

EL BIEN JURÍDICO EN EL DERECHO PENAL. ALGUNAS NOCIONES BÁSICAS DESDE LA ÓPTICA DE LA DISCUSIÓN ACTUAL

MARIANO KIERSZENBAUM *

Resumen: El concepto de bien jurídico ha cumplido hasta hoy importantes funciones en la dogmática penal; lo ha hecho como criterio para la clasificación de los delitos, y como elemento de base y límite al orden penal. Así, el bien jurídico ha servido al liberalismo como barrera contenedora del poder punitivo. Sin embargo, esta idea de bien jurídico como noción reductora de la coerción estatal se encuentra actualmente en una de sus más fuertes crisis. Las críticas más duras provienen de la pluma de Jakobs, en la doctrina alemana, y de la pluma de Sancinetti, en la doctrina argentina. Pretendemos aquí exponer sucintamente las aristas de la discusión actual en torno a la relevancia o no de esta noción desde las teorías actuales.

Abstract: The notion of “legally protected interest” has served, to date, relevant purposes in the study of Criminal Law: it has been used as criterion for the classification of crimes and as a boundary for Criminal Law. In that way, the notion of “legally protected interest” has been used by liberalism as a restraining barrier for punitive power. But the understanding of “legally protected interest” as a coercion-reducing notion is currently undergoing one of the most serious crisis ever. The harshest criticism comes from Jakobs, within German scholars, and from Sancinetti, within Argentine ones. The purpose of this work is to briefly explain current discussions regarding whether the notion in question is significant or not according to current theories.

* Estudiante de Abogacía (UBA). Agradezco especialmente las interesantes sugerencias de mi entrañable amigo Nicolás Laino. Dedico el artículo a Noemí Rempel, Gustavo Recio Antón, Miguel Herszenbaun, Federico Mackin y Karina Blanco. Este trabajo fue elaborado, inicialmente, para ser presentado en las clases introductorias de aquellos cursos de la parte especial del derecho penal dictados con entusiasmo y compromiso académico por Noemí Rempel (durante el segundo cuatrimestre de 2007) y sus asistentes, entre quienes orgullosamente ocupó un lugar.

Palabras clave: Derecho penal - Bien jurídico - Poder punitivo - Sanción.

Keywords: Criminal Law - Legally protected interest - Punitive power - Sanction.

I. NOCIONES ELEMENTALES

1. Concepto

Ha de ser, quizá, el bien jurídico el concepto más difícil de definir en el ámbito de la ciencia penal¹. Podría decirse que la doctrina ha esbozado tantas definiciones como autores han tratado el tema².

Por nuestra parte, creemos, siguiendo en gran parte a Von Liszt, que el “bien jurídico” puede ser definido como un *interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico*.

De la definición dada tenemos que el bien jurídico es un a) *interés vital* que preexiste al ordenamiento normativo, pues tales *intereses* no son

¹ “...la cuestión teórica del concepto material de delito sigue sin estar clara, pues hasta ahora no se ha logrado precisar el concepto de ‘bien jurídico’ de modo que pudiera ofrecer una delimitación jurídicamente fundada y satisfactoria por su contenido” (ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, trad. y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Ramesal, Civitas, Madrid, 1997 [obra alemana, München, 1994], p. 54). “Independientemente de las definiciones que se han dado de bien jurídico, impera la falta de certeza respecto de su contenido. Se trata de un concepto indeterminado que puede prestarse para cualquier cosa” (FIGUEROA ORTEGA, Yván J., en RODRÍGUEZ DE BELLO, Gladys [coord.], *Ley sobre el hurto y robo de vehículos automotores. Comentada*, Paredes, Caracas, 2008, p. 48). “Dadas las variedades con que se presenta, es prácticamente imposible conceptualizar exhaustivamente el bien jurídico” (TAVARES, Juárez E.X., *Bien jurídico y función en Derecho penal*, trad. de Mónica Cuñarro, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 15).

² No en vano dijo Welzel que “el bien jurídico se ha convertido en un auténtico Proteo, que en las propias manos que creen sujetarlo se transforma en seguida en algo distinto” (WELZEL, ZStW, 58, §. 491 ss., 509, cit. por JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997 [2ª ed. alemana 1991], ps. 47 y 48). Aquí van algunas definiciones: “...relación de disposición de un sujeto con un objeto” (ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 466); “los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema” (ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 56, la bastardilla es del original); “estados vulnerables, protegibles y valiosos” (JÄGER, Herbert, *Rechtsgüterschutz Strafgesetzgebung und bei Sittlichkeitsdelikten: eine kriminalsoziologische Untersuchung*, Stuttgart, 1957, 13, cit. por ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 52).

creados por el derecho sino que éste los *reconoce*, y, mediante ese reconocimiento, es que esos intereses vitales son bienes jurídicos³; b) la referencia a la *sociedad determinada* nos señala que ese interés que es fundamental en un determinado grupo social y en un determinado contexto histórico, puede no serlo en otro, por esa razón es discutible la idea de que existan intereses universales y eternos; c) la idea de que el bien es un interés reconocido por el ordenamiento jurídico nos lleva a preguntarnos qué rama del ordenamiento jurídico es la que “crea” los bienes jurídicos, es decir, la que reconoce intereses fundamentales, ¿lo es el derecho penal? La respuesta es negativa, el derecho penal no crea bienes jurídicos, sino que se limita a sancionar con una pena a *ciertas* conductas que lesionan *ciertos* bienes de *cierta* forma. *El bien jurídico es creado (lo cual equivale a decir que el interés vital es reconocido) por el Derecho constitucional y el Derecho Internacional*⁴.

2. Diferencia entre bien jurídico, Derecho objetivo y derecho subjetivo

La idea de bien jurídico que hemos esbozado puede, con frecuencia, confundirse con las nociones de Derecho objetivo o derecho subjetivo, y no está mal que así sea, o mejor, no es extraño que así sea, porque en su origen histórico estos conceptos se han entremezclado, siendo el derecho subjetivo lesionado el antecesor del bien jurídico lesionado⁵. Intentaremos analizar la cuestión, que, de todos modos, arrojará más preguntas que respuestas.

³ En este sentido, Franz von Liszt se expresó de la siguiente manera: “Nosotros llamamos bienes jurídicos a los intereses protegidos por el Derecho. Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico”, VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, trad. de la 20ª ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa, adicionado con el Derecho penal español por Quintilliano Saldaña, t. II, 4ª ed., Reus, Madrid, 1999, p. 6.

⁴ Conf. ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002 (1ª ed., 2000), ps. 98 y ss., 486 y ss.: “...la legislación penal no crea bienes jurídicos, sino que éstos son creados por la Constitución, el derecho internacional y el resto de la legislación. (...) La ley penal sólo eventualmente individualiza alguna acción que lo afecta de cierto modo particular, pero nunca puede brindarle una tutela amplia o plena, dada su naturaleza fragmentaria y excepcional” (p. 486).

⁵ Conf. VON FEUERBACH, P.J.A.R., *Tratado de derecho penal*, trad. al castellano de la 14ª ed. alemana por Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires, 1989 (14ª ed. alemana, Giessen, 1847; obra original alemana, Giessen, 1801).

Sostuvimos que el bien jurídico es, esencialmente, *un interés vital que adquiere reconocimiento jurídico*. Esta noción puede confundirnos y llevarnos a pensar que si es un interés con reconocimiento jurídico, entonces el bien jurídico es un derecho, o que el derecho es un bien jurídico, o que ambos conceptos son lo mismo.

Para resolver este problema lingüístico debemos primero hacer un distingo entre derecho objetivo y derecho subjetivo.

Grosso modo, diremos que el Derecho objetivo es una ley. v. gr., cualquier artículo contenido en un tratado de derechos humanos es derecho objetivo, y todo el tratado es derecho objetivo.

En este sentido, el bien jurídico no puede confundirse con el Derecho objetivo, porque el bien jurídico no es la ley, sino el interés fundamental positivado en ella. Más claro: cuando hablo del bien jurídico vida no me refiero al artículo de tal o cual tratado que protege a la vida.

Respecto del derecho subjetivo, decimos que es, a grandes rasgos, *la facultad jurídicamente reconocida que tiene una persona de comportarse de tal o cual forma o de exigir de una, de varias o de todas las personas un comportamiento (sea activo u omisivo)*. Es decir, cuando hablamos del derecho subjetivo a la vida nos referimos, por caso, a la facultad que una persona tiene de exigir a los otros que no lo maten o que hagan algo que favorezca su desarrollo vital, y su respectiva facultad de administrar su vida como le plazca, pudiendo, si así lo desea, extinguirla.

En esta acepción el “derecho a la vida” puede confundirse con el “bien jurídico vida”, pues cuando un sujeto mata a otro ciertamente ha lesionado el derecho subjetivo vida, pues se ha comportado de una manera contraria a la que el titular del derecho tenía facultad de exigir (p. ej., no disparando un arma en su dirección).

Sin embargo, el bien jurídico vida es una cosa muy distinta, al menos en los términos aquí utilizados, al derecho subjetivo vida. Pues, en nuestra consideración, el bien jurídico no se emparenta con la facultad concreta de una persona de exigir un comportamiento, sino con un interés vital para el desarrollo de los individuos en una sociedad determinada.

De todos modos, el problema de diferenciar las nociones de bien jurídico y derecho subjetivo no es de tan sencilla resolución.

Como primera medida, es menester aclarar algo. El derecho subjetivo, como categoría, comprende, a no dudarlo, al derecho estatal de exigir de los ciudadanos el respeto por las normas que él dicta. Y señala Aguirre Obarrio que Binding sostenía que “el objeto jurídico del delito es una desobediencia al derecho subjetivo que el Estado tiene para exigir acatamiento

a sus disposiciones”⁶. Aquí sí es del todo claro que el bien jurídico no es *este* derecho subjetivo. El bien jurídico no es el derecho del Estado de exigir acatamiento, mas cómo diferenciaremos al bien jurídico del resto de los derechos subjetivos es el problema.

Enseñaba el maestro Jiménez de Asúa, con verdad en sus palabras, que “[e]s muy antigua (...) la teoría de que el delito es la violación de los derechos subjetivos, deduciéndose de aquí que el objeto de la infracción es el derecho subjetivo que en cada caso la ley protege concretamente. Esta concepción se remonta a Feuerbach (*Lehrbuch*, § 21), y de parecida manera formula su doctrina Oppenheim”⁷; y agregaba a continuación que “La tesis más generalizada hoy, y a nuestro juicio la más certera —decía Jiménez de Asúa—, es la de considerar objeto del delito, o mejor dicho objeto de protección, los intereses o bienes tutelados por el Derecho. Fueron, primero Carlos Tittmann, y después Birnbaum quienes expusieron estas ideas...”⁸.

Parecería entonces que el bien jurídico es el interés que da sentido a la norma, y no la facultad del sujeto de exigir que ese interés sea respetado. De hecho, podría existir un bien jurídico que no prevea como correlato ningún derecho subjetivo, razón por la cual el interés allí protegido no tendría prevista una acción que otorgue al titular del bien la facultad de exigir su cumplimiento, ése es el caso que, según Aguirre Obarrio, habría dado sentido a la creación de la noción de bien jurídico, es decir, las situaciones en las cuales existía un “bien” digno de protección, pero que no podía encontrarse en él un derecho subjetivo propiamente dicho⁹. Es claro el maestro Ricardo Núñez cuando afirma que “[p]ara evitar que el término *derecho* se tome en el sentido de *derecho subjetivo* [refiriéndose

⁶ AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, “Preludio al bien jurídico”, *Lecciones y Ensayos*, Segunda época, n°1, 1981, Facultad de Derecho y Cs. Sociales, UBA, p. 18.

⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, t. III, “El delito”, 5ª ed., Losada, Buenos Aires, 1950, p. 103.

⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado...*, cit., t. III, p. 103.

⁹ El “enfoque de los delitos como lesión a derechos subjetivos [e]n los casos cotidianos parecía cumplir adecuadamente sus funciones, interpretativa y sistemática: es decir en homicidios, lesiones, injurias, violación, hurto, robo, estafa. 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. (...) Sin embargo, si seguimos buscando en la ley, descubriremos nuevas dificultades con otros delitos, como la asociación para delinquir, las inundaciones, la propagación de epidemia, diversos ataques a colectividades raciales, religiosas y profesionales, etc. Ellos no cuentan con el respaldo de un derecho subjetivo y no existe un titular de él (...) Pero ¿quién puede cuestionar que el Derecho penal incluya una serie de delitos concernientes a estos y otros núcleos sociales?” (AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, *Preludio...*, cit., p. 20).

a la expresión acuñada por Carmignani ‘derecho ofendido’, como criterio para la exposición de delitos en la parte especial, que fuera antecedente del actual concepto de bien jurídico], lo que excluiría a los intereses que no son objeto de una pretensión jurídica, la doctrina habla ahora de *intereses* o de *bienes jurídicos...*”¹⁰.

El problema que encontraremos rápidamente en esta acepción, que distingue al bien jurídico del derecho subjetivo, finca en el hecho de que, en definitiva, resulta ser más expansiva del poder penal que limitativa, pues se afirma que el bien jurídico surge para abarcar situaciones que no eran abarcadas por el derecho subjetivo.

Interesante definición, que puede zanjar la discusión y unificar conceptos (bien jurídico y derecho subjetivo) es la que nos proporciona Arthur Kaufmann, al afirmar que

Derecho subjetivo (facultad) es la voluntad de poder otorgada a través del derecho objetivo para la realización autónoma de un interés jurídicamente protegido (bien jurídico). El derecho subjetivo no es, entonces, ni solamente el interés protegido jurídicamente (en este sentido, sin embargo, Rudolf v. Ihering) ni solamente la voluntad de poder garantizada por el derecho objetivo (como pensaba Bernhard Windscheid), sino ambos a un mismo tiempo¹¹.

En la definición de Kaufmann el distinguo entre derecho subjetivo y bien jurídico perdería todo sentido, pues el bien jurídico es, en este caso, un elemento dentro de la noción de derecho subjetivo. La utilidad de distinguir ambos conceptos surge, seguramente, de una doble necesidad, la de poder explicar que existen derechos subjetivos que no tienen como base ningún bien jurídico (como interés), y la de explicar que hay bienes jurídicos desvinculados de un derecho subjetivo (como facultad). Por otra parte, como tercera posibilidad, podría decirse que no cualquier interés puede erigirse en bien jurídico, sino sólo intereses vitales para el desarrollo de un individuo en una sociedad —como aquí lo hicimos—, y esta diversificación de intereses elevaría a estos segundos a la categoría de bienes jurídicos *stricto sensu*.

¹⁰ NÚÑEZ, Ricardo C., *Tratado de derecho penal*, t. III, vol 1, “Parte especial. Delitos contra las personas”, 2ª reimpr. de la 2ª ed., Lerner, Córdoba, 1987 (2ª ed., 1965; 1ª ed., 1960), p. 15.

¹¹ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, 2ª ed., trad. al castellano por Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999 (título original: *Rechtsphilosophie*, 2ª ed. alemana, 1997), p. 213.

3. Bien jurídico y objeto de la acción

El bien jurídico ha de ser distinguido del objeto de la acción. Podría enunciarse así, como lo ha hecho la doctrina, un distingo entre objeto material y objeto jurídico del delito¹², siendo este último el bien jurídico. El objeto material, u objeto de la acción, es aquel ente físico sobre el cual, concretamente, recae la acción del sujeto. Por ejemplo, en el delito de hurto es el objeto material del delito la cosa mueble que ha sido sustraída, y es el bien jurídico la propiedad¹³.

II. SURGIMIENTO¹⁴

Este concepto surge en los comienzos del siglo XIX de la mano del pensamiento ilustrado como un límite al legislador a la hora de criminalizar conductas. Ese particular contexto histórico estuvo signado por una gran preocupación vinculada a contener al poder punitivo estatal.

Sus primeras formulaciones le son atribuidas a Johann M. F. Birnbaum, no obstante se reconoce que Binding fue quien impuso el concepto de bien jurídico, aunque no como noción prelegal, tarea que sí intentó desarrollar con posterioridad Von Liszt, de este modo enseña Stratenwerh que

El concepto de “bien” fue introducido en la discusión jurídico-penal por *Birnbaum* en 1834, con la expresa finalidad de lograr una definición “natural” de delito, independiente del Derecho positivo. (...) Para *Binding*, que es quien impuso realmente el concepto de “bien jurídico”, lo único determinante era la decisión del legislador de otorgar protección jurídica a un bien. En contraposición, fueron sobre todo *v. Liszt* y la doctrina neokantiana del Derecho penal, representada entre otros por *M. E. Mayer* y *Honig*, los que intentaron desarrollar parámetros “prelegales”¹⁵.

¹² Véase AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, *Preludio...*, cit., p. 17.

¹³ Véase ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., t. I, trad. y notas Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Ramesal, Civitas, Madrid, 1997 (obra alemana München, 1994), p. 54.

¹⁴ Véase acerca del surgimiento y evolución del concepto: FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito*, B de F, Montevideo, 2004, ps. 11 y ss.

¹⁵ STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general*, t. I., “El hecho punible”, 4ª ed., trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005 (4ª ed. alemana, 2000), p. 65. Por su parte, expresan Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, en forma coincidente con Stratenwerth, que “Desde el punto de vista histórico, la paternidad del concepto de bien jurídico, entendido como noción apta para determinar el objeto de la tutela penal, se atribuye al jurista alemán Birnbaum. En un escrito de 1834 [“Über das Erfordernis riner Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht

Por su parte, Aguirre Obarrio reconoce en von Liszt al hacedor principal del traspaso de la idea de derecho subjetivo protegido a la de bien jurídico protegido¹⁶.

III. FUNCIÓN DE GARANTÍA

La noción de bien jurídico ha dado lugar, en el ámbito del Derecho penal, al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. La principal consecuencia que puede extraerse del principio mencionado finca en el hecho de que sólo sería legítima aquella norma destinada a proteger bienes jurídicos. Ello descarta la posibilidad de cualquier tipo de sanción respecto de pensamientos o comportamientos que no dañen a otro. Es una idea que tiende a la reducción del Derecho penal.

Bacigalupo se expresa de la siguiente forma:

El Derecho penal moderno (a partir de Binding) se ha desarrollado desde la idea de protección de bienes jurídicos. De acuerdo con ella, el legislador amenaza con pena las acciones que vulneran (o ponen en peligro) determinados intereses de una sociedad determinada. La vida, la libertad, la propiedad, etcétera, son intereses o finalidades de la sociedad que el legislador quiere proteger amenazando a quienes los ataquen con la aplicación de una pena; de esta forma, tales intereses se convierten, a través de su reconocimiento en el orden jurídico positivo, en bienes jurídicos. De la idea de protección de bienes jurídicos se deducen en la teoría límites para el *ius puniendi*, es decir para el derecho de dictar leyes penales...¹⁷.

Por su parte, Maximiliano Rusconi enseña que

Según esta teoría, es el concepto de la protección de bienes jurídicos el que debe transformarse en la idea rectora de la formación del tipo y en la legitimación de la intervención punitiva. El derecho penal, para este punto de vista, es el

auf den Begriff der Ehrenkränkung', en *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, 1834, ps. 149 y ss.], Birnbaum evaluaba críticamente la concepción protoilustrada del delito como 'violación de un derecho subjetivo', advirtiendo cómo la concepción mencionada había sido incapaz de explicar por sí misma la punición de hechos lesivos de bienes con un rango particular (...), pero que no podían encuadrarse en el paradigma del derecho subjetivo", en *Derecho penal. Parte general*, trad. de Luis Fernando Niño, Temis, Bogotá, 2006 (4ª ed. italiana, 2001), p. 33.

¹⁶ Véase AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, *Preludio...*, cit., p. 21.

¹⁷ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, ps. 43 y 44.

instrumento al que se acude sólo para la protección de los intereses vitales de la comunidad: vida, libertad, honor, propiedad, etc.¹⁸.

Queda claro entonces, que tal principio, en apariencia, no puede ser entendido sino como una garantía del individuo frente al poder estatal y nada más que eso; pues *allí donde haya una pena deberá haber un bien jurídico lesionado, lo cual no significa que allí donde haya un bien jurídico lesionado deba haber una pena*.

Sin embargo, esta función de garantía que acompañó al nacimiento del concepto de bien jurídico ha sufrido violentas modificaciones que han olvidado su carácter de estándar axiológico. Maximiliano Rusconi, siguiendo a Ferrajoli, traza la siguiente “parábola involutiva”¹⁹:

1. En un primer momento, en el pensamiento ilustrado, el objeto del delito debía ser la lesión de un derecho subjetivo natural de la persona (vida, salud, libertad).

2. Birnbaum luego hablaría de “cualquier bien que debe ser tutelado por el Estado, siempre que esta tutela general no pueda ser realizada más que mediante la amenaza de una pena determinada”.

3. Para la escuela clásica italiana (Romagnosi, Pellegrino Rossi y Carrara) el concepto continúa manteniendo una base empírica.

4. En la segunda mitad del siglo XVII el concepto pierde “toda función axiológica”. Quizá en este momento se produce la “bisagra” más nítida desde el punto de vista conceptual. Al decir de Ferrajoli: “Su significado no sólo se amplía, sino que conoce una radical alteración de su referente empírico, que se desplaza de los intereses individuales afectados al interés del Estado, concebido al principio como interés en la protección de lo que éste considera digno de ella y, más tarde, simplemente, como interés en la obediencia o en la finalidad. Este giro, en parte, es atribuido a Hegel” (cita de Ferrajoli, *Derecho y Razón*, ps. 464 y ss.).

5. Luego, a través de Ihering, Liszt y Binding, el concepto, progresivamente, se va transformando en “el derecho del Estado a las acciones u omisiones impuestas bajo amenaza de pena”. Esta concepción se ve identificada nítidamente en la concepción de Giuseppe Maggiore para quien “todo delito es, en definitiva, un delito de felonía, un crimen *laesae maiestatis*”.

6. El último giro “involutivo”, Ferrajoli lo ubica en la etapa espiritualista e irracionalista en la cultura alemana de comienzos del siglo XVIII, momento en

¹⁸ RUSCONI, Maximiliano, *Derecho penal. Parte general*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 78.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto A. Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1997 (ed. italiana, 1989), p. 467.

el cual “el concepto de bien se desmaterializa definitivamente, transformándose, de criterio de delimitación y deslegitimación externa, en instrumento positivo y autorreflexivo de legitimación política de los intereses tutelados”.

7. Sin embargo, Ferrajoli advierte que luego de la Segunda Guerra Mundial el concepto adquiere “relevancia crítica y función axiológica”²⁰.

IV. LOS BIENES JURÍDICOS COMO CRITERIO PARA LA EXPOSICIÓN DE LOS DELITOS EN LA PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO PENAL

La parte especial de nuestro Código Penal —correspondiente al Libro Segundo— expone los delitos. Esa exposición está orientada por los bienes jurídicos a los cuales las conductas tipificadas lesionan. Este modo de clasificación de los delitos se remonta, en la doctrina internacional, a Giovanni Carmignani²¹, ilustre representante de la escuela toscana del derecho criminal. Se afirma, con razón, que el orden en el cual aparece cada bien jurídico demuestra una valoración por parte del legislador, es decir, los bienes jurídicos que primero aparecen son los de mayor importancia²².

Esta enumeración de delitos reconoce la siguiente clasificación: se toman en un mismo título los delitos que dañan un mismo bien jurídico (v.gr., Título V, “Delitos contra la libertad”) o, excepcionalmente, se toma como parámetro al titular de los bienes jurídicos lesionados, como así lo hacen los títulos correspondientes a los delitos contra las personas, delitos contra la administración pública y delitos contra los poderes públicos²³; luego, dentro de cada título, encontramos diferentes capítulos, en los cuales se subclasifican los delitos que lesionan un mismo bien jurídico

²⁰ RUSCONI, Maximiliano, *Derecho penal*, cit., ps. 81 y 82.

²¹ Conf. CREUS, Carlos - BUONPADRE, Jorge, *Derecho penal. Parte especial*, t. I, 7ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 1; NÚÑEZ, Ricardo, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., act. por Víctor F. Reinaldi, Lerner, Córdoba, 1999. Aunque Carmignani, vale aclarar, no habría acuñado el concepto bien jurídico, sino que se refería “al derecho violado (objetividad jurídica del delito)” (NÚÑEZ, Ricardo, *Manual...*, cit., p. 12).

²² En un sentido contrario se expresa Eusebio Gómez, quien ha afirmado que “(n)o porque un delito tenga prioridad, dentro de la enumeración de la ley, podrá pensarse que ésta dispensa al bien que con tal delito se lesiona mayor protección que al que aparece tutelado mediante una incriminación inscripta en otro término. Intrínsecamente, la protección es idéntica para todos los bienes” (*Tratado de derecho penal*, Compañía Argentina de Editores, t. II, Buenos Aires, 1939, p. 10). En igual criterio que Eusebio Gómez se enrola FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, act. por Guillermo Ledesma, 16ª ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2002, p. 12).

²³ SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. III, La Ley, Buenos Aires, 1945, p. 12.

de acuerdo al modo de ataque²⁴ o de acuerdo a una “fragmentación del bien jurídico genérico”²⁵ (v.gr., Capítulo I del Título V, “Delitos contra la libertad individual”).

Ese Libro Segundo, el referido a los delitos, se compone de doce títulos, los cuales están divididos en capítulos. Los títulos son los siguientes: Título I: “Delitos contra las personas”, el cual comprende ataques contra la vida y la integridad física; el Título II, referido a los “Delitos contra el honor”; el Título III, sobre “Delitos contra la integridad sexual”; Título IV, “Delitos contra el estado civil”; Título V, “Delitos contra la libertad”; Título VI, “Delitos contra la propiedad”; Título VII, “Delitos contra la seguridad pública”; Título VIII, “Delitos contra el orden público”; Título IX, “Delitos contra la seguridad de la Nación”; Título X, “Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional”; Título XI, “Delitos contra la Administración Pública”; y el Título XII, “Delitos contra la fe pública”.

V. ALGUNOS PROBLEMAS ESTRUCTURALES

Creemos aquí que la pregunta acerca del bien jurídico debe incidir en dos ámbitos que hacen a la estructura misma del sistema penal: el primero —y *conceptualmente previo a la elaboración misma de la teoría del delito*— está vinculado a la necesidad de que las normas penales tiendan a proteger bienes jurídicos; el segundo, y siempre que el primero arroje una respuesta afirmativa, referido al impacto que la lesión efectiva al bien jurídico debe tener en el ámbito de la conformación del ilícito, es decir, si ante la creencia de que el orden jurídico-penal se estructura sobre la base de la protección de bienes jurídicos, la lesión efectiva del bien (resultado típico) debe tener incidencia a la hora de fundar el ilícito.

1. La protección del bien jurídico como fundamento del sistema de sanciones penales

El primer problema con el cual nos topamos en el marco de análisis respecto de la temática del bien jurídico es el referido a la veracidad respecto de esa función externa que ha de cumplir el bien jurídico como fundamento del derecho penal y como límite del mismo.

²⁴ Conf. CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, 6ª ed. (de seis ediciones), Astrea, Buenos Aires, 1997 (1ª ed., 1983), p. 3.

²⁵ SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, cit., t. III, La Ley, Buenos Aires, 1945, p. 11.

En la actualidad existen fuertes sectores de la doctrina que cuestionan la aptitud del concepto de bien jurídico a los efectos de limitar el poder punitivo y, asimismo, su concreta eficacia en la protección de los bienes. En consecuencia, ponen en crisis su capacidad para fundar el orden penal.

Uno de los principales detractores de la teoría del bien jurídico proviene de la doctrina alemana, y es el lúcido jurista Günther Jakobs.

El profesor de Bonn entiende que el derecho penal no tiene por función proteger bienes, sino reafirmar la vigencia de la norma.

Comienza su argumento demostrando que, en realidad, el derecho penal no pretende proteger bienes, pues ellos, normalmente, se destruyen sin intervención de persona alguna, sino naturalmente. Así lo anota:

Si se incluyen todos los bienes que deben ser protegidos de modo incondicionado (...) entre los bienes jurídicos, pronto se constata que en la gran mayoría de las ocasiones perecen de un modo que no le interesa al derecho, especialmente al derecho penal, en lo más mínimo. [Por ejemplo] [l]os seres humanos mueren por las afectaciones que sus órganos presentan inevitablemente al alcanzar una edad avanzada...

(...) [S]e dice, entonces, que la relevancia jurídica de los bienes es relativa, referida sólo a una determinada puesta en peligro. (...) [e]l derecho penal ya no garantiza la existencia de los bienes jurídicos en sí, sino sólo que las personas no ataquen esos bienes, y, de manera correspondiente, únicamente en esta medida se tratará de bienes jurídicos, por lo demás, de meros bienes que pueden perecer. (...) [l]a muerte por senectud es la pérdida de un bien, pero la puñalada del asesino es una lesión de un bien jurídico. Por lo tanto, el derecho penal no sirve para la protección genérica de bienes que han sido proclamados como bienes jurídicos, sino para la protección de bienes contra ciertos ataques, y sólo en lo que se refiere a esta protección los bienes aparecerán en la lente del derecho, y serán bienes jurídicos.

(...) Por lo tanto, el derecho penal como protección de bienes jurídicos significa (¡en todo caso!) que una persona, encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona²⁶.

Del párrafo transcrito puede apreciarse la línea argumentativa mediante la cual Jakobs funda su discurso. Su retórica se aparta de cualquier noción material de bien para centrarse en la idea de personas interrelacionadas conviviendo en sociedad. De esta forma al derecho penal (o a la legislación penal) le interesa que un sujeto no ataque al resto, y no proteger un bien. Así lo escribe Jakobs:

²⁶ JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en el Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, ps. 41 y 42.

Si se considera esta primera pequeña conclusión provisional con más detalle (...), se percibe que, en lugar de la afirmación de que el derecho penal persigue la protección de bienes jurídicos, también puede plantearse (...) que el derecho penal garantiza la expectativa de que no se produzcan ataques a bienes²⁷.

Pero de lo hasta aquí expuesto pueden quedar aún algunas dudas respecto de la materialidad del bien, pues parece que incluso cuando el derecho penal no protege bienes, al menos intenta evitar ataques contra ellos (o mejor, contra personas encarnadas en sus bienes), pero el jurista de Bonn se encarga de aclarar el panorama:

A primera vista (...) parecería que en última instancia, todo acaba en la protección de bienes jurídicos. [Pero si hacemos] [u]n examen más exacto: (...) [e]l titular del bien puede permitir su destrucción; si el bien está en peligro, no sucede que todos deban ayudar al titular a salvarlo; únicamente se pretende que no tenga lugar la destrucción o la sustracción del bien. Por lo tanto, desde el punto de vista del derecho penal, el bien aparece exclusivamente como pretensión del titular de que éste sea respetado (...) el bien no ha de representarse como objeto físico o algo similar, sino como norma, como expectativa garantizada...²⁸.

Concluye tajantemente Jakobs:

El derecho penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos²⁹.

Pues, afirma el profesor alemán:

Lo que caracteriza al comportamiento humano jurídico penalmente relevante no es que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos —esto también sucede por catástrofes naturales, animales, etc.—, sino su significado: contiene el esbozo de un mundo³⁰.

En su favor intenta demostrar, entre otras cosas, que *existen tipos penales que no suponen la lesión de bien jurídico alguno*, sino que se definen exclusivamente por la *infracción de ciertos deberes*, lo que él denomina, siguiendo la teoría sistémica de Luhmann³¹, abandono del rol. Entre esos

²⁷ JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el derecho penal...”, cit., p. 42.

²⁸ JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el derecho penal...”, cit., p. 43.

²⁹ JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el derecho penal...”, cit., p. 43.

³⁰ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. al castellano de Manuel Cancio Meliá, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, p. 11.

³¹ Para mayor detalle acerca de esta teoría puede leerse con provecho: LUHMANN, Niklas, *Introducción a la teoría de los sistemas. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrete*, Anthropos, México DF, 1996.

delitos, Jakobs anota, fundamentalmente, a aquellos en los cuales el sujeto activo no puede lesionar un bien jurídico, por la sencilla razón de que el bien jurídico no existe aún, sino que él, *en todo caso*, tiene a su cargo su creación, y, *en el mejor de los casos*, ni siquiera debe crear un bien, sino que debe realizar una institución. Ejemplo de estos delitos son los de funcionarios públicos:

“No es posible ordenar al derecho penal en función de un esquema tan sencillo, bien *versus* moral; pues los bienes (...) presentan determinadas condiciones de supervivencia sin la cuales no pueden ser usados, y también habría que proteger esas condiciones de subsistencia. Dicho en un ejemplo: sólo en un Estado con una administración de justicia segura podrá haber propiedad segura (...). Por ello es necesario proteger a la administración de justicia frente a los cohechos, a las prevaricaciones, etc. Pero cuando un juez comete prevaricación, no ha lesionado un bien existente en perfección e independiente de él con la denominación “correcta administración de justicia” sino que no ha generado aquella administración de justicia que debe existir.

[Se podría decir] que el juez habría dejado de participar, en contra de su deber, en la constitución del bien jurídico “correcta administración de justicia”; sin embargo, con toda certeza es más adecuada a la materia la formulación de que el juez ha abandonado su rol, es decir, que ha lesionado las expectativas que existían frente a él en cuanto titular de un determinado rol.

(...) Siempre que el autor no actúa en el papel de ‘cualquiera’, que sólo tiene el contenido negativo de que no debe lesionar a otros, sino que actúa cumpliendo un rol con contenido positivo, (...) tiene el cometido de realizar una institución, y por ello la denominación de lesión de un bien jurídico es completamente inadecuada para tales infracciones de deber”³².

Como vimos, muy hábilmente, el profesor alemán demuestra que uno de los extremos de la teoría del bien jurídico es, en el marco científico de su teoría, falso. Pues afirma que no todo tipo penal sanciona a quien lesione un bien jurídico, por la sencilla razón de que existen tipos penales que sancionan única y exclusivamente “la defraudación del rol asignado”. Pero el argumento del lúcido jurista de Bonn no se detiene, sino que, habiendo demostrado que existen situaciones en las cuales se debe penar a alguien que no lesiona bienes jurídicos, nos muestra ahora que existen situaciones en las cuales no se debe penar a quien sí lesiona el bien jurídico:

...la causación de la pérdida (...) *per se* nada significa respecto de la competencia por esa pérdida (...). Quien no hace nada que contradiga su rol (legal) tampoco

³² JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el derecho penal...”, cit., ps. 43 y 44.

defrauda una expectativa, sino que se conduce de modo socialmente adecuado, cuando adquiere relevancia causal respecto de la lesión de un bien”³³.

En una pequeña conclusión acerca del pensamiento de Jakobs que aquí transcribimos, podemos afirmar que el jurista alemán advierte, y enseña, que —*conforme a su teoría, vale aclarar*— el factor común a todos los ilícitos no es la lesión de un bien, pues ella puede existir o no —*o puede también no castigarse a nadie aun existiendo bien jurídico lesionado*—, sino que lo que existe en todos los ilícitos —*y lo que siempre se castiga*— es el abandono de un rol que defrauda una expectativa.

Pero debemos señalar en este punto que Jakobs no está solo en su postura, pues no sólo desde la doctrina alemana se hacen escuchar las voces críticas, sino que algunas de ellas provienen de nuestro país, y aún más cerca, desde nuestra propia universidad.

En ese sentido, debemos mencionar a Marcelo Sancinetti, quien —*en lo que parece ser un gran cambio en lo que había sostenido en su primera tesis doctoral*³⁴— afirma que la idea de un derecho penal como protector de bienes jurídicos resulta expansiva del poder punitivo, pues si se pretende erigir a la amenaza de pena en un escudo protector de bienes, qué más conveniente que “incrementar el grosor de ese escudo” (incrementar las penas) para lograr una más eficaz protección. Y, adicionalmente, afirma que tal protección no puede ser realizada fácticamente.

Así lo escribe Sancinetti:

Si el Derecho penal realmente pudiera cumplir la misión de “proteger bienes jurídicos” en sentido físico, como si fuera un vidrio blindado que se levanta-se delante de los bienes, ciertamente sería correcto aumentar el grosor del vidrio tanto como fuera posible, pues cuanto más denso fuese el blindaje, mayor sería la protección.

Pero esa noción es errada. La ley penal no es un “escudo protector”; ni pretende, ni puede lograr que el delito desaparezca. Ésa no es una misión que deba serle adscripta como cosa propia ni siquiera en forma ideal. No es que por el hecho de que la ley penal sea incapaz de cumplir esa misión deba desaparecer: sólo significa que no “protege”, al menos no si por “protección” se entiende un “escudo real contra el agresor eventual”³⁵.

³³ JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el derecho penal...”, cit., p. 45.

³⁴ SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

³⁵ SANCINETTI, Marcelo, A., *Casos de Derecho penal. Parte general*, Hammurabi, 3ª ed., Buenos Aires, 2006, p. 53.

El argumento parece, a primera vista, ser convincente, pero puede, sin embargo, ser rebatido con la misma o mayor sustancia. En este sentido, podemos responder a ese argumento utilizando palabras de un férreo defensor del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, como lo es Maximiliano Rusconi³⁶ (aunque el autor citado las utiliza para contestar a un argumento diferente de Julio Maier, creemos que aplican del mismo modo respecto de la opinión de Sancinetti). En esos párrafos se expresa Rusconi sosteniendo que las garantías, por principio, son instrumentos que tienden (y sólo pueden tender) a limitar el poder punitivo estatal y jamás a ampliarlo o legitimarlo, por esa razón, dice Rusconi, no se puede pretender utilizar el argumento del bien jurídico protegido para incrementar las penas, pues esa idea desvirtuaría la función propia de la garantía. De esta forma, entiende el lúcido jurista argentino, que “una conducta que amenaza al bien jurídico es la condición necesaria, pero no suficiente para criminalizar esa conducta”³⁷; “el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos es un límite al momento de construir el tipo penal, pero nunca un elemento extensivo del tipo penal frente a otros criterios negativos de la tipicidad”³⁸.

El argumento de Rusconi puede llegar a conformarnos respecto de la imposibilidad de ampliar el poder punitivo sobre la base del concepto del bien jurídico, pero, hasta ahora, nada nos dice respecto de la ineficacia que Sancinetti le cuestiona a los efectos de proteger bienes. Y, ciertamente, Rusconi no pretende en ningún momento demostrar la eficacia que Sancinetti reclama, pues a él no le importa legitimar el poder punitivo, sino que su preocupación pasa, pura y exclusivamente, por limitar el existente sobre la base de las garantías constitucionales; en este sentido afirma:

...la teoría del bien jurídico (...) no pretende fundar en razones explicables empíricamente la legitimidad del sistema de control penal, sino todo lo contrario. Esta teoría busca establecer como condición de ilegitimidad un déficit material de la actividad legislativa. El derecho penal sería ilegítimo si sus normas no pueden reconducirse a la protección de bienes, y adicionalmente será ineficaz si no logra esa protección a la cual remite el discurso normativo³⁹.

Empero, Sancinetti sí se preocupa por encontrar una “bondad legítima” en el ejercicio punitivo, y por ello ensaya un argumento vinculado

³⁶ Conf. RUSCONI, Maximiliano, *Derecho penal...*, cit., ps. 82 y ss.

³⁷ RUSCONI, Maximiliano, *Derecho penal...*, cit., p. 88.

³⁸ RUSCONI, Maximiliano, *Derecho penal...*, cit., p. 88.

³⁹ RUSCONI, Maximiliano, *Derecho penal...*, cit., p. 90.

con la función del Derecho penal, no como protector de bienes, sino como protector de normas. Veamos:

La pena sólo “protege” en el sentido de una “comunicación” trabada entre infractor y sociedad y entre los miembros de la sociedad.

El quebrantamiento de una norma advierte a todos que la expectativa de la conducta debida que encierra la norma está en discusión. La pena demuestra que, para la sociedad, en cambio, todo aquel que se atenga a la norma está en lo correcto; quien la quebrante, en lo erróneo. Se trata, pues, de un intercambio de mensaje y respuesta. El autor del hecho punible pronuncia el principio: “la norma que quebranto no rige para mí”; la sociedad le responde que sí rige, constata la norma como existente; y se lo demuestra a todos, también al autor, a su costa.

Rusconi retoma el argumento de la eficacia (o mejor, falta de eficacia) que Sancinetti objetara al concepto de protección de bienes. Pero lo hace revirtiendo el argumento y le traslada el problema a Sancinetti. En efecto, afirma Rusconi que Sancinetti puede tener razón en cuanto a la incapacidad del poder penal para proteger bienes, pero sostiene que Sancinetti tampoco podría negar que el poder penal es igualmente inoperante a los efectos de “estabilizar normas”, pues ese “mensaje comunicacional” se daría en un número ínfimo de infracciones, ya que las estadísticas del sistema penal demuestran que la gran mayoría de hechos delictivos no son condenados (o mejor, sólo una pequeñísima minoría de hechos delictivos son condenados). Por lo tanto, y en definitiva, reformulando aquí lo que afirma Sancinetti, en el común de los casos el autor del ilícito diría: “La norma no vale para mí”, y la sociedad nada respondería. En consecuencia *la norma no sería estabilizada*, y de hecho jamás podría serlo —*salvo en un número mínimo de casos*—, pues el problema de que la criminalización secundaria⁴⁰ no se realice no es coyuntural de este contexto histórico-territorial —de nuestro sistema penal—, sino estructural de cualquier sistema penal, pues como afirman Zaffaroni, Alagia y Slokar: “La criminalización primaria es un programa tan inmenso, que *nunca y en ningún país se pretendió llevarlo a cabo en toda su extensión, y ni siquiera en parte considerable, porque es inimaginable*”⁴¹.

⁴⁰ La criminalización es definida por Zaffaroni-Alagia-Slokar como “la selección penalizante”, la cual se divide en dos momentos: criminalización primaria, que “es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas” (*Derecho penal...*, cit., p. 6), y la criminalización secundaria, que “es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas” (p. 7).

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal...*, 2ª ed., cit., p. 7.

En suma, puede afirmarse que el argumento vinculado con el aumento de penas —*situación a la cual la teoría del bien jurídico conduciría*— es inválido por desconocer la naturaleza liberal propia que el bien jurídico entraña, esto es: *la exclusiva y única capacidad de ser factor limitante y contenedor del poder punitivo*.

A su turno, el segundo argumento dado por el sector funcionalista, el argumento de la eficacia, es tan perjudicial para una teoría como para la otra, pues ninguna sale airoso de la prueba empírica. Y podemos agregar, como dato curioso, que las teorías funcionalistas parecen, en la mayoría de los casos, desconocer cualquier relevancia al dato empírico, cualquier dato de la realidad ajeno al mundo normativo —pues su afán tiende a la normativización de todos los conceptos—, pero, sin embargo, cuando algún dato fáctico es “funcional” a los efectos de “estabilizar” su teoría contra embates críticos o de “desestabilizar” teorías ajenas, suelen recurrir al dato empírico o al ejemplo del mundo cotidiano.

En conclusión, y en consecuencia, sea cual fuere la teoría que se escoja, a ella sólo podrá caberle la tarea de limitar el poder punitivo, pero no la de legitimarlo; y si el bien jurídico puede ofrecer algo en ese sentido, será recibido con beneplácito.

2. La lesión del bien jurídico como fundamento del ilícito

Una vez establecido que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos es criterio rector a la hora de fundar un sistema penal, parece lógico suponer que si la *razón de ser* de las normas penales fuera la protección de bienes, entonces debería existir un mayor reproche punitivo hacia quien lesiona el bien jurídico en comparación de quien sólo lo pone en riesgo, pero ello puede ser controvertido. Aunque cabe aclarar que desde una óptica de estricta *lege lata* la discusión no resiste siquiera un *round*, pues el Código Penal argentino ha establecido penas mayores para el delito consumado que para la tentativa, para el delito de lesión que para el de peligro concreto y para el delito de peligro concreto sobre el de peligro abstracto (aunque desde el punto de vista constitucional uno puede sostener que, de conformidad con el principio de culpabilidad, no es legítimo agravar la situación punitiva por causar el resultado respecto de quien hizo lo mismo y no causó el resultado). Sin embargo, no es aconsejable remitir la discusión al texto de la ley sin buscar los fundamentos que le confieren racionalidad (o lo tornan irracional) por ello abriremos el juego a la opinión controversial.

En este entendimiento, ha afirmado Sancinetti en su primera tesis doctoral:

Cuando la norma prohíbe el homicidio, marca que la vida del hombre constituye un bien, un valor, del cual deriva la prohibición. De aquí se sigue que el bien jurídico cumple una función prioritaria en el concepto de ilícito; no el resultado efectivo, pero sí el resultado que la decisión de acción abarcó en el contexto de la finalidad.

¿Cuál es entonces esa función prioritaria del bien jurídico? En primer lugar, la de dar legitimidad a la norma que impone el deber: el legislador, según principios normativos de orden superior, constitucionales —y, por ende, contingentes, no conceptuales—, no puede imponer cualquier deber. En segundo lugar, cumple la función de definir el disvalor de acción contrario a la norma; pues la acción no es contraria a la norma sin más ni más, “porque sí”, sino en la medida en que la voluntad del autor se contrapone al bien jurídico, y, por medio de esto, a la norma...

La función legitimante de la norma penal que tiene el bien jurídico, no se pone de manifiesto entonces en que debe haber un menoscabo efectivo (resultado), sino en que sólo mediante la relación de oposición entre la voluntad del autor y el bien jurídico, puede ser definido, precisamente, el disvalor de acción⁴².

De lo expresado en aquella oportunidad por el jurista de Buenos Aires, tenemos que, según él, aun en el caso de que creamos que el bien jurídico cumple alguna función como control externo al sistema, esta función no implica que la efectiva lesión de ese bien deba ocupar algún lugar en la fundamentación del ilícito, sino que mediante una teoría subjetivista (basada única y exclusivamente en el disvalor de la acción) podría igualmente fundarse un orden penal tendiente a la protección de bienes, pues lo que da sentido a la norma es la idea de impedir que los individuos realicen acciones que tiendan a lesionar bienes jurídicos, y la norma, entonces, sólo puede impedir (y, por ende, prohibir) esa acción, mas no puede impedir (y, por ende, prohibir) la lesión. Más claro aún puede leerse en el siguiente párrafo:

Naturalmente, el hecho de que el ilícito esté constituido por el disvalor de acción exclusivamente, no le quita un ápice al valor del bien jurídico como principio fundante:

“Sin un disvalor de resultado al cual esté dirigida la acción, tampoco es posible un disvalor de acción. Ninguna acción es plena de valor o contraria al valor por sí misma; ella siempre recibe su valor o su disvalor recién de su referencia

⁴² SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, ps. 111/112.

a una meta plena de valor o contraria al valor. De ello se sigue que no hay acciones de ilícito, cuyo disvalor no esté referido a un bien jurídico; toda prohibición jurídico-penal sirve a la protección de un bien jurídico” [Zielinski, Diethart, *Handlungsunwert*, ps. 124 y ss.].

Tendría que estar absolutamente fuera de cuestión que —según esto— un concepto de ilícito circunscripto al disvalor de acción no tendría modo de desviar el derecho hacia la moral, porque toda consideración sobre la legitimidad de la protección del “interés” respectivo (bien jurídico), se halla ya en la base del juicio de disvalor sobre la acción⁴³.

Creemos aquí que el problema es complejo, y puede que Sancinetti tenga cierta razón en cuanto a que el efectivo resultado no es factor determinante a la hora de fundar el ilícito, sin embargo debido a que en este pequeño trabajo no pretendemos introducirnos en una problemática semejante —razón por la cual no podemos fundar debidamente una postura en este punto—, optaremos por quedarnos —provisoriamente, y sólo provisoriamente— con el *siempre simplista* argumento *de lege lata* y afirmar —*en principio y para no confundir al lector novel que se introduce en el estudio de la materia*— que la lesión al bien jurídico es carácter rector a la hora de fundar el ilícito y, en consecuencia, será determinante en la tarea hermenéutica de resolución de casos, permitiendo la inclusión de criterios correctores de la imputación, como lo es la “insignificancia” (en la obra de Zaffaroni aparece como criterio limitador de la tipicidad conglobante).

VI. PROBLEMAS ADICIONALES

Luego de abordar la temática del bien jurídico en relación con su función fundadora (o limitadora) de la ley penal y de su función como fundamento (o no) del ilícito, creemos oportuno introducirnos en dos tópicos más, cuales son: 1) la titularidad y 2) la disponibilidad del bien jurídico.

1. Titularidad del bien jurídico

Se suele decir que existen bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos estatales. Los primeros se referirían a intereses del individuo y los segundos a intereses del estado. Pero, ello no contesta a la pregunta de quién es el titular del bien, pues aunque pueda pensarse que la respuesta surge de la misma definición (los bienes jurídicos individuales son del in-

⁴³ SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría...*, cit., p. 39.

dividuo y los estatales del estado), la cuestión no está tan clara; y esta falta de claridad (o mejor, claridad en sentido contrario) queda de manifiesto en las siguientes citas:

Giuseppe Maggiore, al referirse al homicidio, señala:

El objeto de este delito es la necesidad de amparar la vida humana, que es un bien sumo, no sólo para el individuo, sino para la sociedad y el Estado, como valor cualitativo y cuantitativo (demográfico). La vida, dada al hombre por Dios, solo Él puede quitársela. El Estado puede imponer el sacrificio de ella para fines supremos de la colectividad, pero el individuo nunca puede convertirse en árbitro de su destrucción, a menos que el ordenamiento jurídico, por alguna reconocida causa de justificación, le otorgue ese derecho⁴⁴.

Por su parte, Alfredo Molinario plantea lo siguiente al referirse a la titularidad del bien jurídico vida:

Hay un punto particularmente interesante en el análisis del delito de homicidio, respecto de a quién pertenece el bien jurídico tutelado por la ley en la represión de ese delito. Este bien jurídico, en rigor de verdad, suscita un doble orden de intereses:

Por un lado, el interés de cada ser humano en gozar de la vida, a la cual ha sido llamado y en la cual tiende a permanecer hasta por simple inercia vital. Dicho interés halla, a su vez, un reflejo en el interés que tiene el Estado de tutelar ese derecho. Es claro que se trata de un interés análogo al que tiene en tutelar cualquier otro: el derecho al honor, el derecho a la libertad, el derecho a la propiedad, etc. Esto ocurre porque una de las finalidades del Estado es tender a garantizar a cada individuo el goce y ejercicio pacífico de todos sus derechos. Es en esta primera fase donde aparece el interés del sujeto, reconocido y protegido por el Estado.

Pero, además, por otra parte, hay un interés directo del Estado en la conservación de la vida humana, como instrumento que ella es para la realización de sus finalidades, entre otras, la finalidad demográfica, que explica su propia subsistencia. En efecto, el Estado, así como el individuo, tiende, por inercia o por voluntad, a subsistir en el tiempo, y no podría hacerlo, como es evidente, sin pueblo, que es uno de sus elementos. El Estado, pues, y ésta es la segunda fase, ve en la vida humana un instrumento que asegura su perpetuidad.

Fuerza es, pues, tener presente esta doble posición del Estado frente al delito de homicidio: posición de tutela de la vida humana, que no se diferencia con la que ejerce respecto de los demás derechos, y posición respecto de la cual el Estado es sujeto directamente lesionado. Aspecto, este, muy interesante, pues, como lo veremos al estudiar el problema del homicidio consentido por la vícti-

⁴⁴ MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal. Parte especial. De los delitos en particular*, Temis, Bogotá, 2000 (4ª ed. italiana, 1950, t. IV), ps. 275 y ss.

ma, para la determinación de si tal hecho es o no delito, es preciso acudir a este principio, ya que, de lo contrario, podría cuestionarse su acriminación por defecto de sujeto pasivo⁴⁵.

Como se observa, los citados juristas le atribuyen al Estado una enorme “co-titularidad” de los bienes, que incluso parece imponerse sobre la titularidad individual.

Por nuestra parte, no adherimos a su opinión, y creemos que la titularidad del bien jurídico pertenece siempre al individuo, no al Estado.

Ello así en razón de que desde una óptica liberal, como ya lo hemos afirmado, el bien jurídico debiera servir (si es que alguna función puede serle atribuida) sólo a la empresa de limitar el poder del Estado, y si éste viene a erigirse en titular de todos los bienes jurídicos, esa función garantizadora desaparecería, o peor, daría un giro de ciento ochenta grados para transformarse en un instrumento útil para expandir el poder estatal.

Y en este sentido es correcta la crítica de Maier (aunque, claro, como lo explicaremos, no compartimos su punto de partida) referida a que la idea del bien jurídico ha servido al Estado para confiscar el conflicto a la víctima, erigiéndose en titular de todos los bienes:

El principio del bien jurídico constituye el último y más acabado ensayo teórico de aquello que los abolicionistas expresan con las palabras expropiación del conflicto, en tanto, al objetivar a la víctima y abstraer el objeto de la lesión, transforman un conflicto social entre protagonistas reales, en un conflicto con el Estado por la desobediencia a sus normas: la víctima real, según se observa, está ausente, despersonalizada y, en principio, carece de todo poder en el sistema; sintéticamente: no interesa⁴⁶.

Como lo afirmamos, la crítica de Maier es, a nuestro juicio, cierta; no obstante, lo es sólo parcialmente, y ello así en razón de que sólo surte efectos a la hora de cuestionar una teoría del bien jurídico en la cual el titular de todos los bienes sea el Estado, pero si los bienes son titularidad de cada individuo, no hay razón por la cual el Estado deba expropiar el conflicto a nadie (o al menos no desde el argumento del bien jurídico). Por eso no compartimos el punto de partida de Maier, pues sigue los lineamientos de una teoría que ve la titularidad del bien en un Estado absoluto, lo cual se contrapone con la esencia liberal del bien.

⁴⁵ MOLINARIO, Alfredo - AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, *Los delitos*, t. I, TEA, Buenos Aires, 1999, ps. 104/105.

⁴⁶ MAIER, Julio, B. J., “La víctima y el sistema penal”, en *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 185, citado por RUSCONI, Maximiliano, *Derecho penal...*, cit., ps. 86 y 87.

2. Disponibilidad del bien jurídico

La doctrina clasifica, normalmente, a los bienes jurídicos en *disponible* e *indisponibles*. Siendo los segundos aquellos sobre los cuales el individuo al cual pertenecen no podría consentir su destrucción.

Sin embargo, algunas consideraciones doctrinarias han puesto en crisis esta idea. En este sentido, Eugenio R. Zaffaroni definía al bien jurídico como "...la relación de disponibilidad de una persona con un objeto..."⁴⁷. Lo cual lo llevó a eliminar la clasificación de bienes jurídicos entre disponibles e indisponibles, pues los segundos, al no ser disponibles, no podrían ser bienes jurídicos o, de lo contrario, existiría una contradicción terminológica insalvable. Así lo escribe el citado autor:

La idea de disponibilidad es criticada, particularmente por quienes clasifican los bienes jurídicos en disponibles e indisponibles, lo que se contrapone frontalmente con la disponibilidad como característica esencial del concepto. Este malentendido deriva de la identificación de disposición con destrucción. La destrucción es un límite —poco usual— de la disponibilidad, pero en un estado social y democrático de derecho la forma ordinaria de disponibilidad es el uso o aprovechamiento del objeto de la relación. En este sentido, es claro que la vida es el bien jurídico más disponible, pues a cada instante se dispone del tiempo de vida. Los casos a que usualmente se apela para negar el concepto de bien jurídico como disponibilidad son el suicidio y la destrucción del estado. Cabe observar que son dos supuestos en que el sujeto pierde de una vez y para siempre todos los bienes jurídicos y no sólo la vida o el estado: en el primer caso desaparece el sujeto; en el segundo, la protección jurídica. De allí que en el caso del suicidio pueda exigirse el recaudo de que, por lo general, sólo sea legítima la práctica directa por el propio sujeto. En el caso del estado, se trata de un bien jurídico de sujeto múltiple y, por consiguiente, un sujeto aislado no puede disponer de él en forma destructiva, lo que es característica común a todos los bienes jurídicos de sujeto múltiple⁴⁸.

Luego de esta explicación, podemos entender que el bien jurídico pertenece al individuo y es él quien puede disponer de dicho bien, aunque, al parecer, sobre ciertos bienes el titular no podría consentir su lesión (o des-

⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1980/1983, p. 240. Más cerca en el tiempo, el autor citado, en una obra conjunta con Alagia y Slokar, modifica la noción, reemplazando el término persona por el de sujeto: "*Relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto...*" (ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal...*, cit., 2ª ed., p. 489).

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal...*, cit., 2ª ed., ps. 489 y 490.

trucción). Surge entonces un nuevo problema, que se traduce en el siguiente interrogante: ¿Cuáles son esos bienes?

Al respecto podemos tomar nuevamente una cita de Zaffaroni, Alagia y Slokar, quienes al tratar otro tópico (la legítima defensa) afirman:

La solución de este problema se ha ensayado mediante una teoría general de los bienes personales (...). Esta teoría distingue: (a) bienes de los cuales los individuos nunca pueden ser privados, ni aun mediando consentimiento del titular (torturas, vejaciones, libertad —reducción a servidumbre—, vida); (b) bienes de que los individuos pueden ser privados sólo mediando su consentimiento (actos de coerción personal del proceso, extracción de líquidos del cuerpo y otros procedimientos que causen lesión o dolor aunque sea insignificante, extracción de órganos); (c) bienes de los que el individuo puede ser privado a condición de compensar su pérdida (propiedad, intimidad, la libertad en alguna medida —detención—); y (d) bienes de los que el individuo puede ser privado sin su consentimiento ni compensación (pena privativa de la libertad por sentencia, condenas civiles)⁴⁹.

En suma, podemos quedarnos con la idea de que el bien jurídico pertenece al individuo, y es él quien decide respecto de cómo dispondrá de aquél; no obstante lo cual, existen bienes que no pueden lesionarse justificadamente aun mediando el consentimiento de su titular, lo cual no excluye la idea de disponibilidad en tanto se diferencie adecuadamente aptitud de disponer y aptitud de destrucción.

VII. CONCLUSIÓN

Queda claro que la idea de bien jurídico como criterio rector para fundar un sistema penal justo atraviesa fuertes crisis, pues recibe distintas críticas de diversos sectores de la doctrina —algunas de ellas provenientes de excelentes plumas, como las que aquí transcribimos—. Por ello resulta sumamente difícil lidiar con todos los problemas que este tópico encarna (conceptualización, capacidad de fundar el sistema, capacidad para fundar el ilícito, titularidad de los bienes, disponibilidad de los bienes, entre otros), pero, sin embargo, ello no debe distraer la cuestión central que se refiere a la capacidad concreta que esta idea, bien entendida, pueda tener a los efectos de funcionar como elemento de contención del poder punitivo (ya sea en su forma de criminalización primaria, ya sea en su forma de

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal...*, cit., 2ª ed., p. 605; ver NINO, Carlos, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 475.

criminalización secundaria). Y si es cierto, como aquí lo creemos, que esta idea originariamente liberal puede proporcionar un baremo axiológico que nos permita medir la racionalidad o irracionalidad de un determinado derecho positivo y, asimismo, de su concreta aplicación, ello sólo amerita ya, sin más, la difícil tarea de encarar en extenso el desarrollo de los problemas que muy sucintamente hemos planteado —y otros que, con seguridad, surgirán—, tarea ésta aún por realizarse, y muy probablemente inacabable, pero de cuyo empeño dependerá, en gran medida, la racionalidad de las respuestas que brinde la ciencia penal del futuro, en su loable e ineludible fin de contener los violentos embates del poder punitivo estatal.