solo puede ser aplicado a personas en la primera, tercer y cuarta acepción, mientras que la segunda no puede ser aplicada al contexto de nuestro trabajo.

Tomamos de ultrajar las definiciones que pueden interesarnos para la tesis: "**1.** tr. Ajar o injuriar./ **2.** tr. Despreciar o tratar con desvío a alguien." A su vez, hacemos lo propio con vilipendiar: "**1.** tr. Despreciar algo o tratar a alguien con vilipendio." Necesario es definir vilipendio: "**1.** m. Desprecio, falta de estima, denigración de alguien o algo."

Por último, la definición de menospreciar es: "**1.** tr. Tener a alguien o algo en menos de lo que merece.**2.** tr. despreciar."

Símbolos patrios:

Según el segundo párrafo del artículo cuarenta y nueve de nuestra Constitución Política "son símbolos de la Patria la bandera de tres franjas verticales con los colores rojo, blanco y rojo, y el escudo y el himno nacional establecidos por ley".

Próceres de la Patria:

Al no hallar una definición de prócer que cubra las expectativas de nuestro trabajo en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia de la Lengua recurrimos a las leyes nacionales en que se declaran próceres de la patria. En la ley 15641º, que declara Prócer de la Independencia del Perú a don Toribio Pacheco de Mendoza, encontramos que se le otorga esta calidad por "los invalorables servicios a la Nación, en la lucha ideológica por la emancipación de la dominación española". Además encontramos leyes en las que se nombran Próceres a Juan Pablo Vizcardo y Guzmán, a José María Corbacho, a "los eminentes patricios que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

suscribieron el Acta de Proclamación y Juramentación de la Independencia de Chiclayo", a los patricios "que proclamaron la independencia de Trujilo y Lambayaque". Por lo que podemos concluir que Prócer es aquella persona que bien por hechos destacados o por lucha ideológica fomentó y aportó significativamente en la Independencia del Perú.

Héroes patrios:

Entre las cinco ascepciones de "héroe" que no ofrece el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española destacamos dos: "**1.** m. Varón ilustre y famoso por sus hazañas o virtudes. / **2.** m. Hombre que lleva a cabo una acción heroica." Pero para aclarar el término haremos uso del documento *La legislación y los héroes nacionales* del Congreso de la República (2012), donde se lee que héroe es "una persona se convierte en héroe al realizar una hazaña extraordinaria y digna de elogio, como, por ejemplo, el dar la vida por la patria en un campo de batalla, ofrendar la vida en el cumplimiento del deber, salvar personas de una muerte segura poniendo en grave riesgo su vida, etc."

3. Marco Teórico

Después de una intensa busqueda de antecedentes investigativos no se ha hallado ninguna tesis que trate el delito de Ultraje a los Símbolos, próceres y héroes de la patria, en cambio se ha encontrado tesis de otras ramas del saber sobre la formación de la identidad nacional y el estado-nación peruano. Así tenemos la tesis del 2004 de Alejandro José Rey de Castro Arena, para optar por el grado de magíster en historia por la Pontificia Universidad Católica del Perú, titulada "El pensamiento político y la formación de la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

nacionalidad peruana1780-1820". También tenemos la tesis "Los héroes patrios y la construcción del Estado-Nación en el Perú (siglos XIX y XX)" de Carlota Casalino Sen, sustentada en el 2008 en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, esta tesis busca conocer las características propias que en el Perú se producen y dan contenidos a la historia republicana en sus aspectos políticos culturales, buscando construir una memoria colectiva a través de busca conocer las características propias que en el Perú se producen y dan contenidos a la historia republicana en sus aspectos políticos culturales. Por último, tenemos la tesis de Jan Marc Rottenbacher de Rojas, titulada "La valoración de la historia, la percepción del clima socio-emocional y su relación con la construcción de la identidad nacional en el Perú" que fue sustentada en el año 2011 para optar el título de licenciado en psicología social.

Estas tesis no tratan el delito, ni los aspectos jurídicos del término patria, pero pueden ayudarnos a entender su formación en el imaginario popular y así en comprender la decisión de los legisladores para la formación del delito objeto de nuestra tesis.

Entre los artículos científicos, no se encuentra ninguno que trate específicamente el delito materia de investigación, mas sí encontramos trabajos que plantean interesantes visiones sobre instituciones y principios que nos ayudarán en el análisis que pretendemos realizar en nuestra investigación.

Así tenemos gran cantidad de trabajos sobre el bien jurídico penal, tema central en nuestra investigación y desde el cual partimos para plantear la destipificación del delito estudiado. Entre ellos destacamos el artículo publicado por J. Urquizo: "El bien jurídico" que tuvo aparición el año 1998 en el sexto número de la Revista Peruana de Ciencias Penales. Además del trabajo publicado el 2003

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

por J. Mazuelos: “El bien jurídico penal”, asimismo el trabajo de B. Mayo, titulado “Derecho penal y tutela de bienes jurídicos colectivos” del año 2005, que si bien trata principalmente sobre los delitos de peligro, se pueden sacar importantes conclusiones sobre la protección efectiva de los bienes jurídicos y sobre estos cuando su titular no es una persona natural; entre otros artículos. Fuera del tema de bienes jurídicos penales tenemos el trabajo de E. Larrauri, publicado el 2006 y titulado “Populismo punitivo... y cómo resistirlo” sobre la creación innnecesaria de delitos que realiza el Estado para satisfacer a la población, como consideramos que es el caso del delito de Ultraje a los Símbolos, próceres y héroes de la patria.

4. Metodología

4.1. Interrogantes

- ¿El ultraje a los símbolos, próceres o héroes de la Patria dede ser destipificado como delito?
- ¿Existe un bien jurídico penal en el delito de de ultraje a los símbolos, próceres o héroes de la Patria?
- ¿El delito de ultraje a los símbolos, próceres o héroes de la Patria está acorde con los principios de lesividad, susidiariedad y fragmentariedad del Derecho Penal?
- ¿Sería más conveniente un tratatamiento extrapenal al delito de ultraje a los símbolos, próceres o héroes de la Patria?

4.2. Objetivos

General:

Determinar la necesidad de destipificar el delito de ultraje a los símbolos, próceres o héroes de la Patria, tipificado en el artículo 344 del Código Penal.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Específicos:

- Determinar la inexistencia de un bien jurídico penal en el delito de ultraje a los símbolos, próceres o héroes de la Patria.
- Verificar la concordancia del delito de ultraje a los símbolos, próceres o héroes de la Patria con los principios que guían el Derecho Penal (lesividad, susidiariedad y fragmentariedad).
- Evaluar la conveniencia de un tratatamiento extrapenal al delito de ultraje a los símbolos, próceres o héroes de la Patria.

4.3. Justificación

Relevancia jurídico-social

La presente investigación es de trascendencia a la sociedad porque pretende recomendar la derogación de una norma que atenta contra los principios del sistema penal y da mayor vigor del necesario al poder punitivo del Estado. Esto permitirá optimizar el sistema penal peruano y librar a la sociedad de un delito que vulnera la libertad de sus miembros.

Existen casos en los que sujetos han sido condenados por este delito. Esta investigación demostrará la injusticia de dichas condenas.

Además, los resultados de esta investigación podrán ser generalizados para evaluar la pertinencia de otros delitos que protegen biene jurídicos no relevantes para el Derecho Penal.

Originalidad

El delito objeto de estudio no ha sido tratado por la doctrina penal peruana, es más, muchos juristas y la mayoría de la población no conocen que existe. La originalidad radica por

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

tanto en el propio objeto de estudio. Además el enfoque que se le dará al estudio: pretender destipificar un delito porque el bien jurídico no es de relevancia penal, no cuenta con los suficientes precedentes.

Viabilidad

El proyecto es viable porque se dispone de los recursos financieros, humanos y materiales para realizarlo.

Al ser un estudio cuya única técnica será la observación documental es de vital importancia la disponibilidad de una bibliografía necesaria para realizarlo. Este requisito es cumplido satisfactoriamente ya que contamos (biblioteca personal y biblioteca de la universidad) con los libros necesarios para desarrollar la tesis.

La presente investigación reviste un interés especial por el tesista, quien tiene especial interes por los fundamentos del derecho penal y por la evolución de los conceptos de Estado, nación y Patria a través de los tiempos.

Adicionalmente, dada la complejidad de la tesis se dispone del tiempo suficiente para realizar.

4.4. Hipótesis

Teniendo en cuenta que:

- El derecho penal tiene por fin garantizar el pleno desarrollo de los individuos dentro de la sociedad.
- Solo debe recurrirse al derecho penal cuando han fallado todos los demás controles sociales, debido a la gravedad que revisten sus acciones.
- La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- El derecho penal no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos sino las que revisten mayor entidad.
- Los bienes jurídicos además de protección a las personas deben imponer un límite punitivo al Estado.

Es probable que:

- El delito de ultraje a los símbolos, próceres o héroes de la Patria no protega un bien jurídico de relevancia penal que perturbe o impida la convivencia de los individuos dentro de la sociedad.
- El delito de ultraje a los símbolos, próceres o héroes de la Patria deba dejar de ser un delito y retirarse del código penal.
- El ultraje a los símbolos, próceres o héroes de la Patria deba tener un tratamiento extrapenal.

4.5. Técnicas e instrumentos

Técnica: Observación documental

Instrumentos:

- Fichas bibliográficas y hemerográficas.
- Fichas de resumen.
- Fichas textuales.

5. Bibliografía provisional

- Alagia, A., Slokar, A., Zaffaroni, E. R. (2005). *Manual de derecho penal: parte general.* Buenos Aires: Ediar.
- Alcácer, R. (2004). *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* Lima: Grijley
- Alzamora, M. (1980). *Introducción a la ciencia del derecho* (7ªed.). Lima: Autor.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

- Bustos, J. (1998). Política criminal, principios garantistas materiales y derecho penal de la culpa *Revista Peruana de Ciencias Penales, 6,* 543-555.
- Bustos, J. (2004). *Obras completas. Tomo I: derecho penal parte general.* Lima: Ara.
- Bustos, J. (2004). *Obras completas. Tomo II: control social y otros estudios.* Lima: Ara.
- Diez, J. L. (2002), El derecho penal simbólico y los efectos de la pena *Revista Peruana de Ciencias Penales, 11,* 551-579.
- Díez, J. L. (2005). La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control *Revista Peruana de Ciencias Penales, 17,* 125-163.
- Eser, A. (1998). Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de al víctima *Revista Peruana de Ciencias Penales, 6,* 555-615.
- Gálvez, T. A. & Rojas, R.C. (2011). *Derecho penal parta especial (Introducción a la parte general).* Lima: Jurista.
- Hurtado, J. (2005). *Manual de derecho penal: parte general I* (3ªed.). Lima: Grijley.
- Jakobs, G. (1997). *Strafrecht allgemeniner teil. Die grundlagen und die zurechnungslehre* [Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación] (2ªed.). Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, G., Polaino, M. & Polaino-Orts, M. (2010). *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social.* Lima: Ara.
- Larrauri, E. (2006). Populismo punitivo… y cómo resistirlo *Revista Peruana de Ciencias Penales, 18,* 175-193.
- Mayo, B. (2005). Derecho penal y tutela de bienes jurídicos colectivos *Revista Peruana de Ciencias Penales, 17,* 287-377.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- Mazuelos, J. F. (2003). El bien jurídico penal. En A. Paredes (Ed.), *Estudios penales. Libro Homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias* (pp. 195-215). Lima: San Marcos.
- Perú, Congreso de la República. (2012) *La legislación y los héroes nacionales.* Recuperado de http://www.congreso.gob.pe/museo/documentos/legislacion_heroes-16-07-2012.pdf
- Portela, J. G. (2006). *La justicia y el derecho natural.* (2ªed.). Arequipa: Universidad Católica San Pablo.
- Regis, L. (2010) *Bem jurídico-penal e constituição* [Bien jurídico-penal y constitución]. Lima: Ara
- Rojas, F. (2013). *Derecho Penal: estudios fundamentales de la parte general y especial.* Lima: Gaceta Jurídica.
- Roxin, C. (1997). *Strafrecht allgemeniner teil, band I: grundlagen. Der aufbau der verbrechenslehre* [Derecho penal parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito] (2ªed.). Madrid: Civitas.
- Torres, A. (2001). *Introducción al derecho: Teoría general del delito* (2ªed.). Lima: Idemsa. Bogota: Temis.
- Urquizo, J. (1998). El bien jurídico *Revista Peruana de Ciencias Penales, 6,* 805-830.
- Villavicencio, F. (2006/2009). *Derecho penal: parte general* (3ª Reimpresión). Lima: Grijley.

6. Bibliografia

- Gálvez, T. A. & Rojas, R.C. (2011). *Derecho penal parta especial (Introducción a la parte general).* Lima: Jurista.
- Hurtado, J. (2005). *Manual de derecho penal: parte general I* (3ªed.). Lima: Grijley.
- Perú, Congreso de la República. (2012) *La legislación y los héroes nacionales.* Recuperado de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

http://www.congreso.gob.pe/museo/documentos/legislacion_heroes-16-07-2012.pdf

- Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española* (22.ª ed.). Consultado en www.rae.es
- Villavicencio, F. (2006/2009). *Derecho penal: parte general* (3ª Reimpresión). Lima: Grijley.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis