

## PRELUDIO AL BIEN JURIDICO

*Por Eduardo Aguirre Obarrío*

Para comprender qué es el bien jurídicamente protegido y cuáles son sus funciones y consecuencias, conviene explicar, aunque sea por encima, cómo se llegó a esta idea.

Un buen día los filósofos del derecho y los criminalistas se preguntaron cuál era la esencia del delito: por qué unas cosas eran delitos y otras no.

Trataron la cuestión llamándola 'objeto del delito'.

Pienso que la palabra 'objeto' fue elegida porque los juristas escribían en latín por entonces y, en ese idioma, los verbos *objicere*, *objicere*, *objicere* y sus derivados significaban exponer, poner adelante, oponer, sumergir, echar en cara. Tenían un marcado tinte de obstáculo, igual que el sustantivo *obicitum*, objeto.

Por eso, cuando los viejos maestros hablaban de 'objeto' del delito, aludían a la valla que jurídicamente se contraponía a los hechos delictuosos y a la razón de ser de ella.

En castellano hay ciertas voces de la misma familia que conservan ese tono latino. Por ejemplo, *objetar* y *objeción*. Pero el nombre 'objeto' lo perdió, salvo su acepción más antigua.

Hoy todos entendemos que objeto es una cosa o ente (v.g. objeto de arte, objeto mto. pesado, de metal); es finalidad (como cuando se dice que alguien estudia con el objeto de aprender) o es el asunto y materia propios de una ciencia o de lo que se trata (hablamos del objeto de la física, de la psicología, de un recurso judicial).

Pero al expresar 'objeto' del delito, los penalistas siguen empleando la palabra con el sentido latino.

Para evitar confusiones es corriente hablar de objeto 'jurídico' del delito, pues existe la locución 'objeto material del delito' en la que 'objeto' equivale a cosa o ente (en este último caso se trata, como sin duda han estudiado ustedes, de la persona o cosa sobre la que recae la acción delictiva).

Carrara prefirió referirse al tema del objeto jurídico del delito apelando a giros diversos, que probablemente den una idea más clara acerca del asunto. Por eso dijo el Maestro *esencia del delito* o *naturaleza del delito* y, también, *ontología*.

¿Cuál es esa naturaleza, esa esencia del delito?

Si disparásemos a boca de jarro estas preguntas, frecuentemente escucharíamos responder que el delito es un quebrantamiento, una infracción o una desobediencia a la ley penal.

Pero quizás con mayor frecuencia la contestación sería que el delito, en última instancia, vulnera un derecho.

Limitémosnos, por ahora, a considerar estos dos tipos de respuesta, muy arraigados en el espíritu humano.

### III

Vamos qué sucede si sostenemos que la esencia del delito es un quebrantamiento de la ley penal.

En español, quebrantar, infringir o violar una ley es hacer lo que ella prohíbe o deja de hacer lo que manda.

Por supuesto que toda infracción jurídica, sea civil, comercial, administrativa o penal, tiene esta misma naturaleza, de la que deriva la nota de coacción, propia del derecho.

Así que, según este modo de ver las cosas, la esencia del delito y la de cualquier infracción serán idénticas. Únicamente se diferenciarían en que el delito viola una ley penal y las otras no.

Pero, como entonces, la ley penal es aquella cuya violación se castiga con sanciones penales, bastaría que el legislador decidiese prever éstas para que, sin más, cualquier hecho fuera delictivo.

Entonces las inclinaciones totalitarias podrían despertar, y algunos doctores que lo advirtieron —como los Padres españoles que enseñaban en Salamanca hace cuatro o cinco siglos— colocaron ciertas trabas. Si la ley es *sejoria*, decían, en conciencia no obliga (Francisco de Vitoria, Alfonso de Castro, Domingo de Soto, Francisco Suárez). Era menester, pues, que la ley fuese justa para que pudiera hablarse de delito.

### IV

El enfoque que venimos comentando produce una consecuencia en la ordenación de los delitos porque, si se atribuye una misma naturaleza a todos ellos, esa naturaleza no puede servir para clasificarlos ni distinguirlos.

Cuando todo el material que consideramos es, por ejemplo, verde, no podemos clasificarlo según su color. Del mismo modo, si el *quid* de todos los delitos es infringir la ley (el derecho objetivo), tampoco podrían sistematizarse conforme a este criterio, que no admite especies o subdivisiones.

Lo mismo ocurre cuando se sostiene la tesis de Binding, según la cual el objeto jurídico del delito es una desobediencia al derecho subjetivo que el estado tiene para exigir acatamiento a sus disposiciones. Es un criterio que tampoco permite subdivisiones.

Veamos ahora la segunda contestación. Afirma que la esencia u objeto del delito es vulnerar un derecho, aludiendo a un derecho subjetivo que puede variar según la figura delictuosa que consideremos.

Esta respuesta presupone que el delito sea una violación de la ley penal, pero reclama que, además, ataque un derecho subjetivo.

Como ese derecho subjetivo puede variar de figura a figura (e.g. derecho a la vida, al honor, a la libertad), se producen dos consecuencias.

Es la primera que cuanto más conozcamos el derecho que una figura protege (o que el hecho delictuoso ataca), mejor la interpretaremos.

La segunda, que será posible clasificar los delitos según cuál fuere el derecho subjetivo que tomasen en cuenta.

Estas dos funciones —interpretativa y sistemática— tienen gran importancia y volveremos sobre ellas más adelante.

## VI

Hubo muchos partidarios de esta tesis y, por supuesto, no todos sostuvieron exactamente lo mismo. Pero, en su mayoría intentaron restringir las facultades legislativas penales.

Por eso reclamaron que la ley, al establecer un delito, fuese justa y que, además, versara sobre un derecho subjetivo, extremo también restricto (ver VII).

Tales fueron las enseñanzas de Romagnosi, Filangieri y Mario Pagano. Años después lo explicó Feuerbach y, a poco, Pacheco, en España, junto con la escuela francesa del siglo pasado (Rossi, Blanche, Ortolan, Rauter, Chauveau). Es el mismo planteo de Carlos Tejedor y Manuel Obarrio, en nuestro país.

Pero el asunto se trató con más detalle y originalidad por la escuela toscana (Cremati, Carrignani, Carrara, Poggi, Puccioni), motivo por el cual me referiré a ella expresamente.

## VII

La escuela toscana, principalmente por obra de Carrignani, distinguía leyes de prosperidad y leyes de seguridad.

Leyes de prosperidad son las que el gobierno de una sociedad adopta para mejorarla, para que prospere, para facilitar su desenvolvimiento, para orientarla en cualquier campo que sea. En este tipo de leyes se manifiesta muy claramente la tendencia política de los gobernantes, a veces su desorientación y su buen o mal tino.

En cambio las leyes de seguridad tienden a proteger cosas que ya están y no esperanzas o anhelos, como las de prosperidad.

Eso que precixite, según la escuela toscana, es lo que el hombre se reservó en el contrato social, aquello que no delegó al estado; en última instancia, los derechos naturales y todo lo necesario para conservar la organización social en cuanto protege esos derechos.

Ustedes podrán pensar que las teorías contractualistas no están de moda y creerán o no en la realidad de los derechos naturales, pero deberán acordar que eso que los teólogos designaron ley justa, los franceses llamaron derechos del hombre y del

ciudadano, igual que nuestras declaraciones, derechos y garantías constitucionales y lo que ahora se denomina derechos humanos, forman bloques de derechos muy similares. De modo que con la parábola del contrato social o sin ella, la base de la construcción no se altera.

Ahora bien, la escuela toscana sostuvo que sólo debía colocarse dentro de la categoría de delito, sólo debía imponer sanciones "penales", cuando estaba en juego la seguridad y no la prosperidad.

La escuela colocó esa valla que el legislador no puede franquear "sin incurrir en tiranía" (Carrara).

En síntesis, no deben admitirse delitos que versen sobre leyes de prosperidad; éstas, en el mejor de los casos, solamente pueden establecer contravenciones, pues media una diferencia de calidad entre ellas y los delitos.

## VIII

Y volvamos al enfoque de los delitos como lesión a derechos subjetivos.

En los casos cotidianos parecía cumplir adecuadamente sus funciones, interpretativa y sistemática: es decir en homicidios, lesiones, injurias, violación, hurto, robo, espía. Era fácil encontrar algún derecho subjetivo, como el derecho a la vida, a la salud, al honor, etc. Y en cuanto al titular del mismo, es evidente. La vida de Ticio, el honor de Juan.

Pero cuando se revisa la ley penal, aparecen delitos en los que el asunto es menos claro (por ej. la traición a la patria, la corrupción pecuniaria de funcionarios y el espionaje). ¿Cuál es el derecho subjetivo? ¿A quién pertenece?

La dificultad puede zafar si se admite que hay derechos subjetivos públicos, cuyo titular es el estado (Hoy no se discute mayormente la cuestión, pero en su momento hizo comer mucho tinta).

Sin embargo, si seguimos buscando en la ley, descubriremos nuevas dificultades con otros delitos, como la asociación para delinquir, las inundaciones, la propagación de epidemias, diversos ataques a colectividades raciales, religiosas y profesionales, etc. Éstos no cuentan con el respaldo de un derecho subjetivo y no existe un titular de él.

Ni el público, ni los arios, negros, judíos y criollos tienen personalidad jurídica como conjunto; tampoco la poseen infinidad de grupos. Ni siquiera la familia. Pero ¿quién puede cuestionar que el derecho penal incluya una serie de delitos concernientes a estos y otros núcleos sociales?

De manera que, si es justo y cierto que los delitos aludidos deben ser punidos, será necesario que los doctores elijan uno de estos dos caminos. O se modifica la noción de derecho subjetivo (como algunos intentaron, sin mayor éxito) o se busca otra piedra de toque para el delito. En este caso debe tratarse de algo que cumpla su función tan bien como lo hacía el derecho subjetivo con los delitos corrientes; pero que lo cumpla, además, con delitos tan incontestables como faltos de dicha facultad.

La incógnita se despejó con lo que hoy llamamos bien jurídico.

## IX

En el fondo, la teoría del bien jurídico es hija de la doctrina del derecho subjetivo. El cambio se produjo así.

Según Rudolf von Ihering "El derecho es un interés jurídicamente protegido". Esta famosa definición implica que tras cada derecho subjetivo hay algo más. Algo más que no es el derecho subjetivo mismo, sino su razón de ser, en este caso un interés (material, moral, intelectual) que se quiere proteger.

Es claro –pero alguien– lo corriente es que el interés que se quiere tutelar sea su protección mediante algún derecho subjetivo. Pero ¿no sería posible protegerlo de otra manera? ¿no podríamos castigar penalmente su ataque, aún sin conferir a nadie un derecho subjetivo?

En otras palabras, si desplazamos la atención desde el derecho subjetivo hacia el interés que sustenta, habremos superado la dificultad que presentaban ciertas figuras de delito en las que no se advirtió cuál pudo ser el derecho subjetivo que protegían; pero claramente, ahora, vemos que tienen a su cargo tutelar un justo y lógico interés.

Este pasaje del derecho subjetivo al interés jurídicamente protegido es obra principal, por supuesto, de un conocedor de las doctrinas de von Hering y de las dificultades con que tropezaba la teoría del objeto del delito. Ese discípulo de Hering y gran penalista fue Franz von Liszt.

“Todo derecho es hecho para el hombre. Tiene por fin la defensa de intereses “vitales. Todos los intereses jurídicos son vitales, intereses del individuo o de la “comunidad. No es el orden jurídico el que crea el interés, sino la vida; pero la “protección del derecho convierte un interés vital en interés jurídico.”

Este remate de las ideas de v. Liszt, en cuanto establece la preexistencia del interés creado por la vida, nos liga con la tesis toscana porque –igual que ella– veda al legislador penal fabricar intereses. Estos deben existir desde antes; y a la ley criminal le corresponde captarlos, si lo cree del caso, y señalar ciertas formas de ataque a ellos, a las que opondrá la defensa más enérgica mediante la amenaza e imposición de pena. (Esta relación entre v. Liszt y la escuela toscana es casual. Es evidente que él nunca conoció el pensamiento de Carmignani o de Carrara sobre este punto).

## X

En la terminología de von Liszt, estos intereses vitales tutelados jurídicamente se llaman “bienes del derecho” (*Rechtsgüter*), bienes jurídicos.

El matiza la palabra acuñada por Birnbaum en 1834 (*Rechtsgut*), pero le da un alcance muy distinto, de manera que ese antecedente no tiene mucha importancia.

Por influencia de von Liszt (según quien el interés, cuando está jurídicamente protegido, se convierte en bien jurídico), casi siempre se emplean, en nuestra materia, bien e interés como sinónimos.

Sin embargo es posible diferenciar ambos significados. “Bien” es, en este caso, el ente susceptible de satisfacer una necesidad (física, intelectual, moral, individual, social, etc.) aunque algunos discuten si debe tener esa característica o basta con que creamos que la posee. “Interés”, en cambio, es una tendencia a obtener la utilidad que reconocemos en un bien. Los autores discuten si se trata de un juicio de valor (sobre el “bien”), o directamente de la tendencia motivada por dicho juicio.

Y, así, existe mucha polémica de detalle en la que no nos embarcaremos, porque trata de pequeños ajustes y correcciones que hacen las delicias de los doctores, pero que podrían distraer la atención sobre el panorama general. Es preciso conocerlo antes de discutir pormenores.

## XI

Vimos que, como naturaleza de un delito, los derechos subjetivos cumplían dos importantes funciones (sistemática e interpretativa). El bien jurídicamente protegido tiene las mismas. Permite clasificar las figuras de delito e inspeccionar cada uno de sus elementos conforme a la esencia que el bien irradió.

Para ello es preciso determinar claramente cuál es el bien tutelado, pero, a veces, no es sencillo hacerlo. Las mayores dificultades surgen de tres fuentes.

## XII

La primera consiste en que la designación de los bienes jurídicos puede ser muy lata y comprende intereses análogos, pero no iguales. Por ejemplo, cuando uno habla de propiedad o patrimonio, puede referirse a la tenencia, la posesión, el dominio, créditos u otros derechos patrimoniales. Lo mismo sucede con la libertad y la honestidad.

En todos esos casos, una buena interpretación exige que determinemos con la mayor precisión cuál es el bien que la figura protege, para la designación global es equívoca.

## XIII

La segunda dificultad proviene del carácter complejo de algunas figuras.

Cuando estas son simples, generalmente tutelan un solo bien jurídico. Cuando hay alternativas, es claro que cada una es simple, aunque podrían proteger sendos bienes.

Pero si la figura reclama un par de acciones sucesivas, o una acción y también un modo o un medio característico, o ciertas circunstancias, es probable que tome en cuenta varios bienes jurídicos.

Tal es el caso de la estafa, por ejemplo, figura que tutela por cierto el patrimonio, pero también la libertad de decisión o psíquica, vulnerada por obra del engaño, indispensable en este delito.

No basta que el patrimonio se perjudique, cuando en la libertad de la decisión no medió un error provocado; ni basta disponer engañado, si el patrimonio queda intacto. Ambos bienes jurídicos deben lesionarse para que el delito exista.

El código está plagado de estas figuras en las que los bienes jurídicos aparecen juntos o, según la expresión de Alfredo J. Molinario, estratificados. De tal modo que el problema se repite mucho en nuestro derecho, y es preciso conocerlo y analizarlo cada vez.

## XIV

La tercera dificultad deriva de la anterior. Consiste en que cuando los bienes jurídicamente protegidos por una figura son varios, hay que determinar en qué forma se tutela cada uno en cuanto a daño y peligro se refiere. Esas combinaciones son muchas y también será preciso conocerlas, caso por caso.

## XV

El tema de la clasificación de figuras según el bien jurídico que protegen es, en apariencia, más sencillo. Basta "agrupar en torno a cada uno de los bienes protegidos, las figuras delictuales que se consideran dañosas o peligrosas para los mismos" (Molinario). Pero cuando, como vimos, una figura tutela dos o más bienes, la abundancia dificulta la tarea.

Supongamos, por ejemplo, que disponemos de un cajón para cosas blancas, otro para las verdes, otro para las dulces y uno para las amargas. La miel irá a parar entre los dulces, el guardapolvo del hijo, bajo el rótulo de lo blanco. ¿Y el azúcar? ¿No es blanco y es dulce? ¿Dónde será ubicado?

El mismo problema se presenta cuando una figura protege la libertad y la honestidad (rapto), la libertad y el patrimonio (secuestro extorsivo), la salud y el peligro para la vida etc.

En estos casos, los estadidos se embarcaron en disputas temerarias, con un empuje digno de mejor causa. Porque, así como el azúcar estaría bien clasificado como blanco y, también, como dulce (pero no como cosa amarga), así sucede con los delitos.

El lugar en que se coloquen no eliminará la consideración de los demás bienes que tutelan, de la misma manera que el azúcar será dulce aunque figure como blanco, y viceversa.

Por estas razones no doy mucha importancia a los debates sobre la clasificación de una figura.

De todos modos hay muchas recetas a disposición para decidir el intrincamiento, pero ninguna de ellas conviene a todas las situaciones.

Debe prevalecer el bien dañado sobre el puesto en peligro, dicen, o el bien general sobre el individual, o el que tome en cuenta la finalidad que el delito reclama. Pero cuando vayan estudiando las diferentes figuras verán que, sin mayor daño, estos principios no siempre se aplican. Ocurra que una depurada sistematización podría llevar a la mitad de los delitos al grupo correspondiente a la libertad, o bien obligaría a repetir una disposición cuatro veces, en diferentes lugares. Son males mayores que los que se desea corregir.

## XVI

El bien jurídico tuvo azarosa vida con el despertar de los regímenes totalitarios. Era una traba incómoda. No permitía que los choques contra las intenciones y pretensiones gubernamentales de orientar o acallar tendencias fuesen caracterizados como delito. Porque les faltaba ese interés social presistente.

Entonces algunos —los más drásticos— despacharon al bien jurídico como anti-gualla. Lo hizo, por ejemplo, la escuela de Kiel durante la "hora más gloriosa" del Partido Nacional Socialista del Trabajo Alemán, cuando destronó al bien jurídico y puso en su lugar el sano sentimiento del pueblo, expresado por un Führer.

En cambio otros, menos convencidos, mantuvieron el bien jurídico sector para los delitos tradicionales, pero debieron resignarse a admitir que en ciertos casos el bien faltaba y quedaba substituido por "la finalidad del legislador".

Por último, los más útiles escamotearon la doctrina del bien jurídico supléndola directamente por la citada finalidad legislativa o por la finalidad de proteger las relaciones sociales estatales socialistas o soviéticas.

En verdad, sostener que el objeto del delito es el bien jurídico protegido o que es la finalidad del legislador o de la ley, da la impresión de ser algo parecido. Y lo es, siempre y cuando la finalidad apunte a proteger bienes jurídicos.

Pero cuando el legislador no tiene esa finalidad, sino la de tutelar sus propios fines —valga la repetición— la figura queda sin bien jurídicos y retrotraemos la cuestión a los tiempos iniciales del delito como simple violación a la ley penal o como pura desobediencia a ella.

## XVII

Cuando ustedes estudien los delitos, tal vez encuentren uno que otro sin bien jurídico cabal.

Pero nuestros ejemplos son raros (generalmente figuran en leyes especiales) y no conviene la legislación en totalitaria, aunque la empuñan.

Estas tachas se detallan, sea por inadvertencia, sea porque algunas reparticiones públicas preparan los proyectos de la ley que les concierne y sobervalen su función —comprensible defecto humano— con lo que el sistema penal se desequilibra o aparecen disposiciones ridículas.

De todos modos, afortunadamente, la idea de bien jurídico sigue en su bastión.

#### NOTAS

- I Entre *obvicio*, *objecio* y *objectum* hay pequeñas diferencias. En la 4a. edición del Diccionario de la Real Academia (1801) ya figuraba como antigua la acepción del sustantivo objeto: "objeción, ó tacha o reparo"; "tacha y excepción". A ella recurre Ortega y Gasset. "El Espectador", I. *Filosofía*. Carrara en el Programa, habla de este jurídico y objeto. Después emplea las locuciones del texto (Criterio definitivo della convenzionalità del delitto, en "Opuscoli", III, y sobre todo en *Lección sobre la ontología*, en "Riminianorum di cattedra e foro").
- III Texto muy antiguo (v.g. Covarrubias). En el siglo pasado lo siguieron Birnbaum, Mitteisler, Haug, Fessina, Garraud.
- VI Es un error atribuir a Feuerbach la paternidad de este enfoque, corriente en Italia por entonces (Renzani en 1772, Arminati en 1795, por ejemplo).
- VII Conviene recordar la definición de delito propuesta por Carrara.
- XI La función interpretativa del bien jurídico tiene mucha importancia, además, en cuanto a la antijuricidad, concursos aparentes, delicto continuado, participaciones, tentativa, etc. A título de ejemplo, véase Jorge Alberto Sandro, Garantías constitucionales, dolo y tentativa indólcita, en el Homenaje de la Universidad de Córdoba a Sebastián Soler.
- XVI Antolín, "Problemi penali odierni", 1940; Dahm, *Verbrechen und Tatbestand*, 1935; Kies, *Das Verbrechen als Rechtsgut*, 1936; Schaffstein, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935.
- XVII v.g. la ley de contrabando, la de vinos, ciertas infracciones fiscales, etc.

#### INDICACION BIBLIOGRAFICA

En castellano, para los alumnos

MOLINARIO Alfredo J. El bien jurídico protegido por los delitos contra el orden público o la paz pública, Madrid, 1941.

MARQUARDT Eduardo H. Valor y bien jurídico, en "Temas Básicos de Derecho Penal".

GRISOLIA Alberto, El objeto jurídico del delito, Santiago, 1919 (Francisco Camara, *Lección sobre*

CARRARA, Francesco, *Lección sobre la ontología*, en el "Programa", Apéndice (vol. 18), traducción de Sebastián Soler, Ricardo C. Muñoz y Ernesto E. Gavio; Buenos Aires, 1949.

FRANZ von Sier, *Tratado de Derecho Penal II*, traducción de Luis Jiménez de Azúa, Madrid, 1921.

ZAFFARONI Eugenio, *Teoría del Delito*, Buenos Aires, 1973.

COUSSEAU MC IVER Luis, *Derecho Penal chileno I*, Santiago, 1975.

La monografía más importante es de Arturo Recco, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica*, 1913.

Lo más reciente: Michael Herz, *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut"*, 1972; Miguel Peleáin Navarro, *El bien jurídico en el derecho penal*, 1974, y Georgia Gregori, *Saggio sull'oggetto giuridico del reato*, 1978.