

## Derechos humanos, bien jurídico y Constitución

José Hurtado Pozo

*Sumario: I. Introducción. II. Vida embrionaria y procreación. III. Honor: 1. Teoría del honor efectivo. 2. Concepción normativa: a. Criterio social. b. Criterio ético o personal. c. criterio mixto. IV. Patrimonio: 1. Teoría jurídica. 2. Teoría económica. 3. Teoría personal. 4. Teoría jurídico-económica. V. Bibliografía sucinta.*

### I. Introducción

**(p. 77)** Todo sistema normativo (moral, jurídico, social) se orienta a controlar el comportamiento de las personas evitando o solucionando conflictos de intereses. Todos esos sistemas recurren a diferentes medios de reacción que restringen gravemente las libertades y bienes de las personas. Este es el caso, en particular, del sistema de control penal. Esta realidad explica ampliamente la casi unanimidad existente en cuanto a la necesidad de limitar, en mayor o menor medida, el poder punitivo del Estado.

Los esfuerzos realizados en este sentido, en materia de control penal, se orientan a que el sistema punitivo no sólo garantice los bienes de las personas mediante la restricción de bienes fundamentales **(p. 78)** a título de sanción, sino que sea también promotor de la libertad de todas las personas.

Estos esfuerzos se inician realmente con los movimientos sociales y de ideas que culminan con la Revolución Francesa y la aparición del Estado liberal moderno. Proceso que significó la secularización de la vida social y política, el abandono de las concepciones que justificaban el poder invocando su origen divino.

Las primeras declaraciones de derechos del hombre se fundaban en la concepción del contrato social que suponía que las personas, en el estado natural previo, gozaban de derechos naturales y que permitían sean restringidos con el fin de convivir en comunidad. El Estado, sociedad políticamente organizada, sólo debía reconocer esos derechos naturales y no limitarlos de manera abusiva.

La idea del Estado de derecho liberal ha evolucionado, entre otras circunstancias, por la manera como ha ido precisándose y completándose la concepción sobre los derechos humanos. En este siglo, con la Declaración Universal de derechos humanos de 1948 se plasmó una concepción occidental de estos derechos que se ha convertido en un paradigma de moralidad crítica, a la que los Estados deben adecuar su legislación interna. En consecuencia, los Estados, sean cuales fueren sus particularidades culturales, políticas, económicas o sociales, están obligados a garantizar los derechos fundamentales de las personas.

Este auge de los derechos humanos como base del Estado de derecho ha determinado que, en la mayoría de las Constituciones modernas, se incorporen listas bastante detalladas de tales derechos. Hecho que seguramente ha influenciado en el cuestionamiento de las diferentes ramas del derecho positivo, en especial del derecho penal, en relación con su conformidad con las normas y principios constitucionales. En esta perspectiva, se habla frecuentemente de « constitucionalización de la materia penal ».

La elaboración o modificación de las leyes y su aplicación están, en consecuencia, fuertemente marcadas por la determinación de su **(p. 79)** conformidad con la Constitución y, por ende, por su respeto a los derechos humanos. La tarea del legislador y de los órganos competentes para aplicar las normas penales, orientada a prevenir o solucionar conflictos, deviene con frecuencia una labor consistente en sopesar los derechos fundamentales en conflicto. Esta apreciación de la importancia de los intereses en conflicto no tiene lugar, sin duda alguna, a un nivel meramente abstracto y por la aplicación de una fórmula destinada a solucionar dichos conflictos. La solución depende de las circunstancias, del contexto y, en algunos casos, también de las consecuencias del hecho de preferir uno de los derechos en conflicto.

Para mejor comprender las relaciones entre Constitución y derecho penal, es de considerar las peculiaridades terminológicas y conceptuales de ambos dominios. En relación con el presente trabajo, por ejemplo, es de importancia tener en cuenta las relaciones y diferencia entre las nociones de bien jurídico, valores constitucionales, derechos humanos, derechos fundamentales. Sea cualquiera la manera como, en la dogmática penal, haya sido concebido el bien jurídico, se puede afirmar que con este criterio se hace referencia a intereses, relaciones o posiciones que son consideradas esenciales para la vida comunitaria. La apreciación de valor que esta noción contiene implica que la Constitución, en la medida en que establece los fundamentos y los lineamientos de la organización política de la sociedad, constituye un elemento orientador fundamental para valorar dichas relaciones y posiciones sociales. Sin que esto signifique que la Constitución sea la única cantera de donde deben ser extraídos los bienes jurídicos que merecen protección penal, ni que esta protección deba ser brindada a todos los bienes considerados en la Constitución o contra toda forma de ataque de que puedan ser objeto.

Dichos intereses, posiciones o relaciones son el objeto de derechos, libertades o competencias establecidos por la Constitución y la legislación. En cuanto son objeto de reconocimiento constitucional, se habla de derechos fundamentales individuales o colectivos. Estos son los denominados derechos humanos de la primera, segunda o tercera generación. Con lo que se pone en evidencia su origen histórico: los **(p. 80)** primeros surgidos con la Ilustración y consagrados en las primeras declaraciones de derechos del hombre y los demás formulados después de las dos guerras mundiales como derechos sociales. Al protegérseles penalmente, se les considera como bienes jurídicos, objetos del perjuicio o puesta en peligro que representa el comportamiento declarado delictuoso. En esta perspectiva, las relaciones entre Constitución y derecho penal no puede ser

imaginada como la de círculos concéntricos sino más bien secantes. Sin embargo, la creación de normas penales, su interpretación y su aplicación no pueden hacerse sino de conformidad con el marco constitucional.

En esta perspectiva, vamos abordar algunos aspectos referidos a la vida, la procreación, el honor y el patrimonio, reconocidos en la Constitución como derechos fundamentales y protegidos por el derecho penal como bienes jurídicos fundamentales.

## **II. Vida embrionaria y procreación**

La regulación del Código Penal del aborto, sin entrar a juzgar que sea la mejor o más conveniente, es conforme a la Constitución en la medida que el art. 2, inc. 1, distingue: de un lado, la persona que tiene derecho a la vida, identidad, integridad moral, síquica o física, y al libre desarrollo y bienestar; de otro lado, el concebido considerado como sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. Si se hubiera partido de la idea que éste era una persona y que, en consecuencia, ya estaba comprendido en la fórmula «Toda persona tiene derecho ... », la referencia al concebido hubiera sido superflua.

Cabe sin embargo preguntarse, si esta disposición no debe ser interpretada reconociendo toda la fuerza que podría darse a una ficción jurídica o si es de admitir, como algunos civilistas lo pretenden, que se trata en ambos casos de una persona humana.

Este segundo criterio es propuesto a partir del art. 1 del Código Civil que califica de sujeto de derecho a la persona humana desde que nace y hace lo mismo respecto al concebido, estableciendo una excepción únicamente respecto a la « atribución de derechos patrimoniales ». **(p. 81)** El concebido sería en consecuencia sujeto de derecho por constituir una persona, ya que su nacimiento no es una condición para el reconocimiento definitivo de sus demás derechos. De esta manera, se habría abandonado una concepción « patrimonialista » en favor de una concepción « personalista ».

El concebido no sería más tratado como una ficción jurídica, ni como una « mera esperanza de ser humano ». Concluyéndose, de esta manera, que el concebido es también « persona humana » y, como tal, merecedor de la misma protección de que gozan las personas ya realizadas.

Toda apreciación de valor discriminatoria en relación con las diferentes etapas de la evolución del ser humano sería injustificada y, por tanto, si alguna habría que hacer sería más bien la de considerar que la vida inocente e incapaz de defenderse debería ser más protegida que la del ser humano desarrollado, maduro y capaz de protegerse.

Esta concepción se inspira directamente de las ideas preconizadas, fundamentalmente, por la Iglesia Católica. Si bien en un inicio, de acuerdo con esta orientación, la condena del aborto era fundada en el carácter sagrado de la vida (creación de Dios, quien sólo puede disponer de ella), desde mediados del Siglo XIX (1869, Pío IX), se completa con el abandono del criterio de la animación

tardía del feto y la afirmación que éste es desde la concepción una persona humana.

De este modo, la Iglesia Católica reforzó su lucha contra el aborto apoyándose simultáneamente en la concepción autónoma de la protección de la vida (basada en su carácter sagrado) y en la concepción derivada de la vida (como derecho pertenece a todo ser humano por su condición de persona).

En esta perspectiva, aparece lógico que se pregunte «¿cómo se ha llegado, en la época de los derechos humanos, a la contradicción sorprendente de negación y violación práctica del derecho a la vida, particularmente en los momentos más significativos de la existencia: el nacimiento y la muerte? ».

**(p. 82)** Y que se proclame: «ninguna circunstancia, ningún fin, ninguna ley del mundo podrá jamás transformar en lícito un acto que es intrínsecamente ilícito por ser contrario a la ley de Dios, escrita en el corazón de toda persona, revelada por la razón misma y proclamada por la Iglesia ».

La muerte del feto deja de ser un aborto para transformarse en un homicidio, en genocidio. Las leyes que lo admitan son leyes sin validez jurídica y el Estado que las dicta un Estado tirano que pretende poder disponer de la vida de los más débiles y sin defensa.

Esta concepción no se encuentra en la base del sistema constitucional y de la legislación penal peruanos. Aun cuando hubiera podido hacerlo, a condición que no afecte de esta manera los intereses de otras personas, el constituyente peruano no ha declarado que el concebido es una persona humana. Si lo hubiera hecho en la Constitución de 1993, esto hubiera significado que las normas del Código Penal de 1991, referentes al aborto, debieron ser consideradas como anticonstitucionales. Esto en razón a que no se protege de la misma manera al concebido y a las personas. Así, cuando se autoriza el sacrificio de la vida del concebido para evitar que la madre sufra grave daño en su salud; o cuando se disminuye la protección del feto al atenuar la represión del aborto en consideración a circunstancias o intereses personales o sociales, en aras del desarrollo y perfeccionamiento de la personalidad de la madre. Se habría contradicho así el principio fundamental de que no hay vidas menos valiosas que otras.

La regulación del aborto en nuestro sistema legal sólo puede ser comprendida si se reconoce que, en el art. 2, inc. 1, de la Constitución, la protección del concebido no se basa en el reconocimiento de su condición de persona. De esta manera, se ha considerado correctamente que el problema central no es el de determinar si el concebido es o no una persona, sino que se trata más bien de saber cómo el Estado puede reconocer y proteger mejor el bien jurídico vida, sobre cuyo carácter esencial existe unanimidad.. La vida humana tiene, en cada una de las etapas de su evolución, un determinado valor intrínseco.

**(p. 83)** De modo que la prohibición del aborto significa la preocupación legítima de la comunidad por proteger la vida humana, exigiendo a sus miembros que le reconozcan un valor intrínseco al tomar decisiones individuales. Estos actúan irresponsablemente cuando atentan contra la vida del concebido sin tener una

justificación suficiente. Situación que debe ser apreciada considerando que, cualquiera que sea la razón de abortar, la decisión es tomada casi siempre en un contexto complejo de intereses y responsabilidades en conflicto.

El legislador peruano no ha osado tener plenamente en cuenta estas circunstancias. De un lado, no reconoce que en la resolución de dicho conflicto de intereses la mujer embarazada debe jugar un papel decisivo. Que su vida, sus proyectos y aspiraciones vitales son ampliamente comprometidos por el nacimiento del nuevo ser y por la carga que significa su crianza, supervivencia y desarrollo futuro.

En este sentido, resulta insuficiente su decisión de sólo considerar el consentimiento de la madre para efectos de atenuar la represión. Abortar para la madre no es una simple cuestión de decidir, libre y soberanamente, sobre la continuación del embarazo. No se trata del ejercicio de una libertad como la que tiene para disponer de su patrimonio. Aceptar este criterio implica situar a la madre en un mundo irreal y juzgar su decisión sin tener en cuenta las circunstancias humanas y materiales en las que actúa. Lo que significa a su vez desconocer su dignidad fundada en su sola condición de persona humana.

El codificador tampoco ha sido consecuente con su decisión de tener en cuenta ciertas circunstancias especiales que son propias a frustrar la vida del nuevo ser o la de la madre (embarazo debido a violación sexual o a inseminación artificial no consentida y feto gravemente afectado por taras físicas o síquicas). A diferencia de todos los demás legisladores que han considerado dichas circunstancias, el nuestro se ha limitado a atenuar la pena. En la medida que el nacimiento del nuevo ser afectará profundamente el desarrollo de la personalidad y la calidad de vida de la madre, ésta debería decidir, libre y responsablemente, sobre la interrupción del embarazo.

**(p. 84)** De manera consecuente se debió admitir que la mejor manera de proteger la vida es fomentando la responsabilidad de las personas para evitar que desperdicien vida humana. La base de esta responsabilidad es el reconocimiento de la soberanía de las personas -en el caso tratado, de la mujer-, en la toma de decisiones personales. Más exactamente, la pretensión a no sufrir intromisiones de terceros, especialmente del Estado, en dominios que conciernen de manera fundamental a una persona como lo es la decisión de engendrar o de tener un hijo. La aplicación de estos criterios en materia de reproducción, control de embarazo y aborto, significa la admisión del principio de la autonomía procreativa.

El problema que se plantea respecto a este principio, como sucede con relación a la condición de persona del feto, es el de determinar su base constitucional.

El derecho a decidir soberanamente en materia de procreación no está expresamente mencionado en la Constitución; pero puede ser deducido de algunas de sus disposiciones. Así, por ejemplo, el art. 6 que, de un lado, señala como objetivo de la política nacional de población la difusión y promoción de la maternidad y paternidad responsables y, de otro lado, reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir sobre la maternidad y responsabilidad.

Este reconocimiento supone que la procreación es un asunto personal que concierne únicamente a la madre o al padre, los mismos que no pueden ser coaccionados a engendrar o tener hijos.

El derecho a la autonomía procreativa responsable está igualmente relacionado con el derecho de toda persona a su « libre desarrollo y bienestar ». Derecho que puede ser fuertemente afectado si, en los casos conflictivos en que se toma generalmente la decisión de abortar, se impone a la mujer la conservación del embarazo a pesar de la carga que representa para su « desarrollo y bienestar ».

Así mismo y complementariamente, se puede considerar, por último, que constituye uno de los derechos aludidos en el art. 3. Según **(p. 85)** esta disposición, la lista de derechos fundamentales en el art. 2 de la misma Constitución no es exhaustiva y por lo tanto es de considerar otros que le son análogos o « que se fundan en la dignidad del hombre », mejor dicho de la « persona ». La mujer ve su dignidad de persona maltratada cuando se le considera como un medio para la realización de una política demográfica (sea dirigida a aumentar la población o a restringir los nacimientos), cuando se le impone un criterio particular respecto a cómo y por qué la vida debe ser conservada por ser divina. La decisión, tan propia e íntima, como la de procrear y tener hijos debe sólo depender de la soberana y responsable decisión de la mujer.

El reconocimiento del derecho de la autonomía procreativa, como derecho constitucional o como expresión del derecho constitucional al « libre desarrollo y bienestar », si bien excluye la intervención coactiva del Estado para imponer un criterio o principio como absoluto, no impide que éste pueda desarrollar programas para fomentar la responsabilidad de la mujer con miras a que tome conciencia de la necesidad de respetar la vida. Así, se buscaría que, ante la disyuntiva de abortar o de conservar el fruto de la concepción, la mujer esté suficientemente informada sobre los pro y contra de la realización de un tal acto. Esto no debe significar sin embargo la creación de una carga excesiva sobre una mujer que elige el aborto, mediante el establecimiento de « obstáculos substanciales » a la concretización de esa decisión. Sus derechos a procrear autónomamente y a su libre desarrollo y bienestar serían vulnerados en su núcleo esencial y, en consecuencia, su total negación.

### **III. Honor**

A diferencia de las Constituciones anteriores, las de 1979 (art. 1, inc. 5) y 1993 (art. 2, inc. 7) mencionan, como derecho fundamental de la persona, junto al derecho al honor, el derecho a la buena reputación. Esta terminología no es conforme con la utilizada en el Código penal. En éste, el Título II de la Parte especial agrupa los « Delitos contra el honor ». Sólo en el art. 132, al definirse la difamación, se hace mención al « honor o reputación ». Estas imprecisiones de terminología, llevan a **(p. 86)** plantearse la cuestión si, siguiendo el texto constitucional de manera estricta, sería de considerar -en materia penal- dos bienes jurídicos diferentes (honor y reputación) o, de acuerdo a lo establecido en

el Código, sería de admitir que se trata de un sólo bien jurídico (honor que debe ser apreciado en su doble aspecto: honor -stricto sensu- y reputación).

Como es normal, en la Constitución no se dice lo que debe entenderse por « honor » y « reputación ». Definición que se deja al derecho penal, en la medida en que, en el art. 2, inc. 4, pf. 2, se dispone que « los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código penal ». Tampoco constituye una ayuda para precisar el sentido de honor y de reputación la fórmula utilizada en el segundo párrafo del art. 2, inc. 7. Al establecer el derecho a rectificar lo difundido por un medio de comunicación, se designa como titular de este derecho a la « persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada » en uno de esos medios. El agravio puede provenir de un ataque al honor o a la reputación de la persona.

En derecho penal, se habla tradicionalmente de honor como bien jurídico merecedor de protección penal. La referencia a la reputación se hace al tratar de precisar en qué consiste el honor. La distinción de ambas nociones está en la base de algunas concepciones, cuando se habla de honor subjetivo y de honor objetivo o reputación. En la actualidad, la tendencia es de centrar los esfuerzos con la finalidad de elaborar un criterio que permita describir unitariamente el honor y lograr así tener en cuenta el valor de la persona en toda su complejidad.

Para comprender cómo se ha llegado a este convencimiento, es indispensable considerar las principales concepciones que se han imaginado para explicar el bien jurídico honor. Las dificultades encontradas se explican por la índole particular de este valor, pero también por la imprecisión de la noción misma de bien jurídico. No es de olvidar que los esfuerzos para esclarecer la noción de honor fueron los que impulsaron también el análisis de la definición de bien jurídico.

#### **(p. 87) 1. Teoría del honor efectivo (*faktische Theorie*)**

Según esta teoría, el honor debe ser entendido, de un lado, como la opinión que las personas tienen sobre un individuo determinado (honor externo) y, de otro lado, como la opinión que una persona determinada tiene de sí misma (honor interno). En el primer caso, se habla de consideración y, en el segundo, del sentimiento de honor.

Mediante esta concepción, se busca comprender el honor en su existencia real. Es decir, aprehender el honor observando los fenómenos de naturaleza sociológica y sin recurrir a criterios de valor. Lo que es decisivo es el fenómeno psicológico de carácter individual (la estima que la persona tiene de sí misma) o colectivo (la manera como los demás miembros de la comunidad perciben una persona en particular). Nada se dice, sin embargo, sobre el criterio aplicado sea por la propia persona para apreciar su propio valor, sea por los otros para determinar el valor de uno de los miembros de la comunidad.

El sentimiento del honor, denominado también honor subjetivo, es una noción incompleta ya que la persona es una unidad compleja cuya existencia individual supone necesariamente su pertenencia a un grupo social determinado. Al interior

del cual, desarrolla su personalidad mediante la creación y el refuerzo de sus relaciones con los demás miembros de la comunidad. Resulta, en consecuencia, muy difícil distinguir un honor individual de naturaleza puramente psicológica.

La noción de honor subjetivo presenta además otras dos insuficiencias de importancia práctica. La primera consiste en que la calificación de un comportamiento como atentado contra el honor estaría determinada por el mismo lesionado, en razón a que el honor subjetivo es la estima que la persona tiene de sí misma. De esta manera, se protegería penalmente hasta las personas extremadamente susceptibles. La segunda significa que se dejaría sin protección penal las personas que no son capaces de tener consciencia de su propio valor debido a su edad mínima (recién nacido) o de su estado mental (enfermos mentales).

**(p. 88)** La consideración o reputación es llamada, igualmente, honor objetivo porque no forma parte del mundo interno de la persona cuestionada. Esta es más bien el objeto de la opinión de los otros (fenómeno social de orden psicológico). Esta opinión puede ser, sin embargo, incorrecta debido a que la persona en cuestión no merece necesariamente la buena o mala opinión que de ella tienen los demás. Una persona que actúa simultáneamente en diversos grupos sociales puede ser el objeto de apreciaciones diferentes y contradictorias. Su participación activa en la vida comunitaria favorece la toma de posiciones -positivas o negativas- de los otros sobre ella. Por el contrario, quien se aísla o participa poco en la vida social pasaría desapercibido y, por tanto, carecería de buena o mala reputación. En consecuencia, las personas respecto a las cuales los demás tienen una muy buena opinión (por ejemplo, excelente reputación de político) merecerían una protección más intensa de parte del derecho penal, mientras que las que permanecen anónimas estarían excluidas de esta protección. Por esta razón, la teoría del honor efectivo no puede ser aceptada.

El querellado, admitido a aportar la prueba de la veracidad de sus afirmaciones, debería probar, para ser exceptuado de pena, que las alegaciones propagadas son conformes a la verdad o que tenía razones suficientes para creer en su veracidad. En la práctica, el imputado se esforzaría, primero, en probar la veracidad y, luego, su buena fe.

## **2. Concepción normativa (*normative Theorie*)**

Partiendo de la constatación que es imposible aprehender el honor materialmente, vano intento realizado por los defensores de la teoría del honor efectivo, la mayor parte de la doctrina defiende la concepción normativa. Actitud que es más consecuente con el carácter normativo del derecho.

El criterio normativo al que se recurre es el del valor de la persona en cuanto tal. Toda persona es valiosa por el simple hecho de pertenecer a la especie humana. Esta condición es absoluta y no puede ser objeto de graduación alguna.

**(p. 89)** En razón de su condición humana, toda persona es titular de los derechos fundamentales. Persona, condición humana y derechos fundamentales están



estrechamente relacionados. Así, los fundamentos de los derechos humanos permiten, al mismo tiempo, caracterizar la persona como tal.

Se trata, en primer lugar, del principio de la inviolabilidad que prohíbe al individuo sacrificarse con la única finalidad de beneficiar a terceros. En segundo lugar, el principio de la autonomía de la persona que reconoce un valor especial a la realización de proyectos de vida y de ideales escogidos libremente. Por último, el principio de la dignidad humana que exige tratar a las personas según sus actos voluntarios y no en razón a circunstancias que escapan a su control. Es la dignidad de persona que es considerada como criterio normativo por los defensores de la teoría normativa del honor.

La dignidad supone un espacio indispensable para que la persona pueda desarrollarse con autonomía. Este desarrollo consiste en conservar o ampliar las relaciones con los otros miembros de la comunidad. La esfera de autonomía implica el reconocimiento y el respeto de la persona como tal y, en consecuencia, de su dignidad. Las personas se caracterizan, por tanto, por poseer la capacidad virtual de tener consciencia de su identidad como titular de intereses y, además, de regular su vida según sus propios juicios de valor.

Si los partidarios de la concepción normativa están, en principio, de acuerdo en tomar como punto de partida las constataciones que vienen de hacerse -sobre todo la referente a la dignidad humana-, sus opiniones divergen cuando se trata de determinar el aspecto de la persona que debe tenerse en cuenta para fundamentar la noción de honor.

#### *a. Criterio social*

Una parte de los defensores de la teoría normativa considera que se debe considerar la manera como la persona, en tanto miembro de un grupo social y según su capacidad, cumple con los deberes sociales que éste le impone (concepción social). Este criterio es insuficiente (p. 90) por dos razones: primero, permite imaginar que todo grupo social, aún los ilegales (mafia, asociación de criminales ...), es fuente de honor y, segundo, que el honor de una persona depende de su capacidad individual para cumplir los deberes sociales (el rico e inteligente sería más valioso que el pobre y rústico, debido a que podría cumplir mejor sus tareas sociales).

#### *b. Criterio ético o personal*

Contrariamente a los partidarios del criterio social, los defensores del criterio ético o personal toman en cuenta únicamente el valor de la persona en cuanto tal con la finalidad de definir el honor. Así, afirman que el honor está constituido por la pretensión al respeto fundado sólo en la condición de persona humana. Toda persona, aún la más vil, es titular del honor, en la medida en que el fundamento de éste es la dignidad humana.

El criterio ético no es conforme a la realidad actual ya que sólo toma en consideración el aspecto moral de la persona (en cuanto persona honesta, honorable). Hoy en día, la actividad de las personas tiene una significación

especial en el dominio del cumplimiento de los deberes sociales. A veces, resulta más grave reprochar a una persona la violación de un deber social que imputarle una falta a un deber moral.

### *c. Criterio mixto*

Las insuficiencias de los criterios expuestos (social y ético) han llevado a los juristas a preferir una solución de compromiso. El punto de partida es siempre la noción de dignidad de la persona, pero ésta no es considerado como el objeto inmediato de la protección penal. La dignidad de la persona implica que ésta sea respetada, condición indispensable para el desarrollo de la personalidad. En esta perspectiva, la persona tiene el derecho o la pretensión al respeto necesario para poder obrar normalmente en la comunidad. Es decir, para desarrollar en las mejores condiciones sus relaciones con los demás miembros del grupo social. Este derecho implica que éstos se abstengan de ignorar o vilipendiar el respeto debido a la persona, respeto fundado en la dignidad humana.

**(p. 91)** El honor no puede ser concebido de modo unilateral. Es necesario considerar tanto la dignidad de la persona en cuanto tal como las relaciones sociales que ella establece con los otros sobre la base del respeto recíproco que se deriva, precisamente, de la dignidad (elemento intangible de toda persona).

El objetivo de la protección penal es la conservación o, en caso necesario, la imposición del respeto de la persona cuestionada y que goza como persona de un valor social pleno. Su condición de persona, impide que se le reproche la violación de deberes morales o sociales a pesar de ser capaz de respetarlos, que se le desprecie en razón de su salud (mental o física), de su imagen física, de su origen social o de su fortuna. Constituyen así atentados al honor, las violaciones del respeto que merece una persona, la imputación que se le hace de un comportamiento deshonesto (comisión de un delito), la afirmación de que es una persona anormal (psicópata, imbécil), un bastardo o mendigo, o si se le compara con un animal (burro, cerdo).

La violación del respeto que merece una persona depende, en consecuencia, del contenido de las afirmaciones o reproches formulados, de la forma que revisten o de las circunstancias en las que son expresados.

Las ventajas de la concepción normativa, en particular en su perspectiva mixta, pueden ser resumidas en tres aspectos: primero toda persona tiene el derecho a que se respete su condición de persona digna y valiosa socialmente; segundo, el honor así concebido no constituye una característica de la persona que ésta puede aumentar (el hecho que una persona pueda o deba ser honrada en razón de su inteligencia, coraje, santidad ...); y tercero, la presunción de honor merecido hace necesario y oportuno el reconocimiento amplio del derecho a aportar la prueba de la veracidad de las alegaciones formuladas o de la buena fe.

#### IV. Patrimonio

En el art. 2, inc. 16, de la Constitución, se establece que toda persona tiene derecho «a la propiedad y a la herencia » y, en el art. 70, **(p. 92)** se declara, primero, que «el derecho de propiedad es inviolable »; segundo, que «el Estado lo garantiza »; y, tercero, que «a nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por eventual perjuicio ».

La garantía de la propiedad tiene su origen histórico y filosófico en las concepciones de derecho natural incitas en las declaraciones revolucionarias del siglo XVIII. La propiedad es concebida como una institución intangible y preexistente a su consagración en la Constitución. Los órganos del Estado deben, en consecuencia, reconocerla, respetarla y garantizarla. En su calidad de derecho fundamental de la persona, el derecho de propiedad debe ser garantizado de manera igual para todos.

La propiedad privada es así percibida como la base del régimen social y económico del país; es decir como la base fundamental del sistema liberal que se busca constituir. La dimensión social del derecho de propiedad es señalado en la medida que debe ser ejercido dentro de los límites de la ley y en armonía con el bien común. Esta declaración es más amplia que la contenida en el art. 124 de la Constitución de 1979. Esta norma se limitaba a estatuir que «la propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social ». La referencia al ejercicio del derecho de propiedad de la nueva disposición comprende, además del uso, el disfrute y la disposición. La eficacia de estas declaraciones es bastante restringida en la medida en que el orden jurídico no prevé sanción alguna en caso de ejercicio del derecho de propiedad sin tener en cuenta el interés común.

La significación del término propiedad utilizado para determinar este derecho fundamental no es la misma que se le atribuye en los demás ámbitos del sistema jurídico. El sentido debe ser comprendido de manera amplia, comprensivo de todos los intereses de orden económico que tienen las personas con respecto a los diversos bienes. A pesar de su redacción tradicional, la declaración constitucional implica « estatuir como principio fundamental de la actividad económica un **(p. 93)** conjunto de instituciones jurídicas que garantizan la intangibilidad de sus derechos, su libre iniciativa y una siempre viva protección contra el creciente reglamentarismo del Estado ».

En materia penal, la propiedad es protegida mediante algunas de las disposiciones agrupadas en el Título V de la Parte especial del Código penal. Título denominado « Delitos contra el patrimonio ». A diferencia de lo que sucede con la Constitución, la propiedad es considerada de manera restrictiva y como formando parte de la noción más amplia de patrimonio. Propiedad, en el sentido de la Constitución, y patrimonio, en el del Código penal, pueden ser entendidos, en principio, como la fortuna que una persona puede tener. En países como el nuestro caracterizado por marcadas diferencias sociales y económicas, la garantía constitucional se limita, en relación con la gran mayoría de la población, a la protección de «la

propiedad de los bienes de uso y consumo » y, respecto a una reducida minoría, también a la protección de « los bienes de producción ».

La determinación de lo que debe comprenderse por "patrimonio", en tanto bien jurídico penalmente protegido, ha dado lugar a largas y complicadas discusiones. El problema consiste en precisar el o los criterios específicos apropiados para delimitar cuál es el contenido de la noción de patrimonio.

A pesar de los esfuerzos realizados, los resultados obtenidos no son plenamente satisfactorios. Diversos han sido los aspectos que se han tomado en cuenta. Esto ha determinado la elaboración de diferentes concepciones de acuerdo al aspecto que se reconocía como fundamental. De manera esquemática, se pueden considerar, adoptando la terminología generalmente utilizada, las siguientes orientaciones: jurídica, económica, personal y jurídico-económica.

Para mejor comprender el debate existente sobre los alcances de la noción de patrimonio, es necesario explicar estas orientaciones que permiten percibir cómo han evolucionado las ideas en la doctrina penal. Al respecto no se debe olvidar que esta discusión supone criterios más generales: por ejemplo los referentes a las relaciones **(p. 94)** entre el derecho civil y el derecho penal (accesoriedad, función sancionadora de este último o autonomía). Además, los análisis efectuados han estado condicionados a determinados problemas particulares (por ejemplo, cómo determinar la existencia e importancia del daño patrimonial). Por último, es de indicar que tanto la técnica utilizada para describir las figuras delictivas como los criterios empleados para clasificarlas han aumentado notablemente las dificultades.

### ***1. Teoría jurídica***

Según el criterio jurídico, el patrimonio de una persona está constituido por el conjunto de todos sus derechos y obligaciones patrimoniales. Es decir, se trata de los derechos subjetivos reconocidos por el derecho civil sin importar que posean un valor pecuniario o sean idóneos para procurar a su titular un cierto poder económico.

Esta definición es bastante imprecisa en la medida en que no precisa en qué consiste el carácter patrimonial de los derechos y las obligaciones. Además, es demasiado extensa debido a que permite considerar como patrimonio los derechos u obligaciones que carecen de valor pecuniario: por ejemplo, los referentes a bienes valiosos sólo sentimentalmente (cartas de amor, porción de cabellos de la persona amada).

Sin embargo, esta manera de definir el patrimonio resulta siendo, al mismo tiempo, restrictiva. No comprende los derechos o las pretensiones adquiridas contrariamente al orden jurídico (por ejemplo, la posesión adquirida por el ladrón respecto a la cosa hurtada: él no tiene derecho a asumir la posesión de manera originaria). Tampoco, las simples pretensiones o situaciones de las que se derivan expectativas económicas que no constituyen derechos (ejemplo, la clientela de un comerciante, la fuerza de trabajo, la mano de obra). Lo mismo sucede respecto a

las pretensiones nulas que tienen un valor económico (por ejemplo, la pretensión de la persona prostituida a que se le pague por sus servicios).

Un serio inconveniente de la noción jurídica de patrimonio consiste en que, dada la índole del criterio empleado, el daño patrimonial sólo puede ser concebido de manera puramente formal. Si lo decisivo (**p. 95**) es que la víctima tenga una pretensión jurídica, el daño sólo existiría cuando ésta se considera lesionada en sus expectativas personales (apreciación subjetiva del daño). De modo que la estafa no constituiría un delito contra el patrimonio, sino más bien contra la buena fe, contra la libertad de disposición de la persona. En buena cuenta, la constatación del daño, en la perspectiva de esta concepción, resultaría de un proceso de inventariar los bienes de una persona y no de un balance.

## **2. Teoría económica**

De acuerdo con la concepción económica, forman parte del patrimonio los bienes y las relaciones de una persona que tienen valor pecuniario, sin tomar en consideración que sean o no conformes al derecho o a la moral. El factor decisivo es que impliquen un aumento real del poder económico de su titular. El daño patrimonial sería, en consecuencia, determinado comparando el estado del patrimonio después de la realización del delito con el que existía anteriormente. No basta, por tanto, la pérdida de un derecho, por ejemplo, si su titular fue debidamente recompensado.

El valor económico está determinado objetivamente por el mercado. Esto supone que el bien en cuestión sea propio para devenir el objeto de intercambios destinados a satisfacer las necesidades de las personas. Dicho valor se concretiza en dinero según las circunstancias particulares del mercado y varía tanto de acuerdo al lugar como al momento en que se efectúa el intercambio.

La mayor parte de los autores aceptan, actualmente, esta noción económica. Sin embargo, se le formulan serios reparos. Así, se critica a sus sostenedores, en primer lugar, la manera abstracta como abordan el problema debido a que, para fijar el valor pecuniario del bien, parten de un hipotético intercambio (*hypothetischer Tauschwert*); olvidando que el valor económico objetivo del bien se establece en el momento en que el intercambio se produce realmente. Si éste no tiene lugar, resulta imposible concretizar el valor pecuniario del bien en cuestión y no podría ser, en consecuencia, como parte del patrimonio. El daño consistiría en la disminución de la fortuna constatada mediante un balance.

**(p. 96)** En segundo lugar, se destaca el carácter demasiado extenso del criterio económico, en razón a que comprende también los bienes o intereses económicos que no son necesariamente protegidos mediante el derecho civil. Lo que implica una lamentable ruptura de la coherencia del orden jurídico. Sin tomar en cuenta lo establecido en el derecho civil y en el derecho público, no se puede determinar qué bienes forman parte del patrimonio de una persona.

### **3. Teoría personal**

Con la finalidad de corregir los defectos de la noción económica, una parte de la doctrina propone substituir al criterio económico objetivo, estimado demasiado abstracto, con un criterio que tome más en consideración las necesidades y los intereses pecuniarios de la víctima (personaler Vermögensbegriff). Así, no sería suficiente considerar los bienes e intereses pecuniarios como tales, sino que sería de considerar particularmente las relaciones existentes entre el sujeto y los bienes o intereses pecuniarios. De modo que el patrimonio sería comprendido como la capacidad económica de una persona, basada en el poder de disponer que tiene sobre sus bienes e intereses pecuniarios.

De acuerdo con esta concepción, el perjuicio patrimonial consistiría en una simple "perturbación" del poder económico que la víctima tiene sobre su patrimonio, aun cuando no se produzca ninguna disminución del saldo contable. El daño debe ser constatado por un observador neutro. La apreciación subjetiva del titular del patrimonio no constituye un elemento decisivo para la determinación del daño.

Se objeta con razón a los defensores de la concepción personal, de un lado, que esta noción genera una mayor imprecisión en el criterio objetivo-individual empleado, en el marco de la teoría económica, para determinar el perjuicio y, de otro lado, que substituye la libertad de disponer de bienes e intereses pecuniarios al patrimonio en tanto objeto de protección penal.

### **(p. 97) 4. Teoría jurídico-económica**

Insatisfechos con los resultados obtenidos mediante los criterios expuestos, un sector de la doctrina ha propuesto una concepción mixta de patrimonio que comporta la combinación de los criterios económico y jurídico (juristisch-wirtschaftlicher Vermögensbegriff). De esta manera se busca respetar mejor la unidad del orden jurídico. Para esto se excluye la posibilidad de que el derecho penal reconozca un bien o un interés, de cierto valor pecuniario, como elemento del patrimonio -merecedor de protección penal- a pesar que el resto del orden jurídico lo desconoce. Se piensa, en particular, en las "pretensiones" (Ansprüche) derivadas de un asunto ilícito o inmoral (posesión del ladrón, ventajas pecuniarias obtenidas mediante un contrato nulo).

El punto de partida de la concepción jurídico-económica es el criterio establecido por la teoría económica. Pero para superar sus deficiencias, se restringen sus alcances considerando sólo los bienes o intereses patrimoniales que son protegidos por el orden jurídico.

Los criterios jurídicos utilizados como límites por los partidarios de la noción jurídico-económica no son siempre los mismos. Entre estos cabe señalar los siguientes:

- primero, sólo se deben considerar los intereses económicos concretizados en un derecho subjetivo. De esta manera, no sólo se excluyen las obligaciones nulas sino también las expectativas en la medida en que no son todavía derechos subjetivos. Este criterio es sin embargo insuficiente ya que impide tomar en cuenta las pretensiones de hecho (Expektansen) que tienen un valor mercantil: por

ejemplo, probabilidad máxima de obtener una ventaja pecuniaria (derecho de retracto, clientela de un establecimiento comercial).

- segundo, los intereses económicos protegidos o aprobados por el orden jurídico sólo deben ser tomados en cuenta.

- tercero, ambos criterios son aplicables a las obligaciones nulas. Pero, si adoptara el criterio restrictivo de que sólo se **(p. 98)** tomen en cuenta las obligaciones conforme a derecho, todas las obligaciones nulas deberían ser excluidas aun cuando tengan un valor económico. Para evitar este problema, debe de considerarse la causa de la nulidad. Sólo son dejadas fuera de la protección penal las obligaciones afectadas de nulidad formal (forma auténtica no respetada). Por el contrario, es de comprender aquellas que son nulas por cuestión de fondo (contrarias a las buenas costumbres), en la medida en que pueden ser objeto de un intercambio lícito. Este no es el caso, por ejemplo, de la posibilidad real que tiene una persona de robar manzanas en el huerto de su vecino.

Para limitar los alcances del criterio objetivo en la determinación del perjuicio patrimonial, aplicado por los defensores de la teoría económica, los partidarios de la concepción jurídico-económica proponen un procedimiento mixto: en caso de un ataque contra el patrimonial, es de precisar, primero, de manera objetiva la significación económica tanto de las prestaciones como de las contraprestaciones. Esto es suficiente cuando se constata una diferencia. En caso contrario, se debe comprobar si, a pesar del valor económico de las prestaciones y contraprestaciones, existe una desventaja económica en razón de los intereses individuales (individuelle Gesichtspunkte).

## V. Bibliografía sucinta

Avendaño, Leonidas, La reforma de la legislación penal. Parte especial: estudio crítico forense del nuevo Código Penal del Perú, in Revista del Foro, Lima 1924, p. 248 ss.

Arroyo Zapatero, Luis, Prohibición del aborto y constitución, in Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1986, n. 3.

Baumann, Jürgen, Schutz des werdenden lebens - notwendig aber wie?, in Baumann, Jürgen, Abtreibungsverbot des § 218 StGB, 1971, p. 15 ss.

**(p. 99)** Binding, Karl, Die Ehre im Rechtssinne und ihre Verletzbarkeit, Leipzig 1890.

Castillo, Francisco, La excepción de verdad en los delitos contra el honor, San José de Costa Rica 1988.

Cerezo Mir, José, La regulación del aborto en el Proyecto de nuevo Código Penal español, in Estudios sobre la moderna reforma penal española, Madrid 1993, p. 48 ss.

Congrégation pour la doctrine et la foi, Instructions sur le respect de la vie humaine naissante et la dignité de la procréation. Réponses à quelques questions d'actualité, 27 de febrero de 1987, Paris, s.f.

Conseil fédéral, Message du 30 septembre 1974 relatif à une loi fédérale sur la protection de la grossesse, ainsi qu'au nouveau régime de répression de l'interruption de la grossesse et rapport sur l'initiative du Canton de Neuchâtel concernant la décriminalisation de l'avortement, Feuille fédérale 1983, t. II, p. 706 ss.

Cornejo, Angel Gustavo/Placido Galindo, Proyecto de Código Penal, presentado por la Comisión parlamentaria nombrada conforme a la ley n. 5168, Lima 1928.

Diez Ripollés, José Luis, La reforma del delito de aborto. Comentarios a la legislación penal, T. IX, Madrid 1989.

Drowkin, Ronald, El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual, Traducción de Ricardo Caracciolo y Victor Ferreres, Barcelona 1994.

Fernández Sessarego, Carlos, La protección jurídica de la persona, Lima 1992.

Hurtado Pozo, José, Manual de derecho penal. Parte especial 2, Aborto, Lima 1994.

Juan Pablo II, La splendeur de la vérité. Lettre encyclique Veritatis Splendor del 6 de agosto de 1993, Mesnil-sur-l'Estrée, 1993.

Laurenzo Copello, Patricia, El aborto no punible (El art. 417 bis del Código penal), Barcelona 1990.

**(p. 100)** Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal, Parte Especial, 9a edición, Valencia 1993.

Musco, Enzo, Bene giuridico e tutela dell'onore, Milano 1974

Riklin, Franz, Der straf- und zivilrechtliche Ehrenschatz im Vergleich, Revue Pénale Suisse 100 (1983), P. 29 ss.

Roxin, Claus, Entwicklung und gesetzliche Regelung des Schwangerschaftsabbruchs, in Juristische Arbeitsblätter, 1981, p. 226 ss.

Rubio, Marcial/Bernales, Enrique, Perú: Constitución y sociedad política, Lima 1981.

Schubarth, Martin/Albrecht, Peter, Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, II B, Delikte gegen das Vermögen, Bern 1984.

Schubarth, Martin, Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, III B, Delikte gegen die Ehre, den Geheim- oder Privatbereich und gegen die Freiheit, Bern 1984.

Singer, Peter, Etica práctica, 2a edición, Traducción de Rafael Herrera Bonet. 1995.

Tiedemann, Klaus, La constitucionalización de la materia penal en Alemania, in Anuario de Derecho Penal 1994, p. 59 ss.

Trazegnies, Fernando de, La transformación del derecho de propiedad, in Derecho, n. 30, 1978, p. 75 ss.



