

El bien jurídico penal y su estándar probatorio en los delitos electorales

Hugo Morales Valdés*

SUMARIO: I. Premisas constitucionales. II. El concepto de “bien jurídico penal”. III. Bienes jurídicos individuales, colectivos y sociales. IV. Bien jurídico y dañosidad social. V. Bien jurídico y orden social. VI. Bienes jurídicos, Administración Pública y Derecho Electoral. VII. El derecho a la competencia de autodeterminación popular y el “buen andar” de la Administración Pública. VIII. SENTENCIA Sup-Jdc -1272/2015- Declaración de nulidad. IX. Nulidad y delitos electorales. X. Conclusión.

PALABRAS CLAVE: bien jurídico, administración pública, derecho penal

KEY WORDS: protected legal interest, public administration, criminal law

RESUMEN: La tutela penal de los intereses de la Administración Pública, que instrumentalizan bienes individuales, es absolutamente compatible con el derecho constitucional del ejercicio democrático mediante el voto popular, mismo que confiere a cada individuo un derecho subjetivo a votar y, en esa misma tesitura, la posibilidad y alcance del derecho a sufragar requiere de organización electoral institucional que genera las condiciones necesarias. Por tal motivo, se justifica con plenitud que el legislador encuentre mecanismos de *ultima ratio* que garanticen la eficiencia e imparcialidad, entre otros principios de exigencia electoral para preservar los derechos de libertad de los ciudadanos.

I. PREMISAS CONSTITUCIONALES

Para abordar el tema que nos ocupa, es necesario considerar que cualquier interpretación y aplicación del concepto de “bien jurídico”, debe incorporar la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada en 2011 y del rediseño programático del artículo primero de la Constitución Mexicana. Este nuevo paradigma en materia de derechos humanos permea todo el orden constitucional y legal del

* Presidente de la Comisión Estatal de Derechos Humanos del Estado de Coahuila.

Fecha de recepción: 30 de abril de 2021

Fecha de aceptación: 02 de junio de 2021

Estado y debe considerarse análogo a la concepción moderna de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho, característico de países europeos, donde la promoción de las libertades y la protección de los individuos son los ejes programáticos constitucionales del Estado moderno.

En ese sentido, conviene recordar que el 10 de junio de 2011, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma constitucional en materia de derechos humanos, misma que modificó la denominación del Capítulo I del Título Primero del texto constitucional mexicano, establecido como: “De las garantías individuales”, para decir: “De los derechos humanos y sus garantías”, así como diversos artículos de la parte dogmática de la Constitución Federal, a fin de hacer acorde su contenido al derecho internacional en materia de derechos humanos, cuyas exigencias normativas hacían incompatible el pasado texto constitucional.

En dicha reforma constitucional, se aprobaron diversas modificaciones sustanciales a la Constitución Mexicana, la cuales giraban sobre una idea común relativa al nuevo enfoque sobre los derechos humanos en nuestro país, basado en la autonomía, inviolabilidad y dignidad de todas las personas,¹ cuyo alcance abarca todos los ámbitos que involucran la actividad Estatal: desde la actividad jurisdiccional, el sistema penitenciario, el enfoque educativo, la celebración de tratados internacionales, entre otros.

Por un lado, se creó el denominado bloque de constitucionalidad o convencionalidad, entre las leyes nacionales y los tratados internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano, con especial énfasis en la Convención Americana de Derechos Humanos, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia la Corte Interamericana; el cual ha sido definido doctrinariamente como la unidad inescindible y permanente de derechos fundamentales de fuente constitucional e internacional reconocidos por el ordenamiento jurídico mexicano, caracterizados por estar elevados al máximo rango normativo y, como consecuencia, comparten el mismo valor constitucional, sin que ninguno de ellos tenga una preeminencia formal sobre los otros.²

Por el otro lado, se crearon diversas obligaciones para el Estado mexicano relacionadas con la concepción, interpretación, aplicación y tutela de los derechos humanos a cargo de todas las autoridades mexicanas: administrativas, jurisdiccionales y legislativas. Dichas obligaciones contemplan parámetros de interpretación de las normas jurídicas, de conformidad con la Constitución (interpretación conforme) favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia (principio pro persona); así como la obligación de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos en el ámbito de su competencia.

¹ Contradicción de tesis 293/2011, resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de México, el 3 de septiembre de 2013.

² Astudillo, Cesar, *El bloque y el parámetro de Constitucionalidad en México*, Tirant lo Blanch, México, 2014, p. 51.

De igual forma, se establecieron los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad que determinan el contenido y alcance de estos; y, finalmente, la correlativa obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en caso de transgresión.

El nuevo paradigma enfocado en los derechos humanos y su obligatoriedad, obedeció a diversas cuestiones históricas, compiladas en las siguientes:³

- a) Las diversas sentencias condenatorias que ha sufrido el Estado mexicano por parte de la CIDH, con especial énfasis en el caso poseído Radilla Pacheco, resuelto en 2009 y su posterior cumplimiento en el expediente varios 912/2010 resuelto por la Suprema Corte de Justicia en México en junio de 2011.
- b) Lo dispuesto en los artículos 1, 2 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, relativos al “deber de respetar los derechos, de adoptar disposiciones de derecho interno y normas de interpretación más favorables”.
- c) Lo suscrito por el Estado mexicano en el Convenio de Viena sobre el Derecho de Tratados, específicamente en las disposiciones relativas a los artículos 26 y 27: “lo pactado obliga” y “no invocación del derecho interno como incumplimiento del tratado”, vigente en nuestro país desde el 27 de enero de 1980.
- d) La aceptación expresa por parte de la Suprema Corte de Justicia en México del control difuso de convencionalidad a partir del artículo 133 de la Constitución Mexicana, en el sentido de que los jueces mexicanos están obligados a observar, garantizar y respetar el contenido de los tratados internacionales una vez que formen parte del sistema jurídico interno y de no ir en contra de su contenido, objetivo y fin (expediente Varios 912/2010).

Por su parte, en el proceso legislativo que dio origen a la reforma constitucional, se recalcó la necesidad de plantear un enfoque con perspectiva de derechos humanos en la Constitución mexicana en razón de los diagnósticos elaborados por la Oficina del Alto Comisionado de la ONU en México. Dichos diagnósticos abordan la situación de los derechos humanos en nuestro país, cuyo contenido recomendaba directamente reformar el texto constitucional para incorporar el concepto de derechos humanos como eje fundamental y programático del Estado mexicano. Adicionalmente, recomendaba otorgar a los tratados de derechos humanos una jerarquía superior a los ordenamientos federales y locales, con el señalamiento expreso de que todos los poderes públicos se someterán a dicho orden internacional cuando este confiera mayor protección a las personas que la Constitución o los ordenamientos derivados de ella.⁴

³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, IID-UNAM, México, 2011, p. 341.

⁴ Exposición de motivos de la Iniciativa con proyecto de reforma presentado por el Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática en la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión,

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia Mexicana, en el mismo sentido, señaló que en los dictámenes de las Comisiones de ambas Cámaras del Congreso de la Unión que participaron en el proceso de reforma, se apreciaba que las modificaciones tuvieron la intención de reconocer el carácter constitucional de todas las normas de derechos humanos, sin importar que su fuente sea la propia Constitución o los tratados internacionales, a efecto de que las autoridades mexicanas las utilicen para interpretar el sistema normativo mexicano, erigiéndose, así como parámetro de control de regularidad constitucional.⁵

En ese sentido, el Máximo Tribunal Constitucional del país, determinó que el proceso de reforma tuvo las siguientes intenciones y finalidades: (i) se buscaba que los derechos humanos, independientemente de que su fuente sea la Constitución o los tratados internacionales, conformaran un solo catálogo de rango constitucional; (ii) se pretendió que el conjunto de los derechos humanos vincule a todas las autoridades del Estado mexicano a interpretar no solo las propias normas sobre la materia, sino toda norma o acto de autoridad dentro del ordenamiento jurídico mexicano, erigiéndose como parámetro de control de regularidad constitucional; y, (iii) se sostuvo que no solo las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos constituyen ese parámetro de regularidad constitucional, sino toda norma de derechos humanos, independientemente de que su fuente sea la Constitución, un tratado internacional de derechos humanos o un tratado internacional que aunque no se titule de derechos humanos proteja algún derecho de esta clase.⁶

Lo anterior, en el entendido de que la interpretación del parámetro de regularidad constitucional se debe realizar *de conformidad* con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia, *favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*, lo cual significa la entrada en vigor de dos nuevas técnicas hermenéuticas que sirven como instrumentos de interpretación típicamente constitucional que compensan las insuficiencias que los métodos clásicos de interpretación producen en el carácter vinculante de los derechos humanos frente a las acciones y omisiones del Estado.

El primer instrumento es la interpretación conforme, el cual, se erige como criterio interpretativo que busca agotar todas las posibilidades de encontrar un significado que haga compatibles todas las normas y disposiciones de naturaleza legal con el texto fundamental y con los tratados internacionales en materia de DDHH ratificados por el Estado mexicano, que les permita subsistir en el ordenamiento jurídico de

el cual integra el Diario de Debates de la Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011. Consultable en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lxi/117_DOF_10jun11.pdf

⁵ Apartado A de la Contradicción de tesis 293/2011, denominado “La reforma constitucional en materia de derechos humanos”, resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de México, el 3 de septiembre de 2013, p. 41.

⁶ *Ibidem*, p. 45.

manera previa al juicio de invalidez que puede ser realizado en sede jurisdiccional, buscando armonizar las normas de ambos rangos de forma copulativa y conciliadora.⁷

El segundo instrumento es el principio *pro persona*, el cual, se define como una técnica de interpretación en virtud de la cual debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos. En otras palabras, dicho principio permite, por un lado, definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y, por otro, otorga un sentido protector a favor de la persona humana, pues ante la existencia de varias posibilidades de solución a un mismo problema, obliga a optar por la que protege en términos más amplios.⁸

Por su parte, los criterios que determinan la esencia de los derechos fundamentales también forman parte sustancial del nuevo paradigma constitucional y programático del Estado Mexicano, en el sentido de que los derechos humanos deben concebirse con las siguientes características: i) universales: que son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad; en esta medida, son inviolables, lo que no quiere decir que sean absolutos, sino que son protegidos porque no puede infringirse la dignidad humana; ii) interdependientes e indivisibles: que están relacionados entre sí, esto es, no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados;⁹ y iii) progresivos: que implican tanto gradualidad como progreso. La gradualidad se refiere a que la efectividad de los derechos no va a lograrse de una vez y para siempre, sino que se trata de un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazo; y, el progreso patentiza que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar, lo cual, conlleva una prohibición de regresividad que indica que, una vez logrado el avance en el disfrute de los derechos, el Estado no podrá disminuir el nivel alcanzado.¹⁰

Con esto, más allá de un cambio terminológico en nuestro texto fundamental se trata de un cambio conceptual del sistema jurídico mexicano que tiene como consecuencia el fortalecimiento de los derechos de las personas y la protección de su dignidad frente a la relación que existe, no solo con el Estado, sino también entre particulares; es decir, en las relaciones de desigualdad que se presentan en

⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, pp. 365-368.

⁸ Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez-Senado de la República, 2014, p. 75.

⁹ Tesis I.4º.A. 9K (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, abril de 2013. Rubro: "PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. EN QUÉ CONSISTEN".

¹⁰ Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica*, La Reforma Constitucional de Derechos Humanos, Un Nuevo Paradigma, IIJ-UNAM, México, 2011, p. 135.

las sociedades contemporáneas, y que conforman posiciones de privilegio para una de las partes, pueden conllevar la posible violación de derechos fundamentales en detrimento de la parte más débil.¹¹

En ese contexto, este nuevo paradigma en materia de derechos humanos que permea en la actualidad el orden constitucional y legal en nuestro país, debe considerarse análogo a la concepción moderna de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho. Dicha concepción moderna es característica de países europeos, donde la promoción de las libertades y la protección de los individuos son los ejes programáticos constitucionales del Estado moderno. Así, procuran remover los obstáculos económicos y sociales que impiden o dificultan el pleno desarrollo de la persona humana, favoreciendo la participación de todos los ciudadanos en la organización política, económica y social del país.¹²

Si bien la Constitución mexicana no contempla explícitamente la conceptualización de nuestro régimen de gobierno como un Estado Social y Democrático de Derecho, como sí se encuentra reconocido en los ordenamientos constitucionales de Alemania,¹³ Italia¹⁴ o España,¹⁵ lo cierto es que ello no es óbice para dimensionarlo así. Lo anterior debido al contenido sustancial de la reforma constitucional en comentario, el artículo primero de la Constitución Federal y las obligaciones y principios que de este emanan así como la interpretación evolutiva de los derechos humanos; la cual, conlleva la posibilidad de que se pueden contemplar más derechos humanos, ampliar los ya existentes o ampliar el ámbito de protección de los mismos.¹⁶

Como lo recalca el constitucionalista mexicano Carpizo, el Estado social se fundamenta en el sistema democrático y en la participación de los grupos sociales, se estructura para intervenir en la economía y en diversos aspectos de la vida social en interés del bien común y en defensa de los derechos humanos, individuales, sociales y de solidaridad; es un Estado de prestaciones y redistribuidor de la riqueza producida para asegurar a toda la población en general y, en forma especial, a los sectores más

¹¹ Jurisprudencia 1ª/J. 15/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, octubre de 2012. Rubro: "DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES".

¹² Véase Constitución Italiana (art. 3) y Española (art. 9).

¹³ Art. 20: la República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social.

¹⁴ Art. 3: Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales. Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

¹⁵ Art. 1: España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

¹⁶ Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Evolutiva de los Derechos Fundamentales*, Biblioteca Jurídica Virtual del IJ-UNAM, México, 2013, p. 145.

desprotegidos, un mínimo de satisfactores económicos, sociales y culturales acordes con la dignidad humana.¹⁷

Por tanto, es únicamente a través del aseguramiento de todos los derechos humanos como unidad que se presupone un Estado social y democrático de derecho, pues no existe libertad política si se vive en la pobreza, desempleado y sin prestación social alguna y la seguridad no se agota en su aspecto jurídico, sino que es indispensable que se complete en el económico y en el social. Lo anterior, sin que dichos aspectos se lleven al extremo, es decir, no implica que el Estado deba perseguir que todas las personas sean iguales, imposibilidad real, social y biológica, sino que la igualdad, derecho de carácter individual, sea material en el sentido de equilibrar las desigualdades, al remover las trabas que, de hecho y de derecho, obstruyen el acceso del mayor número de personas a las mejores oportunidades.¹⁸

Así, el nuevo enfoque en materia de derechos humanos que conlleva nuestro sistema normativo, basado en la igualdad, autonomía y la dignidad de las personas, constituye el objetivo programático constitucional del Estado Social y Democrático Mexicano en donde el respeto, protección y promoción de los derechos humanos, abarca todos los ámbitos que involucran tanto la vida social como la actividad gubernamental del Estado frente a los gobernados.

De esta manera, la reforma en derechos humanos y el rediseño del artículo primero han conformado, gradual pero sistemáticamente y en conjunto con las ideas políticas y sociales contemporáneas, los principios que definen las normas y el diseño social y programático del Estado constitucional mexicano, propio de las democracias constitucionales modernas.¹⁹

Por lo tanto, ya sea en el campo de la administración pública, mediante el desarrollo de programas de gobierno o políticas públicas con enfoque humanista; en la actividad legislativa del Estado, en la discusión y aprobación de leyes, como es el caso de ordenamientos legales encaminados a prevenir, investigar y sancionar la tortura, la trata de personas o el acceso de las mujeres a una vida libre de violencia; y, finalmente, en la rama jurisdiccional, en la interpretación y aplicación de las normas legales para la resolución de controversias jurídicas, dirigidas a sancionar y reparar las violaciones de los derechos humanos. En todos los ámbitos anteriormente mencionados de la vida estatal vemos desarrollado el carácter programático del Estado mexicano, basado en la dignidad y en la autonomía de las personas.

¹⁷ Carpizo, Jorge, "El estado de los derechos de la justicia social", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 14, enero-junio de 2012, p. 6.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 34-40.

¹⁹ H. Lara Ponte, Rodolfo, "La reforma de derechos humanos de 2011, hacia el Estado Constitucional", en Carbonell Sánchez, Miguel, Fix Fierro, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y vida universitaria, Estudios en Homenaje a Jorge Carpizo*, IIJ-UNAM, México, 2015, p. 75.

II. EL CONCEPTO DE “BIEN JURÍDICO PENAL”

Si bien, el concepto de bien jurídico es insustituible en el campo de la dogmática penal, como instrumento de *extrema ratio*, también se trata de una figura jurídica que, sobre todo, liga al Derecho con la realidad desvinculando a este último de la atmósfera ético-política.²⁰ Por ello, Roxin ha manifestado con acierto que hablar de “bienes jurídicos equivale a hablar de estados valiosos, perfilables, materializados en la realidad y por eso susceptibles de menoscabo mediante el actuar externo”;²¹ De lo cual, surge la afirmación de que “no hay norma penal sin bien jurídico que proteger”.²² En este sentido, el bien jurídico, no puede ser concebido como la *ratio legis* de la norma porque no solo es inexistente una norma penal sin objetivo, sino que además nunca será promulgado por el legislador precepto penal alguno que no persiga un fin.²³ Así, se asegura que, son distintos los conceptos de bien jurídico y el de objetivo de la tutela penal. El objetivo de la ley penal no se agota en la sola tutela de bienes jurídicos, sino comprende la finalidad (preventiva, punitiva, reeducadora) para llegar a la conclusión de que no puede ser identificado y confundido con el bien jurídico. Además, confundir el bien jurídico y objetivo equivale a no distinguir entre el objetivo y el objeto de la tutela, es decir, un objeto final con una “situación” social.²⁴

Independientemente de la razón fundante de la tutela penal, históricamente, al concepto de bien jurídico se ha atribuido la función de limitar la acción represiva del Estado mediante la instrumentalización del conjunto normativo penal²⁵ en beneficio

²⁰ Bettiol, Giuseppe, *L'odierno problema del bene giuridico*, en *Scritti Giuridici*, t. II, Padova, 1966, p. 917; Bettiol, Giuseppe, *Diritto Penale (Parte Generale)*, Palermo, 1955, p. 141.

²¹ Roxin, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Traducción de la séptima edición alemana al idioma Español por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, 2000, p. 449.

²² Riz, Roland, *Lineamenti di Diritto Penale. Parte Generale*, Padova, 2001, p. 78.

²³ Ramacci, Fabrizio, *Corso di Diritto Penale*, Torino, 2001, p. 35; Roxin, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Traducción de la séptima edición alemana al idioma Español por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González DE Murillo, Madrid, 2000, p. 449; Stella, Federico, *La Teoria del Bene Giuridico e i C.D. Fatti inoffensivi conformi al tipo*, en *Riv. it.*, nueva serie – año XVI, 1973, pp. 11 y ss.; Moccia, Sergio, *De la tutela de bienes a la tutela de las funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos lineales*, en *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, edición a cargo de Jesús María Silva Sánchez, Barcelona, 1997, p. 121.

²⁴ Riz, Roland, *Il Consenso dell'Avente Diritto*, Padova, 1979, pp. 78 y 79.

²⁵ Considerar la doble función del bien jurídico, como límite o como razón fundante, ha traído como consecuencia un tensión interna del concepto en estudio. Pulitanò, Domenico, *La teoria del bene giuridico fra codice e costituzione*, en *LQC*, 1981, p. 114; Asimismo, Pulitanò, Domenico, *Politica criminale*, en *Diritto Penale in Trasformazione* a cargo de Giorgio Marinucci y Emilio Dolcini, Milano, 1985, pp. 12 y ss.).

del individuo.²⁶ Con lo cual, el refuerzo y preservación del sistema no es compatible con el significado de la reacción punitiva, aunque las metas “óptimas” constitucionales resultado de la interpretación de la Ley Fundamental puede llegar a ser justificación para la criminalización de hechos;²⁷ Estando la penalización de estos sujeta a diversas limitaciones que bien son compatibles con las funciones tradicionalmente asignadas al bien jurídico, pero desde una perspectiva formal que vincula al legislador y al intérprete en favor de la certeza jurídica e impulsando la despenalización de conductas como mera obligación de un deber.²⁸

En México, al igual que en otras latitudes, el concepto de *Bien Jurídico* ha sido definitivamente adoptado en su espectro más abstracto por la doctrina,²⁹ por la legislación penal³⁰ y, en consecuencia, por los tribunales.³¹ No obstante, el enfoque

²⁶ A favor de una postura individualista del benefactor de la instrumentalización del sistema sancionatorio penal. Véase Nuvolone, Pietro, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, p. 49.

²⁷ La incriminación de hechos con sustento en el objetivo constitucional, sin embargo, no puede carecer de claridad convirtiéndose como la ha calificado Pulitanò, en una ambigua expresión. Véase Pulitanò, Domenico, *La teoria del bene giuridico fra codice e costituzione*, en *LQC*, 1981, p. 117.

²⁸ Así, Fiore, Carlo, *Decodificazione e sistematica dei beni giuridici* en *Beni e Tecniche della tutela penale Materiali per la riforma del Codice* a cargo de Centro per la Riforma dello Stato, Milano, 1987, pp. 73-78; Spasari, Mario, *Fatto e reato nella dommatica del codice e della Costituzione*, en *Studi in Onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e Riforma del Diritto e della Procedura Penale*, vol. I, edición a cargo de Bassiouni, M. Cherif, Latagliata. Angelo Raffaele, Stile M. Alfonso, Milano, 1991, pp. 49 y ss.; Asimismo, Moccia. Sergio, *Aspetti problematici del rapporto tra funzione della pena e struttura dell'illecito* en *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del Codice* a cargo del Centro per la Riforma dello Stato, Milano, 1987, p. 102; Insolera. Gaetano, *Sulle diverse forme organizzate di criminalità*, en *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del Codice* a cargo del Centro per la Riforma dello Stato, Milano, 1987, p. 150.

Con un soporte medianamente sociológico, aceptando que el bien jurídico tiende a proteger las relaciones sociales por medio del ejercicio democrático de la actividad punitiva. Véase Hormazábal Malarée, Hernán, en Intervención personal en el seminario de fecha 8 y 9 de octubre de 1983 auspiciado por el Instituto de Filosofía de la Universidad de Urbino, en *DD.PP.*, 1994, p. 160; Gallo, Ettore, *Una politica per la riforma del codice penale*, en *LQC*, 1981, p. 50; Gamberini, Alessandro, Insolera, Gaetano, *Conflitto sociale, nuovo codice penale e processo di valorizzazione*, en *LQC*, 1981, p. 288.

En contra de esta postura, considerando que el legislador es libre de interpretar las necesidades de tutela presentes en la sociedad, por lo que, según el autor, no es posible excluir la tutela de determinado bien, véase Romano, Mario, *Commentario Sistematico del Codice Penale*, t. I, Milano, 1987, pp. 264 y ss.

²⁹ González-Salas Ocampo, Raúl, *La teoría del bien jurídico en el Derecho Penal*, Cd. López Mateos, México, 1995.

³⁰ Por ejemplo, la fracción I del artículo 52 del Código Penal Federal dispone que las penas y medidas de seguridad deberán ser fijadas tomando en cuenta la magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto.

³¹ Aunque a juicio del autor, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha omitido establecer un precedente claro sobre el concepto y alcances del “bien jurídico penal”, baste con referir el pie de página anterior como una ineludible referencia práctica del término en estudio en la interpretación de las normas jurídico-penales mexicanas y la aplicación de penas.

práctico que proporciona una posición constitucional como es observada en Italia o, incluso, España, se ha visto menguada debido a que el sustento constitucional programático del Estado, no se encontraba absolutamente establecido en la Constitución Mexicana, hasta el 10 de junio de 2011.

De ahí que a pesar de que el artículo 40 de la propia Carta Magna consigna que la conformación política del país es Republicana, representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; Lo cierto es que la Ley Fundamental Mexicana carecía de un artículo que concretamente establezca el objetivo del Estado y los límites que programáticamente restringían el poder punitivo del estado desde un punto de vista sustantivo.

Ello se sostiene, pues aunque los primeros artículos de la Constitución mexicana contenían diversos derechos subjetivos constitucionalizados e institucionalizados bajo el rubro *Garantías Individuales*, lo único cierto es que esta carecía de disposición que expresamente manifieste el origen y objetivo de la potestad legal del Estado para hacer efectiva la tutela de este sobre los gobernados.

A pesar de ello, la acertada reforma constitucional referida, permitió la incorporación de diversos principios que permiten fundamentar el objetivo programático del Estado mexicano, desde el artículo 1º y permitiendo reconocer el valor constitucional al concepto de *bien jurídico penal* que establece la Constitución en el artículo 22 del máximo ordenamiento federal, desde el 18 de junio de 2008; mismo que reconoce la pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado por la conducta.

III. BIENES JURÍDICOS INDIVIDUALES, COLECTIVOS Y SOCIALES

Los bienes individuales son como su denominación reconoce, aquellos intereses correspondientes al hombre en su particularidad; en segundo término, los bienes jurídicos colectivos serían aquellos que tendrían relación con la protección jurídica de intereses de grupo como unión de individuos caracterizados por un común y particular interés como pueden ser aquellos pertenecientes a habitantes de un cierto territorio o pequeñas formaciones sociales bien definidas. Finalmente, los que han llamados intereses sociales serían los mismos intereses individuales pero en un aglutinamiento de masa personificado en la sociedad.³² Es decir, en

³² Asimismo, Mazzacuva. Nicola, *Modello costituzionale di reato. Le "definizioni" del reato e la struttura dell'illecito penale*, en *Introduzione al Sistema Penale* a cargo de Insolera, Gaetano, Mazzacuva. Nicola, Pavarini, Massimo, Zanotti, Marco, vol. I, Torino, 2000, p. 90.

En España Quintero ha denominado a estos *intereses sociales* como *intereses generales*. Véase Quintero Olivares. Gonzalo, *Delitos contra intereses generales o derechos sociales*, en *RFDUCM*, vol. Monográfico núm. 6, 1983, pp. 569 y ss.; Hernández Plasencia, José Ulises, *Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿curso de leyes?*, en *ADPCP*, 1994, p. 119.

Por otro lado, algunos autores comentan que los bienes jurídicos colectivos son consecuencia de una

los últimos dos casos el punto en común es una suma de bienes jurídicos individuales.³³

Una vez identificado lo anterior, se puede reconocer que algunos delitos lesionan intereses individuales o colectivos frecuentemente reconocidos en la Constitución en contraste con la persistencia de la estructura social que, si bien privilegia intereses individuales, se caracteriza porque la continua perpetración de tales hechos criminalizados tienden a privar peligrosamente al cúmulo total en su *utilidad social*. De esta manera, recae un daño a los intereses de un grupo social en los intereses individuales del componente, en los que no se debe considerar bien digno de tutela penal *la dignidad humana*.³⁴ Por lo tanto, también los bienes jurídicos colectivos pueden

cláusula social que no defiende solo al individuo. Véase Luzón Peña, Diego Manuel, *Alcance y función del Derecho penal*, en ADPCP, 1989, p. 47; Fabian Caparros, Eduardo, *Blanqueo de capitales y principio de ofensividad*, ejemplar mecanografiado, Salamanca, 2003, p. 243.

En el mismo sentido, pero considerando que el objeto de la norma, en sentido final, es también la realización de los intereses colectivos comprendidos en el concepto de defensa social. Véase Nuvo-lone. Pietro, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, pp. 231 y ss.

Otros, como Mata, consideran una categoría intermedia de delitos de peligro que protegería bienes jurídicos con la doble característica de ser individuales (o indivisibles) y colectivos, haciendo especial referencia a aquellos que tienen conexión con la seguridad colectiva. Véase Mata y Martín, Ricardo M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, 1997, pp. 7 y ss.

³³ En este sentido, en la doctrina penal española, sin necesariamente distinguir entre bienes colectivos y sociales, Álvarez afirma que todo bien jurídico colectivo es constituido por una suma de bienes jurídicos sobre la cual los individuos que componen el ente colectivo no tienen disposición de ellos sin afectar la disposición de otros individuos sobre los mismos. Por lo cual, además reconoce que la ofensa se dirige a la colectividad y no al individuo mismo. Véase Pérez Álvarez. Fernando, *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, Barcelona, 1991, pp. 43 y ss.

Por su parte, otros autores consideran, explícitamente solo los bienes jurídicos individuales y colectivos en sus clasificaciones. Véase Baumann. Jürgen, - Weber. Ulrich, - Mitsch. Wolfgang, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Biefeld, 2003, p. 13; Doval Pais. Antonio, *Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios*, en CDJ, Madrid, 1995, p. 29; Escobar Marulanda, Juan Gonzalo, *El delito de intruismo y el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, en ADPCP, 1994, p. 97.

Explícitamente se ha considerado la existencia de bienes "comunitarios" y "colectivos". Véase, Alcácer Guirao, Rafael, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, Barcelona, 2003, p.

³⁴ En este sentido, la dignidad humana no es un bien jurídico. Pues como señala Roxin adecuadamente, este concepto ha sido un buen pretexto para la interpretar que vulneran a la dignidad humana todas las acciones burdamente contrarias a las buenas costumbres, no describiéndose un bien jurídico específico. Véase Roxin, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Traducción de la séptima edición alemana al idioma Español por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, 2000, p. 450.

Pese a esto, sin embargo, no son pocos los intentos que ha habido en sustentar diversos delitos en la idealización de la *dignidad de la persona humana* o *dignidad de la persona*. Para un ejemplo de la forma con la cual el concepto de bien jurídico en equiparación al valor dignidad. Véase Palazzo, Francesco Carlo, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, en *La Tutela Penale della Persona. Nuove Frontiere, difficili equilibri*, edición a cargo de Kaura Fioravanti, Milano, 2001, pp. 408 y ss., así como 420 y ss.; Mantovani. Ferrando, *Diritto Penale Parte Generale*, Padova, 2001,

p. 199; Mantovani. Ferrando, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, en *Riv. it.*, nueva serie – año XL, 1997, p. 317; Mantovani. Ferrando, *Principio di offensività tra dogmatica e politica criminale*, en *Itinerari di diritto Penale*, colección dirigida por Fiandaca. Giovanni, Musco. Enzo, Padovani. Tullio y Palazzo. Francesco, t. 4, a cargo de Stefano Canestrani, Torino, 1998, p. 249; Mantovani. Ferrando, en Intervención personal del “XIX Convegno Enrico de Nicola” titulada *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, en *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, redacción a cargo de Camilla Filippi, Milano, 1996, p. 94 y; Mantovani. Ferrando, *Il Problema della Criminalità*, en *Collana di Scienza Criminali* dirigida por Giacomo Canepa y Ferrando Mantovani, Padova, 1984, pp. 568 y ss. Más allá de la crítica de Roxin, a la concepción de la dignidad humana como un valor ligado a la moral o buenas costumbres, se debería decir que otro elemento que comprueba que la dignidad humana no es un bien jurídico, consiste en que una violación no ningún hecho criminal puede disminuir o eliminar la dignidad humana. Por ejemplo: la violación de mujer (que limita su libertad sexual) no transforma a dicha persona en indigna o carente de dignidad, más bien el hecho criminal ha limitado su libertad sexual. En este sentido, el valor dignidad es una condición “óptima” del hombre, no un interés tutelable. Con esta misma postura de reconocimiento la ofensa final de bienes dados individualizables, incluso hablando de los llamados emergentes que más bien son intereses ya dados y tradicionales protegidos ante nuevas formas de riesgo, tomando como premisa que el centro de la tutela jurídica debe ser la persona. Véase Pignatelli. Amos, *Tutela e garanzia in tema di riforma dei reati associativi en Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del Codice* a cargo del Centro per la Riforma dello Stato, Milano, 1987, pp. 124-135, concretamente en la p. 129; Asimismo, Grosso. Carlo Federico, *Interessi protetti e tecniche di tutela*, en *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del Codice* a cargo del Centro per la Riforma dello Stato, Milano, 1987, p. 169; Eusebi. Luciano, *Beni penalmente rilevanti e tecniche di procreazione*, en *La Tutela Penale della Persona. Nuove Frontiere, difficili equilibri*, Milano, 2001, pp. 39-55.

En el mismo sentido, pero denominando a los bienes jurídicos ya dados que pueden entenderse como en contra de la Administración Pública como intereses gestionados. Véase Padovani. Tullio, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, en *DD.PP.*, 1984, pp. 116 y 117.

Asimismo, pero reconociendo el buen andar de la Administración Pública como digno valor de tutela. Ver, Mazzacuva. Nicola, *Modello costituzionale di reato. Le “definizioni” del reato e la struttura dell’illecito penale*, en *Introduzione al Sistema Penale* a cargo de Insolera. Gaetano, Mazzacuva. Nicola, Pavarini. Massimo, Zanotti. Marco, vol. I, Torino, 2000, p. 90; Donini. Massimo, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 157.

Por otro lado, aceptando la institucionalización del bien jurídico orden público como digno de protección. Véase Moccia. Sergio, *Aspetti problematici del rapporto tra funzione della pena e struttura dell’illecito* en Modona. Guido Neppi, *Criminalità organizzata e reati associativi en Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del Codice* a cargo del Centro per la Riforma dello Stato, Milano, 1987, pp. 107-122; Insolera. Gaetano, *Sulle diverse forme organizzate di criminalità*, en *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del Codice* a cargo del Centro per la Riforma dello Stato, Milano, 1987, pp. 149 y ss.

Reconociendo que los bienes llamados emergentes son interés tutelados, pero únicamente afrontados a nuevos factores de riesgo, pero aceptando la tutela de funciones de la Administración Pública. Véase Padovani. Tullio, *La scelta delle sanzioni in rapporto alla natura degli interessi tutelati en Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del Codice* a cargo del Centro per la Riforma dello Stato, Milano, 1987, p. 95; asimismo Moccia, Sergio, *De la tutela de bienes a la tutela de las funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos lineales*, en *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, edición a cargo de Jesús María Silva Sánchez, Barcelona, 1997, p. 118. A favor de la perspectiva individualista de instrumentalización del Derecho Penal. Ver, Pagliaro. Antonio, en Intervención personal del “XIX Convegno Enrico de Nicola” titulada *Lo schema di legge*

ser “lesionados”, aunque es necesario que estén configurados de manera que pueda identificarse el objeto de protección y, en consecuencia, también su perturbación.³⁵ En este sentido, la adhesión a una concepción *personal* del bien jurídico no comporta una renuncia a la tutela de bienes supraindividuales en la medida en que esta sea reconocida como una multiplicación de bienes personales.³⁶ Con lo cual, la manifestación arbitraria o abusiva de la libertad del agente que constituye el hecho criminal,

delega per la riforma metodo di lavoro e principi ispiratori, en *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, redacción a cargo de Camilla Filippi, Milano, 1996, p. 53; Palazzo. C. Francesco, en Intervención personal del “XIX Convegno Enrico de Nicola” titulada *Il principio di offensività come principio di ricodificazione*, en *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, redacción a cargo de Camilla Filippi, Milano, 1996, p. 77; Mantovani. Ferrando, en Intervención personal del “XIX Convegno Enrico de Nicola” titulada *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, en *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, redacción a cargo de Camilla Filippi, Milano, 1996, pp. 92 y ss. y 102 y ss.; Mantovani. Ferrando, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, en *Riv. it.*, nueva serie – año XL, 1997, pp. 311 y ss.

En contra de la postura aquí expuesta, aceptando la existencia de bienes emergentes autónomos. Véase Fiore. Carlo, *Decodificazione e sistematica dei beni giuridici in Beni e Tecniche della tutela penale* *Materiali per la riforma del Codice* a cargo de Centro per la Riforma dello Stato, Milano, 1987, p. 84; Gallo. Ettore, *Una politica per la riforma del codice penale*, en *LQC*, 1981, p. 62; Mantovani. Ferrando, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, en *Riv. it.*, nueva serie – año XL, 1997, pp. 311 y ss.; Pulitanò. Domenico, *Politica criminale*, en *Diritto Penale in Trasformazione* a cargo de Giorgio Marinucci y Emilio Dolcini, Milano, 1985, pp. 33 y ss.; Doval Pais. Antonio, *Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios*, en *CDJ*, Madrid, 1995, p. 39; Doval Pais. Antonio, *Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios*, en *CDJ*, Madrid, 1995, pp. 39 y ss.

Asimismo, tratándose de delitos contra la persona. Ver, Mantovani. Ferrando, *I delitti contro l'essere umano*, en *Studi in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e Riforma del Diritto e della Procedura Penale*, vol. I, edición a cargo de Bassiouni. M. Cherif, Latagliata. Angelo Raffaele, Stile M. Alfonso, Milano, 1991, p. 450.

En concreto en materia económica de intereses generales de relevancia autónoma Pedrazzi. Cesare, *Interessi economici e tutela penale*, en *Bene Giuridico e Riforma della Parte Speciale*, edición a cargo de Alfonso M. Stile, Napoli, 1985, pp. 297-309; Así mismo, concretamente con consideraciones sobre la bancarrota; Cesare. Pedrazzi, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, en *Studi in Memoria di Giacomo Delitala*, t. II, Milano, 1984, pp. 1111-1144.

Aceptando que en los casos de los llamados delitos contra la Administración Pública, estos intereses en realidad son instrumentales de aquellos protectores de individuos y no de verdaderos bienes autónomos del Estado, pero aceptando que en casos como en los de economía pública, de ambiente, del territorio, el objeto de tutela está dirigido al desarrollo de funciones o objetivos político-administrativos, político-sociales y político-económicos. Véase Fiandaca. Giovanni, *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra la elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, en *Le Discrasie Tra Dottrina e Giurisprudenza in Diritto Penale*, edición a cargo de Alfonso M. Stile, Napoli, 1991, pp. 74 y ss.

³⁵ Laurenzo Copello. Patricia, *El resultado en el Derecho Penal*, Valencia, 1992, p. 176.

³⁶ Cavaliere. Antonio, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, en *Costituzione, Diritto e Processo Penale. I Quarant'anni della Corte Costituzionale*, edición a cargo de Glauco Giostra y Gaetano Insolera, Milano, 1998, p. 152.

impedido o removido, aún en referencia a un *bien jurídico colectivo* solo puede ser perseguido o conservado en una plataforma personalista.³⁷

IV. BIEN JURÍDICO Y DAÑOSIDAD SOCIAL

Existe una corriente que sustenta la razón del derecho penal en sancionar aquellas conductas que causen “dañosidad social”, equiparando tal concepto al de bien jurídico, con el pretexto de que la sociedad es la verdadera razón protectora del sistema jurídico y por lo tanto manteniendo que el ofendido por el hecho criminal es el complejo social.³⁸ Sin embargo, dicha postura no es compatible con el concepto de bien jurídico dirigido a la protección de intereses del individuo en contraposición a la ofensa que pudiera generar el delito al complejo social. En este sentido, la identificación del concepto de bien jurídico con la idea de daño social, que no representa un verdadero límite al poder punitivo del Estado, como señala Cavaliere, degrada el principio constitucional de ofensividad a una mera directriz que significa abrir espacios a un derecho de la desobediencia.³⁹

En primer término es importante remarcar que el concepto de bien jurídico es resultado de una doctrina individualista liberal,⁴⁰ con lo cual añadir criterios como el

³⁷ Spasari. Mario, *Diritto Penale e Costituzione*, Milano, 1966, p. 152.

Con una postura totalmente opuesta a la aquí expuesta en la que los intereses colectivos son aquellos que tutela la norma penal, argumentando que cuando un interés privado individual es tutelado en realidad tiene el trato como reconocimiento de un bien público en el sentido de *bien social*. Véase Bettiol. Giuseppe, *Diritto Penale (Parte Generale)*, Palermo, 1955, p. 144.

³⁸ Sobre el punto se han señalado en la parte segunda de este trabajo las teorías de Amelung en Alemania, y en Italia, conjuntamente Fiandaca y Musco. Amelung. Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1972, y Fiandaca. Giovanni, Musco. Enzo, *Diritto penale Parte generale*, Bologna, 2001.

En España, con publicaciones del italiano Moccia, también se ha visto este término. Moccia. Sergio, *De la tutela de bienes a la tutela de las funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos lineales*, en *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, edición a cargo de Jesús María Silva Sánchez, Barcelona, 1997, p. 113; y concretamente este concepto es utilizado en Soto Navarro. Susana, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos en la sociedad moderna*, Granada, 2003, pp. 49 y ss.

En Latinoamérica, Fernández. Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito*, Montevideo, 2004, pp. 152 y 173 y ss.

³⁹ Cavaliere. Antonio, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, en *Costituzione, Diritto e Processo Penale. I Quarant'anni della Corte Costituzionale*, edición a cargo de Glauco Giostra y Gaetano Insolera, Milano, 1998, p. 157.

⁴⁰ Bettiol. Giuseppe, *Bene giuridico e reato*, en *Scritti Giuridici*, Tomo I, Padova, 1966, p. 321; Antolisei. Francesco, *Il problema del bene giuridico*, en Antolisei. Francesco, *Scritti di Diritto Penale*, Milano, 1955, pp. 100 y ss.; Padovani. Tulio, *Diritto Penale*, Milano, 1999, p. 105; Cadavid Quintero. Alfonso, *Introducción a la Teoría del Delito*, Medellín, 1998, p. 111; Alcácer Guirao. Rafael, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, Barcelona, 2003, pp. 71 y ss.

de *dañosidad social* no solo se aleja de posturas identificadas con sus orígenes, que son inquebrantables con el concepto mismo, sino que además parecería responder a exigencias de orden antiformal. En este sentido, Roxin afirma, que la tentativa sustentada en la teoría del daño social, como parte del concepto de bien jurídico, garantizando al Estado las condiciones de convivencia pacífica es cuestionable en dos sentidos. En primer lugar, porque es ciertamente posible sostener la opinión según la cual la salvaguarda de determinados valores, incluso cuando su ofensa no interfiere en la esfera jurídica de personas, puede ser útil para la funcionalización del sistema social, pero deja dudas de si por esta vía exista una verdadera delimitación al poder punitivo. En segundo lugar, cuando se asumen como líneas directivas de la legislación penal las condiciones de existencia del sistema social, se renuncia a la inspiración liberal e individualista de la doctrina del bien jurídico que crea una grave ruptura que no es posible subsanar entre funcionalidad del sistema y el individualismo liberal de la doctrina del bien jurídico.⁴¹

Además, el concepto de *dañosidad social* como medio para evidenciar la ofensividad, en un concreto momento histórico, está sujeto a convalidación de estructuras teleológicas, sociológicas o por lo menos ajenas a criterios ciertos y vinculantes que, en cierta medida, caprichosamente no consiguen respetar el principio de legalidad,⁴² lo cual podría llevar a proteger valores morales, estrategias políticas, o a dar cabida a puntos de vista totalitarios.⁴³ Así, lo cierto es que, por otro lado, la concepción del bien jurídico penal desde una visión individualista, eliminando las presiones sociales tendentes a la inflación del derecho penal, también responde a las renovadas exigencias de tutela, contribuyendo a la transformación *posmoderna* del derecho penal.⁴⁴

⁴¹ Roxin. Claus, *L'evoluzione della politica criminale partire dai progetti alternativi*, en *Metodologia e Problemi Fondamentali della Riforma del Codice Penale*, edición a cargo de Alfonso M. Stile, Napoli, 1981, p. 35; en el mismo sentido Esto es advertido en Berdugo Gómez de la Torre. Ignacio, *Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico*, ejemplar dactilografiado, Salamanca, 1990, p. 2; Nuñez Paz. Miguel Angel, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, Madrid, 1999, p. 204.

⁴² Fiandaca. Giovanni, *L'offensività è un principio codificabile?*, en *Foro it.*, año CXXVI, Volumen CXXIV, Parte Quinta / Monografie e varietà, Roma, 2001, pp. 3 y ss.; Jescheck. Hans-Heinrich, - Weigend. Thomas, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, traducido al Castellano por Miguel Olmedo Cardenete, Granada, 2002, pp. 134 y ss.; Hassemer. Winfried, *Crítica al Derecho Penal de hoy*, traducción al Castellano por Patricia S. Ziffer, Buenos Aires, 2003, pp. 11 y ss.; Hassemer. Winfried, *Crítica al Derecho Penal de hoy*, traducción al Castellano por Patricia S. Ziffer, Buenos Aires, 2003, pp. 11 y ss.; Álvarez García. Francisco Javier, *Bien jurídico y Constitución*, en *CPC*, 1991, p. 12; Barbosa Castillo. Gerardo, - Gómez Pavajeau. Carlos Arturo, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, Bogota, 1996, p. 35.

⁴³ Silva Sánchez, Jesus Maria, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 269.

⁴⁴ Palazzo, Francesco Carlo, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, en *La Tutela Penale della Persona. Nuove Frontiere, difficili equilibri*, edición a cargo de Kaura Fioravanti, Milano, 2001, p. 402.

V. BIEN JURÍDICO Y ORDEN SOCIAL

Una vez expuesto lo hasta ahora desarrollado, bien podría discutirse la legitimidad de los delitos del orden social con relación a la ofensa del orden público, pues este concepto pareciera, al igual que el de tranquilidad pública, ser demasiado abstracto y general consiguiendo que el bien jurídico se convierta en una forma residual y perdiera su verdadero significado de interés protegido por la norma.⁴⁵ No obstante, esta clasificación, no es tan amplia como se pudiera pensar si se toma en consideración que la tarea asignada al Estado de remover los obstáculos de orden económico y social, faculta a este, por medio del legislador, a criminalizar ciertos hechos que obstaculizan el orden social, como una clara instrumentalización para la protección de intereses individuales que se masifican,⁴⁶ como la única salida democrática a la tutela de ellos. Por ejemplo, el peligro común que verifica la objetiva lesión, en algunos delitos como son aquellos contra la incolumidad pública, aparentemente no se manifiesta, sin embargo, subsiste el mismo respecto a un número indefinido de personas o cosas.⁴⁷

Lo anterior, no obstante, no autoriza a la autoridad a que, discrecionalmente, tipifique conductas bajo el argumento funcional de los objetivos constitucionales,⁴⁸ pues en los términos en que se ha venido exponiendo, el legislador se encuentra limitado a la protección de valores de significancia constitucional. Así mismo, en el mismo contexto, no se exige el cumplimiento del principio de ofensividad, que responde en concreto, a que la conducta típica debe lesionar o, por lo menos, po-

⁴⁵ Con una exposición de problemas resultado de argumentar en algunos delitos el interés autónomo de orden público y tranquilidad pública, así como exigiendo el respaldo de estas figuras en la instrumentalización de bienes individualizables, aunque *constitucionalmente reconocidos* como lo hacía Bricola. Ver, Fiore. Carlo, *L'ordine pubblico tra codice penale e leggi eccezionali*, en *Bene Giuridico e Riforma della Parte Speciale*, edición a cargo de Alfonso M. Stile, Napoli, 1985, pp. 279-292.

⁴⁶ Fiore. Carlo, *L'ordine pubblico tra codice penale e leggi eccezionali*, en *Bene Giuridico e Riforma della Parte Speciale*, edición a cargo de Alfonso M. Stile, Napoli, 1985, p. 292.

⁴⁷ Zerboglio. Adolfo, *Delitti contro la pubblica incolumità* en Altavilla – Rabboni – Florian – Gavazzi – Giuriati – Manfredino – Olivieri – Viazzi – Zerboglio, *Trattato di Diritto Penale*, vol. VIII, Milano, 1916, pp. 5 y ss.

En este contexto, la seguridad de los ciudadanos en los delitos contra la incolumidad representa un hecho objetivo y no una preocupación indicada por la palabra tranquilidad. Véase Zerboglio. Adolfo, *Delitti contro la pubblica incolumità* en Altavilla – Rabboni – Florian – Gavazzi – Giuriati – Manfredino – Olivieri – Viazzi – Zerboglio, *Trattato di Diritto Penale*, Volumen VIII, Milano, 1916, p. 4.

⁴⁸ Esta exagerada tendencia, no solo puede llegar a ser un punto de apoyo a un Derecho Penal de la “obediencia” exagerada dirigida a la penalización de conductas en función de la necesaria gestión de circunstancias objetivas valiosas, que sin lugar a dudas, son importantes por el interés humano de satisfacción y no por su cualidad misma. En el sentido opuesto a esta crítica, considerando que los delitos ambientales en gran medida obedecen a una modalidad de gestión del ambiente por parte de la Administración Pública. Véase Giunta. Fausto, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: Tutela di beni o tutela di funzioni*, en *Riv. it.*, nueva serie – año XL, 1997, pp. 1097-1123.

ner en peligro idóneo de ofensa el interés tutelado por el legislador en la norma penal.⁴⁹

VI. BIENES JURÍDICOS, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO ELECTORAL

En virtud de los criterios que se han venido exponiendo, mismos que ven el bien jurídico desde una perspectiva constitucional como un límite al poder punitivo del Estado, podría argumentarse la posibilidad de que algunas normas penales protegieran intereses del Estado o, en todo caso, a la Administración Pública como órgano de este. Sobre este punto, sin lugar a dudas se afirma que, el Estado y, a manera de ejemplo, la Administración Pública como órgano de él, deberían perseguir los objetivos programáticos constitucionales y no estos últimos perseguir los intereses estatales. Afirmar que los delitos contra la Administración Pública, aún aquellos de interés privado, constituyen una lesión al prestigio y dignidad del Estado como unidad viviente suprema; así como, que las necesidades humanas son posiblemente satisfechas únicamente en segundo término;⁵⁰ ello es equivalente a olvidar que la Administración Pública (en sentido amplio)⁵¹ es resultado de una organización política y jurídica, por y para el hombre.

⁴⁹ Por cuanto hace a los delitos contra el orden público, existen autores como Pagliaro, que sin eliminar del todo la concreción del principio de ofensividad, aceptan que la alarma social es relacionable a la forma típica de ofensa, contribuyendo este concepto a determinar el completo modelo de bien jurídico protegido.

Por otro lado, para el autor, la alarma social representa el hecho mismo de la ofensa y no la tranquilidad en forma inversa pues el último concreto no está en grado material de precisar con exactitud la ofensa. Véase Pagliaro. Antonio, *Sulla tutela penale dell'ordine pubblico nella legislazione dell'emergenza*, en *Studi in Memoria di Giacomo Delitala*, t. II, Milano, 1984, pp. 1034 y ss.

Pese a sus las consideraciones, que pueda dar a lugar una discusión en los términos antes expuesto, lo cierto que la crítica realizada por Pagliaro es correcta, pero su posición tampoco escapa de la volatilidad y maleabilidad de la cual puede llegar a ser objeto para determinar concreción de la ofensa. Por ello, en este trabajo, se ha preferido sustentar en el individuo y a lo más en la aglutinación de individuos, el interés digno de protección penal ofendible.

Pese a esto, la Corte Constitucional Italiana, de conformidad al artículo 49 del Código Penal Italiano, ha sostenido, como se hace en este trabajo, que en el caso de los delitos que atentan contra la “tranquilidad pública” se debe concretar un peligro para el orden público. Por ejemplo: La instigación a la violencia, no es concretada con la simple manifestación en contra del método democrático. Ver, Sentencias de la Corte Constitucional Italiana 120/1957, 87/1966 A, así como 87/1966 B.

⁵⁰ Así, prácticamente olvidando que el hombre es el fin último de la ley y que en todo caso el Estado es creado por y para el hombre. Véase Manzini. Vincenzo, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, edición actualizada por Pietro Nuvolone y Giandomenico Pisapia, Tomo IV, Torino, 1961, pp. 18 y ss., así como 397 y ss.; Riccio. Stefano, *I Delitti Contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 1955, pp. 23 y ss.

⁵¹ El acogimiento amplio del concepto de Administración Pública implica el consecuente reconocimiento equiparado de justificación de la intervención penal que obedece a una lógica interna de asegurar la tutela de ciertos intereses, por lo que en estos términos la actividad de esta puede ser

Ahora bien, a efecto de estudiar el bien jurídico desde esta perspectiva, es necesario distinguir, la doble cara del Estado:⁵² En primer lugar como ente colectivo sujeto de derechos y obligaciones y en segundo término como ente estatal. En el primer caso, la Administración Pública puede ser ofendida en sus intereses como cualquier otra persona, pues la Administración Pública también llega a ser sujeto pasivo del hecho ilícito penal, en algunas ocasiones, dado el lugar del Estado en el sentido con el cual este participa en la actividad económica en forma análoga a las personas físicas e incluso en actos de ejercicio del poder soberano;⁵³ casos en los cuales la ofensa al valor de relevancia constitucional se materializa en un daño patrimonial.⁵⁴ Por otro lado, el Estado también participa instrumentalizando los derechos de los individuos y la sociedad como aglutinamiento de los primeros, protegiendo colectivos como intereses de grupo o ambos. Con lo cual, estamos más bien refiriendo intereses tutelados por la norma penal como bienes jurídicos *instrumentales*⁵⁵ de un valor que

directamente conectada con la actividad legislativa, jurisdiccional, de gobierno o de administración pública en estricto sentido. Para mayor detalle, defendiendo el buen andar de la Administración Pública como interés digno de protección. Véase Rampioni. Roberto, *Progetto di riforma ed oggetto della tutela dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, en *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, edición a cargo de Alfonso M. Stile, Napoli, 1987, pp. 66 y ss.; Stortoni. Luigi, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, en Canestrani. Stefano, Gameberi. Alessandro, Insolera. Gaetano, Mazzacuva. Nicola, Sgubbi. Filippo, Stortoni. Luigi, Tagliarini. Francesco, *Diritto Penale. Lineamenti di Parte Speciale*, Bologna, 2000, pp. 73 y ss.; Angioni. Francesco, *Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale*, en *Bene Giuridico e Riforma della Parte Speciale*, edición a cargo de Alfonso M. Stile, Napoli, 1985, pp. 91 y ss.

Aceptando el concepto de Administración Pública en sentido amplio. Véase Riz. Roland, *Il Consenso dell'Avante Diritto*, Padova, 1979, p. 439; Riccio. Stefano, *I Delitti Contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 1955, pp. 15 y ss.

⁵² En contra de aceptar la doble cara del Estado, considerando que en todo caso, incluso cuando se priva de sumas de dinero a la Administración Pública, se ofende el bien “funcionalidad de la Administración pública”. Véase Fiorella. Antonio, *Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali*, en *Bene Giuridico e Riforma della Parte Speciale*, edición a cargo de Alfonso M. Stile, Napoli, 1985, pp. 196 y ss.

⁵³ Bricola. Franco, *L'Offesa e il danno patrimoniale nel delitto di contrabbando* en *Scritti di Diritto Penale*, Volume II, t. II, Milano, 1997, pp. 2823-2832; Riccio. Stefano, *I Delitti Contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 1955, pp. 13 y ss.

⁵⁴ Bricola. Franco, *Tutela penale della Pubblica Amministrazione e principi costituzionali* en *Scritti di Diritto Penale*, Volume II, Tomo I, Milano, 1997, pp. 2823 y ss.; Así como, Bricola. Franco, *Tutela penale della Pubblica Amministrazione e principi costituzionali* en *Scritti di Diritto Penale*, vol. II, t. I, Milano, 1997, pp. 2387 y ss.

⁵⁵ En este sentido Ramacci ha preferido llamarlos bienes de *funcionalidad del ejercicio del poder legal*, pero que sustancialmente responde a la instrumentalización por parte del estado de diversos medios para hacer efectivos los derechos o intereses jurídicos de los ciudadanos. Véase Ramacci. Fabrizio, *Corso di Diritto Penale*, Torino, 2001, pp. 33 y ss.

Por su parte Bustos, en cambio, considera que sí existen los *bienes jurídicos institucionales* básicos para el funcionamiento del sistema así como los llamados por él, *bienes jurídicos de control*, mismos que serían aquellos referidos a la organización del aparato estatal. Bustos Ramírez, Juan, *Control social y sistema penal*, Barcelona, 1987, p. 199.

indirectamente es ofendido al no ser efectivo por los medios que el Estado facilita, es decir, los instrumentos institucionalizados y legitimados como medio para que los intereses primarios sean satisfechos.⁵⁶ De acuerdo con ello, los bienes jurídicos contenidos en las normas penales no protegen al Estado como ser viviente. Consecuentemente, con el hecho criminal no se lesiona al Estado mismo, más bien en un Estado Democrático de Derecho, en que las instituciones sirven a los individuos,⁵⁷ el fin protector de la norma penal es el hombre y el Estado es el medio para garantizarlo. Para ilustrar lo anterior, refiriéndonos en sentido amplio a los delitos denominados *contra la Administración Pública*, como un medio entre otros auxiliares del Estado, se podría referir la *el abuso de confianza* o el *peculado*.⁵⁸ Ahora bien, tratándose de las

⁵⁶ Asimismo, afirmando que los intereses protegidos cuando se habla de Administración Pública o del Estado, responden a verdaderos instrumentos para proteger intereses finales. Véase Pulitanò. Domenico, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, en *Bene Giuridico e Riforma della Parte Speciale*, edición a cargo de Alfonso M. Stile, Napoli, 1985, pp. 173 y ss.; Mantovani. Ferrando, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, en *Riv. it.*, nueva serie – año XL, 1997, pp. 314 y ss.; Cavaliere. Antonio, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, en *Costituzione, Diritto e Processo Penale. I Quarant'anni della Corte Costituzionale*, edición a cargo de Glauco Giostra y Gaetano Insolera, Milano, 1998, p. 152; Palazzo. Francesco, *Principi costituzionali, beni giuridici e scelte di criminalizzazione*, en *Studi in Memoria di Pietro Nuvolone* Tomo I, Milano, 1991, pp. 381 y ss.

Con esta postura, pero haciendo especial énfasis en los delitos patrimoniales. Véase Grosso. Carlo Federico, *Interesse protetti e tecniche di tutela*, en *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del Codice* a cargo del Centro per la Riforma dello Stato, Milano, 1987, pp. 164-187, concretamente en las pp. 167, 180 y 182 y ss.

Así mismo, sobre delitos llamados de interés de gestión de la administración véase, Padovani. Tullio, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, en *DD.PP.*, 1984, pp. 118 y ss.

Por otro lado, aceptando como un bien autónomo la funcionalidad de la Administración Pública. Véase Fiorella. Antonio, *Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali*, en *Bene Giuridico e Riforma della Parte Speciale*, edición a cargo de Alfonso M. Stile, Napoli, 1985, pp. 196 y ss.

En general defendiendo un principio general de ofensividad de bienes en el que excepcionalmente se acepta la protección de *funciones* en dos sentidos: 1) tratándose de *intereses difusos*, y; delitos *contra la pública administración*. Ver, Padovani. Tullio, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto. Contravvenzione e illecito amministrativo*, en *Cass. pen.*, año XXVII – 1987, pp. 672 y ss.

⁵⁷ Cavaliere. Antonio, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, en *Costituzione, Diritto e Processo Penale. I Quarant'anni della Corte Costituzionale*, edición a cargo de Glauco Giostra y Gaetano Insolera, Milano, 1998, p. 153.

Por otro lado, RIZ sin distinguir la doble faceta del Estado, considerando que los delitos *contra el Estado* responden a una verdadera protección de intereses propios de Estado en su esencia unitaria, con lo cual niega la existencia de bienes instrumentales. Véase Riz. Roland, *Il Consenso dell'Avente Diritto*, Padova, 1979, p. 439.

⁵⁸ Otro tipo de delitos sobre los cuales más patentemente el Estado, realizando actividades como las personas físicas, puede ser igualmente sujeto pasivo es el caso del *fraude*. En este caso como explica Azzali, la ofensa corresponde al beneficio del agente en cuanto injusto por resultar de este un daño ajeno. En este sentido *el beneficio injusto* es el que se sanciona en la medida con la cual se lesiona el interés de un tercero al cual se le ocasiona el daño, es decir, el Estado.

formas en que el Estado instrumentaliza los intereses de los individuos son aplicables las disposiciones en que se castigan el *cohecho* y la *corrupción por actos contrarios a los deberes del oficio*.

No reconocer esta doble faceta del Estado puede ser verdaderamente peligroso, pues quien advierte que el interés de Estado es el verdadero protegido por la tutela penal de un interés, debe inevitablemente sobreponer este en un posible contraste de intereses protegidos por la norma entre individuos e interés del Estado; Lo cual, cierra paso a la corriente liberal y garantista.⁵⁹ En este sentido, se niega que la *personalidad del Estado* pueda representar un bien jurídico en cualquiera de sus facetas pues si bien es cierto que, como afirman Gallo y Musco, ningún Estado, cualquiera que sea su naturaleza, renuncia a una defensa por lo menos mínima de sus estructuras institucionales;⁶⁰ También es cierto que, en el caso mexicano, los artículos 1, 39 y 40 de la Ley Fundamental alcanza los límites fundacionales de justificación y esencia del Estado, como lo hacen sus pares Española e Italiana en sus respectivas disposiciones 6 y 49, en que se vinculan las actividades del Estado al respeto del *método democrático*.⁶¹ Con lo cual, únicamente es aceptable que tal protección *institucional*, verdaderamente tenga un impacto de protección individual del gobernado y no del Estado mismo.

De esta forma, no existe impedimento para reforzar a la Administración Pública en la instrumentalización de intereses individuales o sociales, como aglutinación de los primeros, o bien como colectivos, como bienes jurídicos que protegen los intereses de determinados grupos.⁶² Claro está, que sin ser reiterativos, el legislador siempre

Véase, para efectos de la explicación del daño que perjudica a un tercero, Azzali. Giampiero, *Profilo e punibilità nella teoria del reato*, en *Studi in Memoria di Pietro Nuvolone*, t. I, Milano, 1991, pp. 77-112.

⁵⁹ Tal es el caso de Bettiol, quien apoyando al Estado autoritario con sustento en la escuela de Kiel, en cierto momento negó al individuo el rol que en este trabajo se le da, eliminando cualquier beneficio a la política criminal con la concepción dogmática del bien jurídico. Véase Bettiol. Giuseppe, *Giurisprudenza degli interessi e diritto penale*, en *Scritti Giuridici*, Tomo I, Padova, 1966, pp. 330-342; Asimismo en Bettiol. Giuseppe, *Bene giuridico e reato*, en *Scritti Giuridici*, t. I, Padova, 1966, pp. 318-329.

Asimismo, incluso ya entrados los años 60, por Zuccalà, quien valoraba positivamente la negación del bien jurídico de la escuela de Kiel. Véase Zuccalà. Giuseppe, *L'Infidelità nel Diritto Penale*, Padova, 1961, pp. 210 y ss.

⁶⁰ Gallo. Ettore, Musco. Enzo, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984, p. 10; De Toledo y Ubieto. Emilio Octavio, *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, en *ADPCP*, 1990, p. 8; Cadavid Quintero. Alfonso, *Introducción a la Teoría del Delito*, Medellín, 1998, p. 137.

⁶¹ Padovani. Tullio, *Beni giuridici e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, libro II C.P.*, en *Bene Giuridico e Riforma della Parte Speciale*, edición a cargo de Alfonso M. Stile, Napoli, 1985, pp. 236 y 255.

⁶² A favor de la aplicación del Derecho Penal, en los delitos ubicados bajo el rubro de *en contra de la administración pública* como la protección de intereses instrumentales de individuos. Ver, Fiandaca.

deberá criminalizar tales conductas bajo los límites marcados por la Ley Fundamental y por el objetivo programático de esta únicamente como instrumento de otros, pues a pesar de que existen delitos que aparentemente ofenden los intereses de la Administración Pública, la verdad es que bajo la negativa de vivir un sistema penal de deber, deben repercutir en la única protección de bienes individualizables;⁶³ Obteniendo con lo anterior, indirectamente, el buen andar de la Administración Pública,⁶⁴ lo cual solo se garantiza mediante el respeto a la configuración democrática del Estado mexicano y a la evidente necesidad de implementar procedimientos democráticos de elección que garanticen el derecho a mantener una decisión de soberanía popular basado en un esquema garantista y democrático de Derecho.

Giovanni, *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra la elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, en *Le Discrasie Tra Dottrina e Giurisprudenza in Diritto Penale*, edición a cargo de Alfonso M. Stile, Napoli, 1991, p. 68.

En contra de la postura de la instrumentalización de bienes como única forma de proteger intereses individuales, considerando más bien que en algunos casos en Estado es titular del interés genérico de que no se desobedezcan sus ordenes. Véase Nuvolone. Pietro, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, p. 242.

Así mismo, considerando que los delitos sancionados bajo el rubro *contra la Administración pública* reprimen hechos lesivos de los intereses de la Administración Pública y/o de los ciudadanos. Véase Rampioni. Roberto, *Progetto di riforma ed oggetto della tutela dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, en *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, edición a cargo de Alfonso M. Stile, Napoli, 1987, pp. 61 y ss.

⁶³ Afirma Alexy en este sentido, que “los derechos a organización y procedimiento frente al legislador no son competencias sino derechos a competencias. Y, en tanto tales, pertenecen sin duda, al status positivo” (...). Alexy. Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, p. 464. Más bien a la fuerza del derecho que constitucionalmente se reconoce al individuo.

⁶⁴ Bricola. Franco, *Tutela penale della Pubblica Amministrazione e principi costituzionali* en *Scritti di Diritto Penale*, vol. II, t. I, Milano, 1997, p. 2404.

En efecto, el reconocimiento de protección penal de los valores constitucionales de imparcialidad e igualdad, entre otros, son tocados bienes individuales y colectivos con el objeto de hacer posible el bien a todos. De lo anterior se puede observar por ejemplo que la justicia impartida por la administración es perseguido el fin de *justicia social*. Ver, Bricola. Franco, *Tutela penale della Pubblica Amministrazione e principi costituzionali* en *Scritti di Diritto Penale*, vol. II, t. I, Milano, 1997, p. 2401.

En contra de esta postura, incluso promoviendo una reforma al Código Penal Italiano en la que se debe sustituir el título de los *delitos contra la personalidad del Estado* por otra que sería denominada de *delitos contra el orden constitucional*, la cual tendría por objeto de tutela la protección de la Constitución y de los órganos constitucionales. Véase Gallo. Ettore, *Una politica per la riforma del codice penale*, en *LQC*, 1981, p. 64.

En el mismo sentido de Galo, considerando que los delitos denominados *contra la personalidad del Estado* realmente protegen el orden constitucional. Véase Gallo. Ettore, Musco. Enzo, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984, p. 13.

Con una postura contraria en la que los delitos contra del Estado son delitos de mera desobediencia en los que no concurre la lesión o puesta en peligro de intereses ni siquiera la idoneidad para lesionarlos. Véase Vassalli. Giuliano, *Considerazioni sul principio di offensività*, en *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, pp. 631 y ss.

VII. EL DERECHO A LA COMPETENCIA DE AUTODETERMINACIÓN POPULAR Y EL “BUEN ANDAR” DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El término *buen andar de la Administración Pública* fue utilizado en cierta medida por Bricola, quien puso de relieve la necesidad de una contracción de la tutela de los delitos contra la Administración Pública, ateniéndose a sus límites más circunscritos, es decir, solo con el objeto de conservar la realidad social en dirección al modelo constitucional;⁶⁵ sin reconocer la necesaria vinculación con la individualización de una garantía mínima de respeto individual de los ciudadanos. Ello fue concebido así por el autor, debido a que la propia configuración de su teoría infirió de inicio un sustento objetivo fundacional de la norma penal en la existencia de un derecho constitucional que respaldara la sanción penal.

Ahora bien, el tradicional sentido de protección del *buen andar de la administración pública* ha tenido que ser reformulado con motivo de la normativización constitucional del concepto de derechos humanos que imprimen un obligado reconocimiento individualista de la protección de la norma penal.

Así, la tutela penal de los intereses de la Administración Pública, que instrumentalizan bienes individuales, es absolutamente compatible que el derecho constitucional del ejercicio democrático mediante el voto popular contenido en el artículo 35 de nuestra Ley Fundamental, mismo que confiere a cada individuo un derecho subjetivo a votar y, en esa misma tesitura, la posibilidad y alcance del derecho a sufragar requiere de organización electoral institucional que genera las condiciones necesarias. Por tal motivo, se justifica con plenitud que el legislador encuentre mecanismos de *ultima ratio* que garanticen la eficiencia e imparcialidad, entre otros principios de exigencia electoral para preservar los derechos de libertad de los ciudadanos en el marco de los artículos 1º, 39 y 40 de nuestra Constitución Política, así como aquellos derechos humanos de orden político electoral contenidos en tratados internacionales de los que nuestro país sea parte.

De esta forma, se reconoce la potestad sancionadora del Estado en materia electoral y se imprime una obligada referencia de permanencia del esquema democrático del Estado en relación al respeto de la dignidad humana, soberanía popular y organización democrática que justifican proteger la organización electoral como medio que garantiza la potestad individual de todo ciudadano a mantener la cláusula democrática contenida en nuestra constitución.

VIII. SENTENCIA SUP-JDC -1272/2015 - DECLARACIÓN DE NULIDAD

La Sentencia SUP-JDC-1272/2015 emitida por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, fue pronunciada en el marco de un Juicio de

⁶⁵ Bricola, Franco, *Tutela penale della Pubblica Amministrazione e principi costituzionali* en *Scritti di Diritto Penale*, vol. II, t. I, Milano, 1997, p. 2416.

Revisión Constitucional Electoral y Juicio para la Protección de los Derechos Político Electorales del Ciudadano que constituyó un Medio de Impugnación relativo a la Elección para Gobernador de Colima en el año 2015, respecto a la resolución emitida por el Tribunal Electoral del Estado de la entidad de referencia.

El juicio de referencia fue promovido por el Partido Acción Nacional, así como Jorge Luis Preciado Rodríguez, habiendo sido reconocidos como terceros interesados la Coalición integrada por el Partido Revolucionario Institucional, Verde Ecologista y Nueva Alianza; siendo que la *litis* del mismo versó sobre el uso de programas sociales con fines electorales en que habría incurrido el titular de la Secretaría de Desarrollo Social del Estado de Colima.

La relevancia de la sentencia SUP-JDC-1272/2015 se justifica a partir de los cuatro puntos siguientes:

1. Es la declaración de nulidad de una elección a Gobernador de una entidad más reciente, por lo que es una clara referencia en toda argumentación sobre la sanción administrativo-electoral de nulidad, así como el uso indebido de programas sociales.
2. Se reconoce que el uso indebido de programas sociales puede llegar a constituir una irregularidad grave que permita justificar la declaración de nulidad de una elección.
3. Delinea los medios probatorios que permiten demostrar la utilización indebida de programas sociales en los procesos electorales y la sanción administrativo-electoral, aplicando una laxa interpretación de la métrica que permitiría cuantificar la distracción de recursos materiales públicos con un claro sentido de incidir en los resultados electorales de la elección de referencia.
4. La sentencia citada reconoce implícitamente que no existe una evidente correlación entre la sanción administrativa-electoral y la sanción penal-electoral por el uso indebido de programas sociales, ya que la declaración de nulidad, no implica la imposición de una pena por la comisión de un delito electoral.

En ese sentido, vale la pena señalar que la sentencia que nos ocupa, reconoce los elementos relevantes que deben demostrarse para que sea declarada la anulación de una elección, al reconocer la necesidad de comprobar la existencia generalizada de hechos violatorios a los principios constitucionales o internacionales que resulten aplicables; la acreditación de violaciones sustanciales o irregularidades graves vinculadas que incidan en el resultado de la elección; la demostración de un grado de efectucción como resultado de los hechos; así como, la cuantificación y calificación determinante de los hechos violatorios.

IX. NULIDAD Y DELITOS ELECTORALES

Como se advierte de la primera parte de este trabajo, el derecho penal es evidentemente sancionador y en virtud de la gravedad de la aplicación de su sanción

ha tenido que generar principios garantistas que restringen el uso indiscriminado del sistema de justicia penal o que, incluso, limitan la creación de hipótesis normativas que impongan penas. Por ese motivo, vale la pena recordar que los elementos que pueden acreditar el acaecimiento de las conductas previstas en la Ley General de Delitos Electorales, no necesariamente son concurrentes con aquellos que imponen sanciones administrativo-electorales. En otras palabras, el acreditamiento y declaración de nulidad de una elección, no necesariamente implica la posterior aplicación de sanciones penales, debido a que los principios de una y otra rama del derecho, no son los mismos.

En el apartado inmediato anterior de este trabajo, advertimos los elementos para tomar en cuenta ante la posibilidad de declarar la anulación de una elección, mismos que fueron establecidos en la sentencia Sup-Jdc-1272/2015 pronunciada por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. En este apartado, en cambio, evidenciaremos los elementos establecidos en relación a la conducta relacionada con el artículo 11 de la Ley de Delitos Electorales, debido a que el dispositivo legal referido sanciona penalmente las conductas que dan lugar a la declaración de anulación de la elección para gobernador del estado de Colima en el año 2015.

En efecto, dispone la fracción II del artículo 11 del ordenamiento legal que nos ocupa que se impondrán de doscientos a cuatrocientos días multa y prisión de dos a nueve años, al servidor público que condicione la prestación de un servicio público, el cumplimiento de programas gubernamentales, el otorgamiento de concesiones, permisos, licencias, autorizaciones, franquicias, exenciones o la realización de obras públicas, en el ámbito de su competencia, a la emisión del sufragio en favor de un precandidato, candidato, partido político o coalición; a la abstención del ejercicio del derecho de voto o al compromiso de no votar a favor de un precandidato, candidato, partido o coalición.

De la descripción típica del delito de uso indebido de programas sociales con fines electorales, se aprecia lo siguiente:

1. El delito referido se presenta como acción dolosa única, dirigida e individual (no es un delito culposo o negligente).
2. El legislador sanciona la voluntad dirigida a obtener un resultado.
3. El acaecimiento del resultado electoral es irrelevante, debido a que su presencia no forma parte de la descripción típica.
4. La materialización de una incidencia grave que produzca un resultado es irrelevante, debido a que su acaecimiento no necesariamente tiene que impedir una modificación en los resultados electorales.
5. El vínculo entre la conducta y el resultado electoral es inatendible para interpretar el delito en referencia.
6. A diferencia de la materia administrativo-electoral, en materia penal, la exigencia probatoria es mayor a la administrativo-electoral y la ausencia de un elemento de medición del desvío de recursos públicos o, bien, de su métrica; genera la ausencia de un elemento del tipo contenido en la fracción II del artículo 11 de La Ley General de Delitos Electorales.

Este último argumento, facilitaría distinguir una clara diferencia entre la aplicación de la sanción administrativo-electoral (Nulidad) y la penal (Sanción Privativa de libertad). Mientras que la declaración de nulidad de la elección para elegir gobernador del estado de Colima en el año 2015, se fortaleció sobre una base argumentativa que no estima necesario el rigor de la medición o cuantificación de los elementos materiales indebidamente utilizados para incidir en el resultado electoral; Por otro lado, en materia penal, resulta esencial el establecer dicho elemento de medición, ya que la ausencia del mismo, implicaría el evadir la determinación de la cuantificación material y destino de los bienes usados indebidamente.

X. CONCLUSIÓN

La protección penal del derecho a la autodeterminación resulta claramente justificada al encontrar la presencia de un valor o interés protegible que atiende los criterios jurídico-penales que la tradición garantista establece como pautas aceptadas de ascensión de la norma penal. Ahora bien, los criterios de justificación de las normas electorales y las sanciones administrativas que prevén otras ramas del derecho ajenas a la penal, pudieran llegar a coincidir en su espíritu de proteger un valor que se encuentra ya tutelado. Sin embargo, resulta importante señalar que aún que varias ramas del derecho protegen valores con la amenaza de sanciones de diversa naturaleza, los principios que han venido siendo desarrollado en otras ramas del derecho no necesariamente son comunes con las establecidas para el derecho penal.

En el caso en particular, resulta interesante recordar que la declaración de nulidad decretada mediante la sentencia Sup-Jdc-1272/2015, crea criterios de interpretación que definen los elementos por analizar al momento de determinar la procedencia de declaración de nulidad que no coinciden con los criterios garantistas de interpretación penal.

De ahí que si bien, existe plena justificación legislativa para sancionar las conductas establecidas en la fracción II del artículo 11 de la Ley de Delitos Electorales, lo cierto es que el potencial de aplicación de la sanción penal por incurrir en la conducta típica que se describe en el dispositivo referido es reducido, especialmente, sino se llega a demostrar y cuantificar con precisión el uso de bienes relacionados con programas sociales.

Así, podemos reconocer que el derecho administrativo-electoral ha desarrollado elementos de identificación abierta de las partes que pueden llegar a ser considerados relevantes para declarar la nulidad de una elección, pero serán más estrictos los elementos que deberán ser demostrados para imponer la sanción penal por la comisión de la conducta contenida en el artículo 11 del ordenamiento citado. En particular, para estar en aptitud de imponer la sanción penal por el uso indebido de programas sociales, es fundamental la identificación y cuantificación de los bienes *distraídos* con fines electorales.

