

# MORAL, DERECHO Y BIEN JURÍDICO EN EL CONCEPTO DE AUTOR POR CONCIENCIA

*María Eugenia Henao Zea\**

## RESUMEN

Una teoría basada en conceptos axiológicos como los contenidos en el artículo 18 de la Carta Política, esto es libertad de conciencia y otros tan jurídico–normativos como los de autoría, ubicado en el artículo 29 del actual Código Penal; implican de suyo, discernir acerca de si existe una estrecha relación entre la moral y el derecho y si sus tópicos se ubican plenamente en el contenido de los bienes jurídicos expresados en la norma penal.

Como centro del objeto de discusión diré que estos elementos contentivos de moralidad y derecho se encuentran dentro del concepto de bien jurídico pues es, en última instancia, el lugar en el que el derecho penal ubica algunos bienes importantes, tomados de la sociedad misma, y los protege de posibles vulneraciones de los individuos elevándolos a la categoría de norma penal; es precisamente de ese contenido del que vamos a tratar de dilucidar en esta sección.

**Palabras clave:** derecho penal, derecho y ética, bien jurídico.

Fecha de recepción: 22 de octubre de 2004

---

\* MARÍA EUGENIA HENAO ZEA, abogada egresada de la Universidad de Medellín. Posgrados en derecho penal y criminología de la misma universidad y derecho constitucional de la Universidad de Antioquia. Actualmente, Juez Penal Municipal de Salgar – Antioquia y se ha desempeñado como catedrática universitaria en las áreas de penal y constitucional.

**ABSTRACT**

*A theory based in axiological concepts like those contained in the 18th article of the political card, this is liberty of conscience and others as juridical normative as those of authorship, located in the 29th article of the penal code; whether there is a close relationship between moral and law, and if its topics are wholly included in the contents of juridical goods expressed in the penal norm.*

*As the center of the object of discussion I will say that these moral and law containing elements are framed within the concept of juridical wellness which it is, in this last instance, the place where penal law places some important goods, taken from society itself, and protects them from possible breakages of individuals by enhancing them to the category of penal norm. It is precisely about these contents that we are trying to figure out in this section.*

**Key words:** *criminal law, law and ethics, juridical good.*

**SUMARIO**

## INTRODUCCIÓN

1. CARÁCTER MORAL DEL BIEN JURÍDICO
2. LÍMITES AL DERECHO PENAL
3. OBEDIENCIA A LA LEY

## IDEAS PRINCIPALES

## BIBLIOGRAFÍA

## INTRODUCCIÓN

Una teoría basada en conceptos axiológicos como los contenidos en el artículo 18 de la Carta Política, esto es *Libertad de conciencia* y otros tan jurídico–normativos como los de *autoría*, ubicado en el artículo 29 del actual Código Penal; implican de suyo, discernir acerca de si existe una estrecha relación entre la moral y el derecho y si sus tópicos se ubican plenamente en el contenido de los bienes jurídicos expresados en la norma penal.

Como centro del objeto de discusión diré que estos elementos contentivos de moralidad y derecho se encuentran dentro del concepto de *bien jurídico* pues es, en última instancia, el lugar en el que el derecho penal ubica algunos bienes importantes, tomados de la sociedad misma, y los protege de posibles vulneraciones de los individuos elevándolos a la categoría de norma penal; es precisamente de ese contenido del que vamos a tratar de dilucidar en esta sección.

Han sido largas las discusiones en el desarrollo histórico del concepto de bien jurídico por parte de los doctrinantes pero es innegable que una conquista del derecho penal liberal es el de haber determinado que sólo deben ser reprimidos penalmente los actos que ponen en peligro o lesionen bienes que sean fundamentales para la vida en común. De ahí que se considere que toda norma jurídico-penal, tiene que fundamentarse sobre un juicio de valor positivo respecto a tales bienes vitales<sup>1</sup>. Esta concepción, surgió en contra de la tradicional teoría que consideraba a la infracción como un ataque contra los derechos subjetivos de la persona y cuya base era la teoría del contrato social<sup>2</sup>.

La noción del bien jurídico, elaborada por BIRNBAUM, fue introducida por BINDING en la sistemática del derecho penal y transformada por FRANZ VON LISZT en tema central del mismo<sup>3</sup>. El criterio de VON LISZT respecto al bien jurídico, fue de carácter sociojurídico y a él se vinculan casi todas las tentativas, actuales, realizadas para concretar mejor su concepto.

Si bien los autores discuten en cuanto a la noción de bien jurídico, existe entre ellos casi unanimidad con respecto a que su determinación debe ser de carácter material. Así tenemos que MAURACH y BAUMANN<sup>4</sup> consideran que los bienes jurídicos

1 JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts allgemeiner Teil* 1969; 2ª ed., 1972; 3ª ed., 1978; 4ª ed., 1988 A.T., pág. 5.

2 CALLIES, *Theorie der Strafe*, pág. 131.

3 Sobre la evolución histórica del concepto de bien jurídico, véase: SINA, *Dogmengeschichte*, pág. 1941.

4 MAURACH REINHANT, *Deutsches Strafrecht*, A.T., 3ª ed. 1965; 4ª ed., 1971, pág. 213; BAUMANN, *Strafrecht*, A.T., pág.143. MAURACH dice expresamente “*Als Rechtsgut kann nur ein von der gesamtheit oder den massgebenden Schichten der Staatlichen Gemeinschaft anerkanntes interesse gelten*”.

cos son los “intereses jurídicamente protegidos”, y WELZEL<sup>5</sup> expresa que se trata de bienes vitales de la comunidad o del individuo, los que debido a su importancia social son jurídicamente protegidos. MICHAEL MARX<sup>6</sup> afirma que los bienes jurídicos pueden ser materialmente definidos, como aquellos bienes (*Gegenstände*) necesarios al hombre para su libre autorrealización.

En tanto, ROXIN<sup>7</sup> manifiesta que se trata de “condiciones valiosas” en las que se concretizan los “presupuestos imprescindibles para una existencia en común”. RUDOLPHI<sup>8</sup>, por el contrario, estima que de esta manera no se considera su aspecto esencial, ya que no se tiene en cuenta la naturaleza dinámica de la sociedad. Este autor prefiere hablar de “unidades de función”; es decir, no se trata de cualquier interés, sino de su “función en la sociedad”.

Todos estos esfuerzos no han logrado evitar que el concepto de bien jurídico siga siendo “una noción oscura y discutida”<sup>9</sup>. Por otro lado, es claro que no aparece otro factor que se revela como más apto para cumplir esta tarea limitadora de la acción punitiva del Estado. La dificultad reside en que la determinación de los bienes que deben ser protegidos penalmente, presupone un juicio de valor de parte de quien detenta el poder, y en que éste no puede hacerlo sin despojarse de sus ideas, anhelos y prejuicios políticos, religiosos, culturales. Ante la cuasiimposibilidad de determinar los criterios objetivos útiles para la formación de este juicio valorativo, los juristas recurren actualmente, al catálogo de valores reconocidos en las constituciones<sup>10</sup>. Mas este criterio no deja aun de ser inseguro. Esto es notorio cuando sus defensores se ven obligados a considerar que no todos los bienes reconocidos constitucionalmente deben ser penalmente protegidos<sup>11</sup>. Sin embargo, es de admitir que la Carta fundamental bien puede servir como base y marco a la actividad legislativa en materia penal. Lo que interesa es no dejar, en la medida de lo posible, en manos de quien detenta el poder, un arbitrio ilimitado en la determinación de los bienes que deben ser penalmente protegidos y de cuáles son los comportamientos que deben ser prohibidos. Un concepto material del bien jurídico, pleno de contenido, sería en cierta medida capaz de permitir una crítica de la actividad legislativa penal<sup>12</sup>. Los bienes jurídicos son tales, no porque el legislador los considere

---

5 WELZEL HANS, *Stratenwert*, AT: G. Strafrecht Allgemeiner Teil, parte I, 1971; 2ª ed., 1976, 3ª ed., 1981, pág. 4.

6 MARX MICHAEL, *Zur Definition*, pág. 62.

7 *Problemas básicos del derecho penal*, pág. 21.

8 RUDOLPHI, *systematischer comentar*, col I, A.T., vor att. 1, n° 8

9 RUDOLPHI, *systematischer comentar*, col I, A.T., vor att. 1, n° 3

10 RUDOLPHI, *systematischer comentar*, col I, A.T., vor att. 1, n° 5; Musco, *Berne giuridico*, pág. 94.

11 Véase la exposición de MUSCO, *Bene giuridico*, págs. 95-98.

12 MARX MICHAEL, *Zur definition*, pág. 16.

merecedores de protección jurídica, sino porque, son en sí presupuestos indispensables para la vida en común; por ejemplo, la vida, la salud, la libertad de acción, de expresión y de creencia, etc. Se trata, en realidad, de aquellas condiciones fundamentales que para HART<sup>13</sup> constituyen el “mínimum de derecho natural” que es necesario reconocer. Admitir un criterio opuesto, implicaría caer en un exagerado formalismo.

## 1. CARÁCTER MORAL DEL BIEN JURÍDICO

“Todos los delitos —afirma HOBBS<sup>14</sup>— son realmente pecados, pero no todos los pecados son delitos”.

Y BENTHAM<sup>15</sup> representa la relación entre derecho y moral a través de la imagen de dos círculos concéntricos de distinto radio: más largo el correspondiente a la esfera moral, más corto el que delimita la esfera jurídica. De acuerdo con esto, cada sociedad toma de sus propias costumbres las conductas que puedan ser perjudiciales para sí misma y la tutela bajo la categoría de norma jurídica. Pero en el concepto que utiliza el legislador para esta selección no descarta las razones morales que sean consideradas como de especial trascendencia entre los individuos, así vemos por ejemplo legislaciones que elevan a la categoría de delito el incesto y otras no; la bigamia fue considerada en nuestro ordenamiento como delito (artículo 260 del decreto ley 100 de 1980) pero en el actual Código Penal (Ley 599 de 2000) y en otras culturas ese concepto hace parte del normal cotidiano de sus asociados.

La promulgación muestra que las leyes penales o su derogación puede producir el surgimiento o la desaparición de modelos morales; pero, frecuentemente, el derecho penal está a la zaga de la moral<sup>16</sup>.

Así lo hemos venido observando a lo largo del desarrollo normativo penal en el que algunos tipos penales han desaparecido y otros han surgido, pues en ambos casos se ha considerado que el contenido mismo cumple o no, con las expectativas

---

13 HART, *El concepto del derecho*, pág. 239.

14 HOBBS, TOMMAS, “Leviatán”, citado en la obra de FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, traducción de PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, y otros, Madrid, Ed. Trotta S.A., 1995, pág. 222.

15 BENTHAM citado en la obra de FERRAJOLI, *ibídem*.

16 MANNHEIM, *Kriminologie*, vol. I, pág. 40; HART, *El concepto de derecho*, pág. 227; ROSS, *Responsabilità e pena*, pág. 62. Este último valor evita hablar de moral como un sistema objetivo, pág. 9. Texto tomado de un artículo publicado en la Internet en la revista *Anuario de Derecho Penal, Universitas Friburgensis*, sin nombre de autor, [www. Unifrich/derecho\\_penal/art/artmunl.htm](http://www.Unifrich/derecho_penal/art/artmunl.htm).

culturales vigentes en esos momentos. De suyo entonces es que la moral ha servido de base ideológica para promulgar o derogar normas penales<sup>17</sup>.

En nuestro Código Penal de 1936 existía un capítulo que tutelaba expresamente los delitos contra la moral pública y otro contra la integridad moral (aún vigente). De igual modo, en el capítulo de los delitos contra la familia, que aun subsiste pero no en su integridad, los bienes jurídicos que allí se tutelaban tenían un alto contenido de moralidad, tales eran: raptó, incesto, bigamia y matrimonios ilegales.

En la actualidad, tenemos que el Código Penal vigente (Ley 599 de 2000) conserva ese contenido de moralidad social y personal en sus tipos penales veamos: el genocidio, apología al genocidio, el aborto, el abandono de menores y personas desvalidas, en los delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, delitos contra el sentimiento religioso y el respeto a los difuntos, delitos contra la integridad moral, delitos contra la familia, delitos contra la seguridad pública entre otros, poseen un alto contenido de ideología moral que no por serlo el legislador los descartó<sup>18</sup>. Consecuentemente, podría afirmarse que,

“El objetivo de toda asociación política es la conservación de todos los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”,

como así se estableció en el artículo 2 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.

Al respecto, BECCARIA<sup>19</sup> opinaba que,

“No es de esperar la ventaja alguna duradera de la política moral, si no se funda en los sentimientos indelebles del hombre. Toda ley que se aparte de ellos, encontrará siempre una resistencia (en contra), que vence a la postre; de igual manera que una fuerza, aunque mínima, si es continuamente aplicada, vence cualquier violento movimiento comunicado a un cuerpo. Consultemos al corazón humano, y en él encontraremos los principios fundamentales del verdadero derecho del soberano a castigar los delitos”.

MONTESQUIEU, en su famosa obra *El espíritu de las leyes*<sup>20</sup> sostuvo que,

---

17 Texto tomado de un artículo publicado en la Internet en la revista *Anuario de Derecho Penal, Universitas Friburgensis*, sin nombre de autor, [www.Unifr.ch/derecho\\_penal/art/artmunl.htm](http://www.Unifr.ch/derecho_penal/art/artmunl.htm).

18 FERRAJOLI, LUIGI: “Derecho... pág. 461.

19 BECCARIA CESARE, *De los delitos y de las penas*, traducción de SANTIAGO SENTOS MELENDO y MARINO AYERRA REDIN, estudio preliminar *Crítica y control del poder punitivo de Estado* por NODIER AGUDELO BETANCUR, Bogotá, Colombia, Ed. Temis, S.A., 1987, pág. 3.

20 MONTESQUIEU, CARLOS LUIS DE SECONDAT, barón de la Brède, *El espíritu de las leyes*, Bogotá, Colombia, ediciones Universales, 2001, págs. 13, 14.

“La ley, en general, es la razón humana en cuanto se aplica al gobierno de todos los pueblos de la tierra; y las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser otra cosa sino casos particulares en que se aplica la misma razón humana. Deben ser estas últimas tan ajustadas a las condiciones del pueblo para el cual se hacen, que sería una rarísima casualidad si las hechas para una nación sirvieran para otra”.

Continúa más adelante diciendo:

“Deben estar en relación con la naturaleza física del país cuyo clima puede ser glacial, templado o tórrido; ser proporcionado a su situación, a su extensión, al género de vida de sus habitantes, labradores, cazadores o pastores; amoldadas igualmente al grado de libertad posible en cada pueblo, a su religión, a sus inclinaciones, a su riqueza, al número de habitantes, a su comercio y a la índole de sus costumbres. Por último, han de armonizarse unas con otras, con su origen y con el objeto del legislador. Todas estas miras han de ser consideradas”.

El afirmar que el carácter moral de un acto sea determinante para considerarlo penalmente reprimible, no significa un desconocimiento de la estrecha relación existente entre el sistema jurídico penal y el sistema moral de una sociedad. Las reglas morales constituyen, de la misma manera que el derecho penal, uno de los medios encausadores del comportamiento de las personas. La influencia de estas reglas, así como del ideal moral imperante en el grupo social que gobierna, es notable en diversos aspectos del sistema penal. Sus dominios coinciden parcialmente, de manera que sus relaciones se pueden graficar mediante dos círculos secantes. Por eso afirmábamos, líneas arriba, que no toda acción sancionada con una pena es inmoral<sup>21</sup>.

Asimismo, es cierto que existen diferencias entre ambos sistemas, ellos no deben distanciarse demasiado. La estabilidad del sistema penal, lo mismo se puede decir del resto del ordenamiento jurídico en general reposa, en buena parte, en su armonía con la moral<sup>22</sup>, de lo cual, sin embargo, no puede deducirse que el derecho debe ser, de manera particular, conforme con la moral y que de esta singular relación depende su validez. Tampoco se puede afirmar, por tanto, que el derecho sea moralmente neutral<sup>23</sup>.

---

21 HART, *El concepto de derecho*, págs. 251 y 252; Mannheim, *Kriminologie*, vol. I, pág. 79.

22 *Ibidem* págs. 251 y 252; Mannheim, *Kriminologie*, vol. I, pág. 79.

23 *Ibidem* pág. 229; NINO, *Responsabilidad penal*, pág. 270 y sigs.; en especial, pág. 283; BARATTA, *Criminología y dogmática penal, en la reforma penal*, Mir Puig, pág. 57.

## 2. LÍMITES AL DERECHO PENAL

Las razones más poderosas frente a los límites admisibles del derecho penal en un Estado de derecho, dada su gran magnitud de expansión en las legislaciones actuales, es que la dogmática penal debería adoptar un aspecto de la dogmática de los derechos fundamentales. Es decir, todo derecho penal es una limitación de la libertad. ¿Hasta dónde tolera la Constitución la limitación de la libertad? Un buen punto de partida puede ser la idea de que todo aquello que no perjudique a otro debe estar permitido en un Estado de derecho. Este es el punto de partida de la filosofía penal de la Ilustración y de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789. Así se lograría un criterio mucho más eficaz que la teoría de los bienes jurídicos, pues no cualquier protección de un bien jurídico mediante el derecho penal es legítima. Creo que esta es una dirección cercana a la línea de los trabajos de AMELUNG y RUDOLPHI, que, lamentablemente, han tenido poca influencia en nuestra dogmática<sup>24</sup>.

Estos límites a la facultad de intervención del Estado cuando pretende tutelar los bienes jurídicos penales son el ordenamiento constitucional; son normas primeras que encierran valores y necesidades vitales de la persona histórica y culturalmente determinados. Y es por esos contenidos legalmente tutelados y garantizados, por los que puede hablarse de un verdadero estado social democrático y de derecho<sup>25</sup>.

Se deberá entender entonces por Estado de derecho aquel que constitucionaliza los derechos naturales en verdadero derecho positivo, significando con ello, la subordinación de las leyes al límite material del reconocimiento de algunos derechos fundamentales considerados constitucionalmente inviolables. De esa consagración efectiva de derechos también hay que resaltar los mecanismos por los cuales los individuos se defienden de los abusos del poder, convirtiéndose en garantías de la llamada “libertad negativa” que es aquella en la que el individuo no está constreñido por quien detenta el poder a hacer lo que no quiere hacer y no es obstaculizado para hacer lo que no quiere hacer. Igualmente, estas libertades se ven garantizadas por el reconocimiento de funciones limitadas al Estado para el mantenimiento del orden público interno e internacional<sup>26</sup>.

---

24 BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, “Conversaciones”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, RCPC 04-C1, enero 28 de 2002.

25 FERRAJOLI LUIGI, *Derecho...*, pág. 916.

26 BOBBIO NORBERTO, *Liberalismo y democracia*, traducción de JOSÉ F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, ed. Fondo de Cultura Económica, 5ª reimpresión 1999, pág. 18 y sigs.

Por tanto, los límites del Estado están estrictamente demarcados en la primacía de la libertad del individuo frente al poder soberano y en la subordinación de los deberes del soberano a los derechos e interés del individuo<sup>27</sup>.

### 3. OBEDIENCIA A LA LEY

Cuando se presenta el conflicto entre obedecer las normas u obedecer a los dictados de mi conciencia, de mis principios se debe analizar a cuál de los dos extremos debo obedecer.

Como hemos visto en los puntos anteriores, la constitucionalización de aquellos ideales sociales y personales que constituyen la base inamovible de todo Estado de derecho, en determinado momento se verán enfrentadas entre sí, es decir, habrán de presentarse principios legalmente tutelados como norma primaria que de su ejercicio pueden vulnerar otros principios primarios o normas legales y de ahí propiciar la discusión sobre ¿cuál de ellos debo obedecer? generando, consecuentemente en el otro extremo, una desobediencia a la ley.

Como pregunta FERRAJOLI:

“¿Qué ofensas o amenazas para otros derechos fundamentales autorizan a limitar los derechos de libertad, de libertad personal, de la libertad personal a la libertad de palabra, de la libertad de reunión y de asociación a los derechos a la vida privada, a la propia imagen, al domicilio y a la correspondencia?”<sup>28</sup>.

Es él mismo quien explica que la respuesta está en la ciencia del derecho penal, pues hay una serie de principios de derecho penal mínimo expresados por las garantías penales y procesales que al estar constitucionalizados indican la existencia de derechos fundamentales absolutos por estar supraordenados a todos los demás derechos fundamentales y no ser limitables por ninguna razón, ni siquiera para la tutela de otros derechos fundamentales. Piénsese en el derecho a la vida, cuya privación no puede justificar ningún delito y, menos aun, ninguna razón de Estado; o en la libertad de conciencia y de opinión, garantizada por el principio de materialidad de acción; o en la inmunidad del detenido frente a torturas o malos tratos, que el principio de dignidad de la persona y el de humanidad de las personas garantizan en forma incondicional<sup>29</sup>.

---

27 *Ibidem*, pág. 25.

28 FERRAJOLI LUIGI, *Derecho...*, pág. 916.

29 *Ibidem*.

Este problema tiene sus genes en la evolución del concepto del consentimiento que los miembros de una comunidad otorgan al Estado para obligarlos a cumplir con los preceptos normativos. Frente a esto, se han elaborado diversas teorías pero en la tradición jurídico-política se han utilizado dos grandes modelos:

El primero, afirma que,

“los individuos están sometidos a la ley si ésta no contradice el derecho natural o a principios éticos racionalmente fundamentados”<sup>30</sup>.

En este sentido santo TOMÁS DE AQUINO manifestó que la ley humana no puede imponer preceptos exigibles en un juicio divino como es el juicio de la conciencia. RAWLS ubica a la libertad de conciencia en un lugar preferente, pues piensa que es el único principio que pueden reconocer las personas en lo que denomina la posición original, y la concibe como ejemplo demostrativo de la justicia como imparcialidad en tanto puede proporcionar argumentos a favor de la igualdad de la libertad<sup>31</sup>.

El segundo, sostiene que,

“un ciudadano está sujeto a la ley si ha realizado algún acto por el cual se comprometió a ello. La relación entre el ciudadano y la ley es, pues, el resultado de una acción ejecutada voluntariamente por el obligado”<sup>32</sup>.

Aquí surgen teorías como el consentimiento de acontecimiento, consentimiento genéricamente disposicional, el consentimiento tácito, el consentimiento de la mayoría.

Dentro de este contexto, pienso que no es necesario extenderme en explicar cada una de ellas, lo importante es saber cuáles son las principales posturas y las evidentes contradicciones entre ellas. También es importante decir que el objetivo de este trabajo no es pretender demostrar la funcionalidad o practicidad de un sistema anárquico y, en definitiva, tendiente a la destrucción del sistema jurídico en el que las personas decidan si cumplen o no el régimen normativo. No, por el con-

---

30 MALEM SEÑA, JORGE F., *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Ed. Ariel, 1ª reimpresión, Barcelona, 1990, pág. 17.

31 PÉREZ DEL VALLE, CARLOS, *Conciencia y derecho penal*, Ed. Comares, Granada, España, 1994, pág. 21. RAWLS, *Teoría de la justicia*, trad. Del origina *A Theory of Justice*, Harvard, 1971, de MARÍA DOLORES GONZÁLEZ, México, 1985, págs. 143 -144, 240. Frente a la tesis inicial de la igualdad en la libertad, NOZICK, *Anarquía, estado y utopía*, traducción del original *Anarchy, State and Utopia*, New York, 1974, de ROLANDO TAMAYO.

32 *Ibidem*.

trario, mi postura frente a la obediencia a la ley es que efectivamente se deben respetar y acatar siempre y cuando “su contenido sea moralmente justificado”<sup>33</sup>.

Ahora, centrando en mejor forma el objeto de este análisis dentro de la investigación que desarrollo, lo dirijo a determinar el momento en que es justificable la desobediencia a la ley. Para lograrlo, partiré de las siguientes premisas:

“puede haber conflicto cuando el juicio de conciencia apunta a la necesidad moral de un comportamiento —activo u omisivo— que vulnera las normas del derecho positivo”<sup>34</sup>. —Y— “cuando se niegue la posibilidad de un conflicto moral por afirmar que, si no existe presunción a favor de la obediencia política, como entiende SIMMONS, no hay obligación moral de seguir las leyes en conflicto si se da en el orden jurídico, siempre y cuando se considere que existe un reconocimiento en este ámbito del deber moral, especialmente en el orden constitucional”<sup>35</sup>.

Se evidencia que el problema central es la lucha entre dos poderes: el de la conciencia y el del Estado, el de la moralidad y el de la legalidad<sup>36</sup>, haciendo depender la legitimidad del poder del Estado sobre la conciencia del individuo, cuyo poder encuentra su legitimidad en sí mismo.

Habrà siempre autonomía individual en caso de conflicto entre el derecho vigente con su consecuente deber político de obedecer las leyes y los dictados de la conciencia o su autodeterminación moral<sup>37</sup>.

BOBBIO, por su parte presenta dos tesis para tratar de dilucidar el punto afirmando que, en la primera, es moralmente obligatorio obedecer las leyes sólo porque son válidas. Y la segunda, versión moderada, le otorga un valor al derecho instrumental y no final, afirmando en ella una doble consagración: primera, que las leyes para ser obedecidas, presuponen el reconocimiento de su idoneidad y efectividad para el establecimiento del orden, y la segunda, que ese orden no es el valor supremo y será pospuesto cuanto entra en conflicto con otros valores como los del respeto a la vida, la libertad, la dignidad humana, que la conciencia moral juzga superiores<sup>38</sup>.

33 MALEM SEÑA, JORGE F., *Concepto...*, pág. 42.

34 PÉREZ DEL VALLE, CARLOS, *Conciencia...*, pág. 30.

35 *Ibidem*, pág. 30.

36 SOLETO, IGNACIO, *Moralidad, legalidad, legitimidad: reflexiones sobre la ética de la responsabilidad*, Isegoña 2-1990, pág. 29 y sigs. en: PÉREZ DEL VALLE, CARLOS, *ibidem*, pág. 32.

37 FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho...*, págs. 921, 922.

38 BOBBIO, NORBERTO, “*Giusnaturalismo e positivismo giuridico*”, págs. 347, 361 en: FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho...*, pág. 922.

**IDEAS PRINCIPALES**

1. Una conquista del derecho penal liberal es el de haber determinado que sólo deben ser reprimidos penalmente los actos que ponen en peligro o lesionen bienes que sean fundamentales para la vida en común. De ahí que se considere que toda norma jurídico-penal, tiene que fundamentarse sobre un juicio de valor positivo respecto a tales bienes vitales.
1. *A conquest of the liberal criminal law is having determined that only must be suppressed penally, the acts that put in danger or injure goods that are fundamental for living jointly. Thus it considers that any norm juridical-penal, it has to be based on one positive judgment (reason) or value, with regard to such vital goods.*
2. Si bien los autores discuten en cuanto a la noción de bien jurídico, existe entre ellos casi unanimidad con respecto a que su determinación debe ser de carácter material.
2. *Though the authors discuss about the notion of juridical good, almost unanimity exists among them with regard to that his (her, your) determination must be of material character.*
3. La dificultad reside en que la determinación de los bienes que deben ser protegidos penalmente, presupone un juicio de valor de parte de quien detenta el poder, y en que éste no puede hacerlo sin despojarse de sus ideas, anhelos y prejuicios políticos, religiosos, culturales. Ante la cuasiimposibilidad de determinar los criterios objetivos útiles para la formación de este juicio valorativo, los juristas recurren actualmente, al catálogo de valores reconocidos en las constituciones.
3. *The difficulty resides in that goods determination must be protected penally, it presupposes a judgment (reason) of value on behalf of whom holds the power, and in that he can not do it without to undress his ideas, longings and political, religious and cultural prejudices. Before the cuasi inability to determine the objective useful criteria for the formation of this valuable judgment, nowadays the jurists resort to the catalogue of values recognized in the constitutions.*
4. De suyo entonces es que la moral ha servido de base ideológica para promulgar o derogar normas penales.

4. *That's why is that the morality has used as a ideological base to promulgate or to repeal penal procedures.*
5. Se deberá entender entonces por Estado de derecho aquel que constitucionaliza los derechos naturales en verdadero derecho positivo, significando con ello, la subordinación de las leyes al límite material del reconocimiento de algunos derechos fundamentales considerados constitucionalmente inviolables.
5. *It will have deal then for constitutional state that one that constitutionalizes the natural rights in real statute law, meaning with it, the subordination of the laws to the material limit of the recognition of some fundamental rights considered constitutionally inviolable.*
6. Cuando se presenta el conflicto entre obedecer las normas u obedecer a los dictados de mi conciencia, de mis principios se debe analizar a cuál de los dos extremos debo obedecer.
6. *When it presents the conflict between obeying procedures or obeying the dictations of my conscience, of my principles it is necessary to analyze which of the two ends i must obey.*
7. Se evidencia que el problema central es la lucha entre dos poderes: el de la conciencia y el del Estado, el de la moralidad y el de la legalidad, haciendo depender la legitimidad del poder del Estado sobre la conciencia del individuo, cuyo poder encuentra su legitimidad en sí mismo.
7. *It is demonstrated that the central problem is the struggle between two powers: this one the conscience and the state and that one of morality and legality, making depend the legitimacy of the power of the state on the conscience of the individual, which power finds its legitimacy in itself.*

## **BIBLIOGRAFÍA**

Artículo publicado en la Internet en la revista *Anuario de Derecho Penal, Universitas Friburgensis*, sin nombre de autor, [www. Unifr.ch/derecho penal/art/artmunl.htm](http://www.Unifr.ch/derecho_penal/art/artmunl.htm).

Artículo publicado en la Internet en la revista *Anuario de Derecho Penal*, BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, "Conversaciones", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, RCPC 04-C1, enero 28 de 2002. *Mannheim, Kriminologie*, vol. I, pág. 40; HART, *El concepto de derecho*, pág. 227; ROSS, *Responsabilità e pena*, pág. 62.

Artículo publicado en la Internet en la revista *Universitas Friburgensis*, sin nombre de autor, [www.Unifr.ch/derecho\\_penal/art/artmunl.htm](http://www.Unifr.ch/derecho_penal/art/artmunl.htm).

Article of revisit, *Rudolphi, systematischer Comentar*, col I, A.T., vor att. 1, n° 8.

Article of revisit, *Rudolphi, systematischer Comentar*, col I, A.T., vor att. 1, n° 3.

Article of revisit, *Rudolphi, systematischer Comentar*, col I, A.T., vor att. 1, n° 5; Musco, Berne giuridico, pág. 94.

BECCARIA CESARE, “De los delitos y de las penas”, traducción de SANTIAGO SENTOS MELENDO y MARINO AYERRA REDIN, estudio preliminar *Crítica y control del poder punitivo de Estado* por NODIER AGUDELO BETANCUR, Ed. Temis, S.A., Bogotá, Colombia, 1987.

BOBBIO, NORBERTO, “*Giusnaturalismo e positivismo giuridico*”, págs. 347, 361, en: FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho...*, pág. 922.

BOBBIO, NORBERTO, *Liberalismo y democracia*, traducción de JOSÉ F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, Ed. Fondo de Cultura Económica, 5ª reimpresión, México, 1999.

FERRAJOLI LUIGI, *Derecho y razón*, traducción de PERFECTO IBÁÑEZ y otros, Ed. Trotta S.A., Madrid, 1995.

HART, H.L.A., *The concept of law*, Clarendon Press, Oxford, Estados Unidos, 1993.

HOBBS, TOMMAS, “Leviatán”, citado en la obra de FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, traducción de PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, y otros, ed. Trotta S.A., Madrid, 1995.

JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts allgemeiner Teil* 1969; 2ª ed., 1972; 3ª ed., 1978; 4ª ed., 1988 A.T.

MALEM SEÑA, JORGE F., *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Ed. Ariel, 1ª reimpresión, Barcelona, 1990.

MAURACH REINHANT, *Deutsches Strafrecht*, A.T., 3ª ed. 1965; 4ª ed., 1971, pág. 213; BAUMANN, *Strafrecht*, A.T.

MONTESQUIEU, CARLOS LUIS DE SECONDAT, barón de la Brède, *El espíritu de las leyes*, ediciones Universales, Bogotá, Colombia, 2001.

PÉREZ DEL VALLE, CARLOS, *Conciencia y derecho penal*, GRANADA WELSEL, HANS, *Stratenwert*, AT: G. Strafrecht Allgemeiner Teil, parte I, 1971; 2ª ed., 1976, 3ª ed., 1981.

RAWLS, JHON, *Teoría de la justicia*, Fondo de la Cultura Económica (traducción del original *A Theory of Justice*, Harvard, 1971, de MARÍA DOLORES GONZÁLEZ), México, 1985.

SOLETO, IGNACIO, *Moralidad, legalidad, legitimidad: reflexiones sobre la ética de la responsabilidad*, Isegoría 2-1990, pág. 29 y sigs. en: PÉREZ DEL VALLE, CARLOS, *ibídem*, pág. 32.