

Bien jurídico y fundamentación

Una defensa de la concepción metodológica de los bienes jurídicos

Por Eugenio A. Camadro Jáuregui [1]

I. Introducción [arriba]

En el presente trabajo, se busca examinar críticamente la teoría del bien jurídico. Para ello, en primer lugar, se efectúa una breve descripción de su desarrollo teórico y se da cuenta del estado actual de la discusión, intentando reseñar esquemáticamente las principales posturas respecto a su fundamento. Posteriormente, se analiza y descarta la viabilidad de la concepción político criminal de los bienes jurídicos. Finalmente, se busca indagar sobre el potencial del concepto metodológico de la teoría, basada en una concepción normativa del derecho penal. Intentando, en definitiva, sostener que la misma, hoy en día solo puede tener razón como elemento interpretativo de las normas penales, que conecte el plano fáctico con la ratio legis normativa; concebida como determinadas exigencias en las valoraciones de estados de cosas o acciones en el mundo a partir de la letra de los tipos penales.

II. Teoría del bien jurídico. Análisis de su fundamento dogmático [arriba]

El desarrollo de la teoría del bien jurídico se ha enlazado con diversos temas de la dogmática y la política criminal, históricamente coincidente con las distintas elaboraciones del concepto de delito[2], siendo hoy un tópico altamente controvertido[3]; relacionado con las necesidades -en aparente contradicción- de justificación y limitación conceptual del ámbito de legitimación de lo criminalizable, mediante un fundamento objetivo u ontológico[4].

La doctrina mayoritaria, usualmente, asigna un núcleo común de funciones a esta teoría, consistente en la misión de racionalizar -en un sentido y en otro- el derecho penal, ello al excluir el reproche penal de las meras “inmoralidades” o “faltas menores” sin trascendencia a terceros, vinculándose además con un cometido de garantía asociado al principio de lesividad, y estableciendo una fuente de validez material al ejercicio del poder punitivo en su conjunto[5].

Ferrajoli señala, con acierto al tratar este tema, que dentro del ámbito penal se da una tensión entre las aspiraciones teóricas de la cultura penalista de inspiración garantistas y las tendencias prácticas de los sistemas penales; lo que exige al abordar la cuestión del bien jurídico -en tanto pilar básico de legitimación del discurso penal, vinculada a las finalidades que se le asignan al derecho penal en su conjunto- se analicen distintos niveles de reflexión penal. En este sentido, distingue entre:

a) el nivel ético-político, vinculado a la cuestión de si deben existir intereses o bienes para justificar moral y políticamente las prohibiciones penales;

b) el nivel jurídico-constitucional, vinculado con la existencia en el ordenamiento de una relación normativa entre el daño a estos bienes o intereses, y la respuesta estatal que permita legitimar y tornar operativas las leyes penales;

c) el nivel penal, vinculada con las cuestiones respecto a cuáles son los intereses o bienes determinados, y como son considerados relevantes; y

d) el carácter sociológico, respecto a qué intereses o bienes son tutelados efectivamente por dicho ordenamiento[6].

La dogmática asigna básicamente dos funciones centrales a la teoría de los bienes jurídicos[7]:

1. En primer lugar, se le asigna un rol en la elaboración, legitimación y control de la política-criminal, al intentar establecer y responder a las exigencias materiales en las facultades legislativas del empleo del aparato punitivo (extra sistémica).
2. En segundo lugar, cumple una función de legitimación y control del ejercicio punitivo concreto, al requerir que las acciones reprochadas violenten o pongan en peligro a los mencionados bienes jurídicos (intra sistémica).

El origen de esta teoría se remonta al s. XIX, conectada a los desarrollos de von Feuerbach y el principio de lesividad. Siendo el primer antecedente directo de esta como tal, una publicación del año 1834 de Johan Michael Birnbaum[8], titulada “Sobre la necesidad de una lesión del derecho para el concepto de bien jurídico”[9]. En dicho escrito se criticaba a Feuerbach, en particular la construcción exclusivamente subjetiva e individualista de los bienes protegidos, y la forma en que este equiparaba dentro de su noción de lesión al derecho [Rechtsverletzung] los delitos criminales [Kriminalstrafrecht] y las contravenciones [Polizeiübertretungen][10]; buscando formular un patrón suprapositivo e indisponible que anclara al legislador, estableciendo restricciones a sus facultades en el uso del derecho penal[11].

Sin embargo, fue Binding quien, al decir de Armin Kaufmann, “...dio carta de ciudadanía al concepto de bien jurídico en la dogmática jurídico penal”, al establecer la función dogmática de puente entre las normas positivas del sistema jurídico y la valoración jurídicamente aceptada de un “estados de cosas” y “actos” en el mundo fáctico[12].

Ferrajoli describe la evolución histórica de esta noción[13], criticando lo que a su parecer es la parábola involuntaria trazada por la doctrina respecto a su desarrollo. Señalando, asimismo, cómo en sus orígenes ilustrados el mismo era eminentemente empírico y el objeto del delito era la lesión de un derecho subjetivo natural de las personas. Posteriormente fue ampliado a una dimensión axiológica por Birnbaum, al considerar que eran “bienes” todos los intereses que debían ser tutelados por el estado. Luego, en la segunda mitad del s. XVII, el concepto se altera radicalmente, perdiendo su referencia empírica, desplazando los intereses individuales hacia el interés estatal y a la imposición y mantenimiento de los deberes de obediencia y fidelidad al derecho mismo. Por su parte, con el positivismo, el concepto se concentra en las normas, pasando a designar el fin o razón de las leyes. Por último, la idea misma de bien jurídico se desmaterializa definitivamente a comienzos del s. XVIII, convirtiéndose de un criterio de delimitación y deslegitimación externa, en un instrumento positivo y de reflexión de la legitimación de la política de los “intereses tutelados”, de las “normas positivas”, y finalmente de los “valores” considerados penalmente relevantes[14].

Por fuera de este breve itinerario histórico, se puede trazar -a grandes rasgos- tres líneas de elaboración conceptual claras respecto a su fundamento[15], que aún subsisten en la actualidad[16].

a) Teorías extra penales del bien jurídico

Por un lado, se pueden agrupar autores tan diversos como Feuerbach[17], Birbaum[18], von Liszt[19] y Welzel[20], los cuales procuran mediante este concepto asegurar determinados “bienes” superiores o previamente dados; enraizando su noción de “bien jurídico” en una concepción independiente a la legislación penal, reportando generalmente de un modo u otro a las ideas subyacentes del liberalismo decimonónico contractualista, sea mediante fundamentaciones de corte ético, o a través de desarrollos

tributarios de una concepción política que concibe la existencia de derechos o valores naturales independientes a la conformación misma del estado[21].

Se puede tomar aquí la posición de Welzel como referente de una de las principales corrientes dentro de esta postura, particularmente por la importancia actual de la discusión respecto de la forma en que vislumbró la idea de adecuación social de las conductas punibles. Welzel, consideraba que la misión del derecho penal es la protección de los valores ético-sociales elementales del sentir (de acción), y después, incluidos en él, al amparo de los bienes jurídicos individuales. La idea de bien jurídico, adquiere para este autor, importancia en razón de su significado social, en cuanto estado social de cosas deseables. La suma de los bienes jurídicos, constituye el orden social mismo, debiendo prestar el derecho penal amparo a este orden contra posibles lesiones[22].

Es así, que se concibe detrás de las prohibiciones, un conjunto elemental de deberes ético-sociales (resumidos en la imposición de la máxima romana del 'neminem laede'), cuya vigencia se asegura, amenazando con pena las acciones que los lesionan. La protección brindada por el derecho penal a estos bienes jurídicos, mediante la exigencia del cumplimiento de los deberes elementales, cumple un aporte moral, al consolidar jurídicamente el sentido ético-social de los hombres sometidos a una comunidad de derecho[23].

Es necesario mencionar aquí también la elaboración formulada por Roxin; quien a partir de la constatación de que en los estados constitucionales de derecho las normas y principios constitucionales aportan límites a la atribución de los legisladores de penalizar conductas, pretende derivar la justificación de un concepto material del delito, basado en la idea de los valores sociales comunes garantizados por la normativa constitucional[24]. En este contexto, los bienes jurídicos, serían las circunstancias o finalidades fundamentales para los individuos y su libre desarrollo, en el marco de un sistema social dinámico, estructurados por la normativa fundamental[25].

En el ámbito nacional -aunque con ciertos matices-, se puede ejemplificar esta segunda corriente, mediante la postura de Zaffaroni, quien considera que los bienes jurídicos son independientes de la ley penal, dado que ningún bien jurídico puede ser creado por esta. Afirmando, que los bienes jurídicos son relaciones de disponibilidad respecto a determinados entes (amparados por el resto del ordenamiento), resultantes de elecciones político-institucionales, entendiendo por disponibilidad la posibilidad de uso para la autorrealización en coexistencia[26].

Destacando la vinculación que este autor hace con el principio de ofensividad, el cual emplea para desdoblar la noción de "bien jurídico" asignando dos funciones distintas. Por lo que distingue, entre el "bien jurídicamente tutelado" (al cual asigna un rol legitimante de la criminalización primaria) y el "bien jurídico-penalmente lesionado" (al cual asigna un rol de garantía de la criminalización secundaria). Señalando que a su criterio, en faz penal dicha teoría debe cumplir un rol de limitación del poder punitivo (en virtud del carácter asignado al ordenamiento penal de tipo fragmentario, de aplicación en última ratio, de manera subsidiaria y de conformidad con la exigencia de lesividad de las conductas punidas), en tanto el concepto limitativo del bien jurídico sirve para exigir como presupuesto del poder punitivo la afectación de un bien jurídicamente tutelado por el derecho (constitucional, internacional, civil, etc.)[27].

Se puede observar como los desarrollos incluidos en este punto, los cuales fundan los bienes jurídicos fuera del discurso jurídico-penal, se tratan justificaciones que giran sobre los niveles antes indicados respecto de: (a) el discurso ético-político, referente la cuestión de si deben existir intereses u bienes para justificar moral y políticamente las prohibiciones penales; y (b) el discurso jurídico-constitucional, principalmente en sus actuales formulaciones, centradas en la relación del punto de partida del ordenamiento jurídico

globalmente considerado (derecho constitucional), y la relación normativa entre el daño o puesta en peligro material a estos bienes y la respuesta estatalmente permitida para legitimar las leyes penales en abstracto[28].

b) Teorías normativo-penales del bien jurídico

Por otro lado, autores como Binding[29], Mezger[30] y Kaufmann[31], entre otros, desde una óptica normativa, entienden que aquello protegido por el derecho penal pasa a ser considerado como un “bien jurídico”; identificando la finalidad perseguida por la norma en cada tipo penal dado, con el valor representado por el bien jurídico en cuestión, estableciendo una abstracción de la “ratio legis” que permite agrupar legislativamente los tipos penales y valorar en cada caso la aplicación concreta del derecho penal, respecto de “estados de cosas” frente a las “acciones” u “omisiones” realizadas por los sujetos, así el bien jurídico pasa a ser aquello que el legislador consideró valioso y positivizó como tal[32].

Para caracterizar esta postura, interesa aquí parafrasear a Armin Kaufmann, quien señala (al desarrollar una exposición de la conexión entre norma y juicio de valor en la teoría de Binding) que cualquier valoración normativa requiere una valoración positiva como punto de partida, la cual considere valiosa la conservación de un estado de cosas y un disvalor su modificación. En tanto, sin una situación jurídicamente reglada de manera previa, no puede existir un reproche de “contrariedad al orden jurídico” [33].

Así el criterio de valoración, es la referencia de todos los actos en relación a los bienes jurídicos establecidos por las normas penales. Las cuales expresan “la necesidad jurídica” de protección jurídico-legislativa, ante el disvalor de determinados actos considerados socialmente dañosos por las legislaturas; estableciendo la razón de ser de la norma y su objeto, y permitiendo el traspaso desde el “juicio de valor”, al “juicio de deber ser”, que expresa finalmente un mandato de “deber hacer o no hacer”[34].

Asimismo, Kauffmann indica que de la conexión entre norma y juicio de valor se obtiene como resultados[35]:

1. Que a toda norma precede un juicio de valor legislativo (la que, para su debida formalización, debe ser consagrada en el texto de la ley);
2. Que este juicio de valor y la norma tienen el mismo objeto (al menos parcialmente, en tanto las normas son razones perentorias para la acción); y
3. Que las normas están constituidas por juicios de valor acerca de actos (los que deben ser considerados a la hora de aplicar las mismas).

Estas consideraciones, en su conjunto, permiten conectar la necesidad de juzgar normativamente actos en el mundo, mediante la evaluación de los bienes legislativamente consagrados por los imperativos estatalmente establecidos, todo ello de conformidad con las exigencias del principio de legalidad penal (entendido como exigencias de *lex scripta*, *stricta*, *prævia* y *certa*) y de lesividad.

Se puede caracterizar esta postura, asignando a la teoría del bien jurídico la función de interpretación y legitimación de las normas penales, al considerar que la función metodológica del bien jurídico está dada primordialmente por la necesidad de justificar y racionalidad en la aplicación concreta de una ley ya promulgada, fundar la relevancia del bien al que se refiere, evidenciar al menos cierta ofensividad de la conducta reprimida y permitir la comprensión e interpretación de esa norma. Todo esto tiene el valor de otorgar la posibilidad de evaluar en concreto, la utilización del instrumento penal en relación con el nivel de dañosidad social de los comportamientos que se pretenden penalizar. La función

interpretativa es, por tanto, muy significativa, como instrumento de aplicación y limitador de la potestad penal del Estado en su faz jurisdiccional[36].

Los desarrollos incluidos en este acápite, centrados en la idea de elaborar una concepción o fundamento extra normativo de los bienes jurídicos, se tratan justificaciones -que se corresponden con los niveles previamente indicados- que giran sobre: (b) la relación del derecho penal positivizado y su relación normativa con el daño o puesta en peligro material a estos bienes y la respuesta estatalmente permitida para legitimar y tornar operativas en concreto las leyes penales dadas; y (c) el nivel estrictamente penal, vinculado con la cuestiones respecto a cuales y como son los intereses o bienes considerados relevantes por el legislador[37].

c) Teorías contrarias al concepto de bien jurídico

Si bien fuera del núcleo de desarrollo conceptual de la elaboración de la propia teoría del bien jurídico, se debe reseñar también una tercera postura en disputa, generada como reacción a la misma. En la cual, se debe agrupar por un lado a quienes, cuestionan de distintas formas sus presupuestos filosóficos, su capacidad de rendimiento práctico, y en definitiva la adecuación a la realidad que la misma pretende describir; y quienes la rechazan de plano.

Dentro del primer grupo, se puede mencionar a autores como Stratenwerth[38], Frisch y Wohler[39]. En el segundo, destacan -tanto por su influencia en nuestro medio como por sus posturas- Jakobs[40], Pawlik[41] y Sancinetti, quienes, apartándose de cualquier noción material, asignan al derecho penal una función de reafirmación de la norma, sostenida en una teoría comunicativa o de las competencias ciudadanas.

Es así como Jakobs, al justificar la especial finalidad que atribuye al derecho penal, explica como a su parecer el “ius punendi” no protege “bienes” de ningún tipo, conclusión que fundamenta a partir de la constatación de que los denominados bienes jurídicos son lesionados la mayoría de las veces, por procesos que carecen de relevancia jurídico-penal, e incluso de toda relevancia jurídica. Señalando que, en su caso, la protección de los mismos, no significan más que la protección de las personas -encarnadas en las doctrinas burguesas ilustradas en sus bienes- frente al ataque de otras personas[42].

De esta manera, el derecho penal no se debe concebir como un muro protector de bienes, sino que es una relación entre personas, en un contexto social dado. Identificando así este autor, la idea de bien jurídico con la pretensión del titular de determinados derechos, a que estos sean respetados, en tanto expectativa normativamente garantizada. De ello concluye, que el derecho penal solamente se encuentra destinado a reafirmar la vigencia de las normas, para asegurar el cumplimiento de los deberes por parte de los sujetos. Pues los tipos penales no suponen en sí la lesión de bien jurídico alguno, sino que se constituyen por la infracción de los deberes de competencia social, propios de los roles desempeñados[43].

Por su parte Pawlik, en la misma línea que él anterior, va más a allá, al señalar que el concepto de bien jurídico conceptualmente no se encuentra ligado al liberalismo de la forma como se le suele atribuir (por fuera de su origen); remarcando que su potencial crítico respecto de la legislación, a la luz de las distintas experiencias históricas, es más bien pobre[44]. Pawlik propone abandonar este concepto, en el marco de una teoría más amplia de las competencias ciudadanas (mediante las dos grandes categorías de competencias de fomento y competencias de respeto), que sustituya la idea de delito determinado por una infracción o resultado no deseado -es decir la puesta en peligro o afectación de bienes jurídicos-, por la determinación respecto al alcance de las obligaciones que les competen a los autores en su condición de ciudadanos, ello de acuerdo con la tradición jurídico hegeliana[45].

En la doctrina nacional, Sancinetti está inscripto en esta línea, en tanto considera que lo importante para la atribución penal no es que se comprometa la vida de X, o el cristal Y, sino el mandato respecto a la vida o a la propiedad, siendo decisivo entonces la reafirmación de la norma desviada y no su objeto concreto[46].

La idea de un derecho penal “protector” de bienes jurídicos en un sentido literal, para este autor, en realidad solo resulta expansiva del poder punitivo. Señalando que, si la ley penal fuera un “escudo” en un sentido físico, la lógica indicaría que, si se incrementaría el tamaño del mismo, se debería obtener una mayor eficacia. La ley penal, no se encuentra dirigida a la protección real, ni puede lograr que el delito desaparezca, por lo que estos objetivos no deben ser adscriptos como funciones del derecho penal, ni siquiera en forma ideal[47].

Sancinetti, destaca los orígenes ilustrados de esta teoría (citando las posturas de Pufendorf y Grocio respecto a la utilidad y retribución asignados a la ley penal), sin perjuicio de lo cual comparte expresamente los argumentos de Jakobs, señalando críticamente que: a.) no es posible trazar -como se pretende- límites claros para la injerencia penal del Estado, por lo que en cada sociedad las consideraciones de moral privada y bienes públicos intersubjetivos está determinada culturalmente; b.) las normas sospechadas de intromisión estatal en ámbitos privados no ganan nada con la teoría de los bienes jurídicos, que no sea posible alcanzar sobre la legitimidad de la norma penal respectiva (discusión que debe ser librada en el terreno de la filosófica política); c.) la práctica indica, que, en la mayor parte de los casos relevantes para la opinión pública, las normas penales reprimen conductas que efectivamente dañan o ponen en peligro bienes jurídicos en el sentido tradicional, por lo que la doctrina en un sentido liberal no produce nada en si salvo agregar esta idea de “protección” al discurso, cuya lógica, nos debería llevar a extremar reacciones penales contra el quebrantamiento de la norma[48].

Los desarrollos incluidos en este acápite, parecen girar en los niveles antes referidos vinculados con: (d) el carácter sociológico, respecto a que intereses o bienes son tutelados efectivamente por dicho ordenamiento; y (b) la relación normativa entre el daño o puesta en peligro material a estos bienes y la respuesta estatalmente permitida para legitimar y tornar operativas las leyes penales. Pareciendo confundir niveles al partir de un análisis sociológico, para criticar descriptivamente la teoría de los bienes jurídicos, con el objeto de defender su propia propuesta normativa.

III. Crisis de la concepción político criminal de los bienes jurídicos [arriba]

De las dos funciones centrales asignada a los bienes jurídicos, la primera -respecto a qué cuestiones materiales debe reunir una conducta para ser sometida a una pena estatal- es la que en la actualidad presenta los mayores inconvenientes y discusiones[49]. La idea de un rol extra sistémico, asignado a los bienes jurídicos, en tanto criterios de valoración externos al sistema positivo, responde en definitiva a una construcción ideológico-política, que pretende vanamente encontrar fundamentos ontológicos o sustanciales para la individualización de las condiciones de necesidad en la producción de normas penales[50].

La discusión respecto al carácter expansivo o limitante de la teoría respecto de la criminalización (función de garantía vs. función de legitimación), el cual parece ser uno de los tópicos a los que la doctrina le asigna mayor importancia[51], es solo un derivado del problema principal que esta concepción política criminal encubre. En tanto, la noción de los bien jurídico adolece de una indeterminación radical, la cual se suma directamente a las dificultades actuales para caracterizar materialmente el derecho penal y el delito penal en sí mismos (en cuanto conceptos interrelacionados que usualmente se emplean entre sí a la hora de elaborar definiciones). Fenómeno especialmente visible, en tiempos en los que las definiciones formales basadas en la pena, actualmente resultan insatisfactorias a

la luz de las prácticas legislativas, en las cuales la pena de prisión ya no es la manifestación por excelencia del derecho penal.

El problema central de los bienes jurídicos reside así, en la vaguedad y ambigüedad que presenta el concepto; lo que deriva -pese a los esfuerzos- en una incapacidad para determinar porque se tutelan legislativamente mediante sanción penal ciertos entes y otros no[52]. Ello por fuera de la mera apelación genérica a consideraciones sobre el beneficioso social y la necesidad de protección penal, las cuales a la fecha no han alcanzado para formular reglas claras y unánimes que limiten la actividad legislativa[53].

En esta línea, propuestas como la de Roxin, si bien interesantes en tanto conectan positivamente los valores sociales con el ordenamiento constitucional y el ordenamiento positivo derivado, se demuestran insuficientes para alcanzar su objetivo de fundar un concepto material del delito que restrinja al legislador de manera cierta, en tanto no dan certeza respecto a por qué y cómo algunos valores constitucionales son amparados por el empleo del derecho penal y otros no. Debiendo siempre -con independencia de los principios constitucionales, que meramente pueden cumplir en el mejor de los casos una función restrictiva- recurrir a las normas penales concretas para saber si “un estado de cosas” es considerado penalmente relevante o no.

A ello se suma, que esta concepción de los bienes jurídicos en sus distintas formulaciones, presenta una serie de presupuestos problemáticos comunes, a saber:

a.) la circularidad que acarrea construir un discurso limitativo del poder legislativo, fundado en valores e intereses “extra” positivos, a través del discurso producido mediante el derecho penal;

b.) la adopción (explícita o tácita) de la consideración de las sociedades como “entes homogéneos”, en particular respecto a los valores e intereses que se disputan en la misma, ello detrimento de una concepción conflictivista, lo cual acarrea consecuencias negativas desde el plano descriptivo y en lo atinente a la gestión racional del conflicto social;

c.) la idealización de la capacidad de rendimiento de la legislación penal para abordar los conflictos sociales e individuales;

d.) las dificultades para dar cuenta descriptivamente, de las variaciones históricas de la legislación penal (aun cuando se adoptan formulaciones que se pretenden dinámicas); y

e.) la carga epistemológica negativa, vinculada al génesis iusnaturalista de la doctrina, que lleva a confundir los planos de “lege lata” y “lege ferenda” [54].

Asimismo la función político criminal asignada a este concepto, puede ser reemplazada por otro conjunto de exigencias teóricas con menos dificultades o problemas conceptuales, y mayor incidencia real sobre los procesos legislativos, sin acarrear diferencias sustanciales en sus consecuencias (tales como sería la apelación conjunta a los principios de daño, lesividad, proporcionalidad, etc.); muchas de las cuales son mencionadas actualmente por sus defensores de manera directa o indirecta, para definir y dotar de contenido material esta función limitativa del poder punitivo.

En este orden de ideas, es necesario tener presente que las construcciones de la dogmática penal no son un intermediario necesario entre la formulación normativa y los legisladores[55]. Por lo que, si se quiere preservar la función de garantía de esta teoría, se debería circunscribir el discurso dogmático al objetivo -más modesto pero realista- de brindar pautas de instrumentalidad técnica para encausar la discusión política (ámbito de legitimidad por excelencia de las democracias) y dotar de racionalidad las políticas

criminales mediante el juicio elaborado a la hora de dictar decisiones jurisdiccionales que resuelven sobre las misma (siendo este último, ámbito de preservación y garantía propio de los derechos constitucionales individuales y colectivos).

Pretender, como se hace, que los legisladores se vean restringidos en su actividad por el discurso academicista del derecho penal, parece desconocer lo que realmente acontece en las legislaturas, así como la forma en que razones teóricas pueden influir en la práctica. A la hora de sancionar normas penales, parecieran de mayor relevancia concentrarse en otro tipo de estudios y discusiones de corte empírico y valorativo (estudios de impacto, legislación comparada, percepción social, incidencia real, tasas de delito, etc.) que la mera apelación teórica a las evaluaciones axiológicas encubiertas -de dudosa ontología- de los dogmáticos, los cuales incluso rara vez presentan posturas unánimes.

Ciertamente esta teoría muestra su capacidad de rendimiento solo en la aplicación concreta del derecho penal; y aunque los jueces analicen los presupuestos de racionalidad de la criminalización primaria con su empleo, esta aplicación no deja de ser otra cosa que el ejercicio del control hermenéutico del derecho a la hora de discernir la conveniencia o no en la criminalización secundaria.

IV. Juicio de adscripción y valoración a partir de los bienes jurídicos [arriba]

De lo expuesto hasta aquí, surge que la noción de “bien jurídico” es un punto de partida axiomático, de contornos relativamente vagos y ambiguos, del cual no es posible ofrecer una delimitación acabada de su contenido a priori, sin recurrir a normas concretas, no pudiendo circunscribirse a los bienes individuales genéricamente considerados, ni a las concepciones morales dominantes, o las relaciones de disponibilidad, para darle un contenido sustancial al concepto.

Por lo que, pese a los esfuerzos por salvar su función político criminal, solo parece posible preservar la idea de un “concepto metodológico del bien jurídico”, que entienda por el mismo, una forma sintética del pensamiento respecto al sentido y al fin de las normas penales[56].

En esta línea, cabe preguntarse si es posible aducir fundamentos sólidos y racionales, que justifiquen las abstracciones homogeneizantes de las diversas reglas jurídicas y del discurso dogmático que las articula, en tanto circunlocuciones (construcciones semánticas recurrentes en el discurso del derecho que no denotan nada en sí mismo) que se introducen como valoraciones entre los hechos y las consecuencias jurídicas asignadas por el ordenamiento[57]. Correspondiendo al pensamiento jurídico conceptualizar las normas y sus consecuencias, de tal manera que las mismas sean reducidas a un orden más o menos sistemático y brindando la versión más clara del Derecho[58].

La idea de bienes jurídicos, viene a cumplir entonces, esta función relacional de reducir sistemáticamente un conjunto de normas (tales como otras nociones conglobantes, recurrentes en el lenguaje jurídico, como lo son “propiedad”, “territorio”, “deber”, etc.), al agrupar y homogeneizar, una serie de valoraciones respecto de las consecuencias asignadas a mandatos e imperativos muy diversos[59], en un único concepto abstracto que torne operativo en el ámbito de la parte especial el discurso dogmático de la parte general[60]. Estableciéndose entonces, un concepto general intermediario entre una afectación de “un estado de cosas” en el mundo y su valoración normativa[61], presupuesto para facultar o no determinada reacción penal de acuerdo a la intención contenida en la letra del tipo[62].

Las relaciones de los mandatos penales, sus requisitos de operatividad fáctica y las consecuencias asignadas, ciertamente pueden ser (y de hecho son) expresadas de maneras heterogéneas, pero no es claro que las otras opciones que pretendan sustituir la teoría de

los bienes jurídicos sean -en la actualidad- superadoras. Máxime, si pensamos que lo que se hace -en virtud del empleo del lenguaje natural- es usar una sola palabra (o concepto en este caso) como elemento de determinación concreta de una serie diversa de ideas indeterminadas y abstractas.

En este orden de consideraciones, si bien la propuesta de la teoría de los deberes (partiendo desde un marco conceptual distinto y con la ventaja de tener una menor carga de iusnaturalismo en algunas de sus formulaciones) son certeras en sus críticas respecto de la idea político criminal de los bienes jurídicos, no es tan rupturista como se presenta a simple vista respecto a la segunda función metodológica del concepto, la cual de hecho parecen no abordar. Limitándose como propuesta, en buena medida, a ser un mero cambio de “nomen iuris”; pasando de hablar genéricamente de “bienes jurídicos” a hablar genéricamente “deberes”, “mandatos”, “obligaciones” u “competencias”, nociones todas que también son indeterminadas e implican, de una forma u otra, la remisión normativa a un estado de cosas particular a valorar[63].

A ello se suma en la actualidad, como desventajas de esta opción:

a.) la posible sinonimia resultante de emplear estos conceptos con una gran carga en el discurso jurídico, en virtud de las otras funciones que cumplen en la teoría del derecho[64];

b.) la pérdida de referencia implícita concretizante en la valoración (normativa) que se le ha asignado a la metáfora de “bien jurídico”;

c.) la necesaria adecuación del discurso de la parte especial que se requeriría para que este reemplazo sea posible; y

d.) la pérdida de doscientos años de discusión y construcción teórica de raigambre liberal.

V. Conclusiones [arriba]

En este orden de ideas, si se quiere preservar la función dogmática teoría de los bienes jurídicos y su importante rol de garantía (en tanto elemento de limitación y ordenación del poder punitivo) es imperioso explicitar y deflacionar los presupuestos metafísicos de la misma, analizando con sinceridad su capacidad de rendimiento real y adecuación a la realidad que pretende explicar, buscando además hacerla coincidente con las exigencias del principio de legalidad y la fundamentación de un derecho positivo.

Finalmente, a modo de conclusiones provisionales, de lo aquí expuesto, se puede afirmar que:

1. Las distintas fundamentaciones de la teoría de los bienes jurídicos responden a planos de análisis diversos, los cuales pueden articularse o no de manera complementaria, pero que deben ser evaluados de modo realista y sin dogmatismos para explicitar sus presupuestos fundantes.

2. Muchas de las concepciones extra penales del bien jurídico, implican determinados presupuestos filosóficos, que resultan actualmente difícilmente compatibles con el principio de legalidad (y solo tienen sentido en el contexto histórico de su génesis);

3. Por esta razón, la noción de “bien jurídico” dista de ser pacífica, resultando altamente controvertida principalmente en su función extra sistémica. En este sentido, uno de los principales problemas de esta teoría considerada en un sentido global, es su empleo para satisfacer funciones diversas, pero íntimamente relacionadas, es decir para justificar el

dictado de normas penales y también su aplicación; no siendo sencillo congeniar ambos elementos en una teoría coherente (que asimismo satisfaga las exigencias de la legalidad penal), residiendo la discusión de fondo respecto a cómo establecer límites (en el dictado y la aplicación) al poder punitivo.

4. La dogmática busca describir y justificar el derecho y las prácticas que este implica. El problema no es que una teoría dada pretenda cumplir ambas funciones simultáneamente, sino que tienda a presentar justificaciones como meras descripciones y viceversa. En este sentido, en términos descriptivos, el concepto de bien jurídico difícilmente parece implicar algo más que una abstracción instrumental, que concretiza un conjunto de valoraciones presupuestas en las formulaciones normativas.

5. Estas valoraciones hacen referencia a un “estado de cosas en el mundo”, el cual es normativamente considerado relevante por la legislación, y debe ser evaluado por los operadores a la hora de aplicar sanciones;

6. Las críticas radicales a la teoría del bien jurídico (someramente analizadas en el presente), si bien profundas y enriquecedoras (en particular las ideas sobre el concepto de la protección de normas centrados en las relaciones entre personas) a la fecha, no parecen resultar enteramente concluyentes. Razón por la cual, parece preferible una teoría que brinde respuestas (aunque las mismas puedan en algunos casos concretos resultar insatisfactorias) que no tener respuesta alguna en reemplazo.

7. Resulta difícil prever el destino de las construcciones conceptuales, y en este sentido es incierta la suerte de esta teoría en sí. Tratándose de una discusión actualmente abierta, la cual no tiene atisbos de cerrarse completamente, por lo menos (optando por una dirección contraria a la solución esbozada en el presente) hasta que sea posible reformular un concepto satisfactorio de ilícito penal, de derecho penal y elaborar un discurso de la parte especial del derecho penal consecuentes con los primeros y autónomo del influjo de esta categoría dogmática.

Notas [arriba]

[1] Magister en “Rule of law and Constitutional Democracy” por la Università Degli Studi di Genova; Especialista en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca. Miembro del grupo de investigación permanente “Explicación y Comprensión” de la UNMDP.

[2] Sobre las discusiones respecto del rol del bien jurídico en los distintos estratos de la teoría del delito, las que exceden el marco del presente, Cfr. FERNÁNDEZ; Bien jurídico y sistema del delito, edit. B de F, Montevideo, 2004.

[3] ROXIN, Claus; “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, pub. Revista Electrónica de Ciencias Penales (en línea), núm.15-01, 2014, págs. 01:2 y ss.

[4] FERRAJOLI, Luigi; Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, citado por la trad. al español de A. Ibáñez & otros, Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, pub. edit. Trotta, Madrid, 1995, págs.467 y ss.

[5] ROXIN, Claus; Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre 2, citado por la trad. al español de D. Luzón Peña & otros, Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, edit. Civitas, Madrid, 1997, págs. 52 y ss.

[6] Cfr. FERRAJOLI, Luigi; “Derecho Penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales”, pub. en Revista Ciencias Penales. San José: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.

Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r16993.pdf>, pág. 2. Resulta pertinente preguntarse, si es posible y conveniente, que todas estas cuestiones sean abordadas exclusivamente desde la dogmática penal, o si por el contrario también compete a la ciencia política, la teoría del estado, la sociológica jurídica, la filosofía del castigo, y la misma filosofía del derecho para dar cuenta de buena parte de este conjunto de problemas capitales.

[7] Cfr. BARATTA, Alessandro; “Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal”, pub. en Revista Pena y Estado N° 1, Edit. PPU. Barcelona, 1991, pág. 37.

[8] GUZMÁN DALBORA, José L.; “Sobre el significado íntimo y valor actual de la teoría del bien jurídico en la obra de Johann Birnbaum”, pub. en Figuras y pensamientos del derecho penal contemporáneo, de J. L. Guzmán Dalbora, Edit. Euros Editores, Buenos Aires, 2014, págs.15 y ss.

[9] BIRNBAUM, Gießen Johann Michael; “Ueber das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens”, ACrim, (15), 1834, págs. 162 y 166 ss.

[10] Al respecto de esta categoría en la actualidad en el derecho nacional y su relación conceptual con el derecho penal se puede Cfr. CAMADRO JÁUREGUY, Eugenio A.; “Desafíos en la actual teoría del derecho contravencional”, pub. Rev. Jurisprudencia Argentina, 19/02/2020 T-3, Edit. Thomson Reuters, cita on line AR/DOC/4168/2019, págs. 3 y ss.

[11] PAWLIK, Michael; “El delito ¿lesión de un bien jurídico?”, pub. Rev. Indret Penal-Revista para el Análisis del Derecho, 2/201, 2016, págs. 2 y ss.

[12] KAUFMANN, Armin; Lebendiges and Totes in Bindings Normentheorie, citado por la trad. al español de E. Bacigalupo & E. Garzón Valdez, Teoría de las normas- Fundamentos de una dogmática penal moderna, Edit. De Palma, Buenos Aires, 1977, págs.90 y ss.

[13] Para un desarrollo histórico más detallado, Cfr. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernan; Bien jurídico y estado social y democrático de derecho, 2da edic., Edit. Juridica ConoSur, 1992. pág. 13 y ss.

[14] FERRAJOLI, Ob. Cit., págs. 467 y ss.

[15] Cfr. SZCZARANSKI VARGAS, Federico L.; “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”, pub. en Polít. crim. Vol. 7, N° 14 (diciembre 2012), Art. 5, págs. 382 y ss.

[16] Es posible trazar otro tipo de clasificaciones respecto a la fundamentación del concepto. Así pj. Tavares distingue de modo más refinado, cinco concepciones filosóficas diversas reflejadas en la evolución del concepto, enumerando: 1. Una concepción positivista; 2. Una concepción neokantiana; 3. Una concepción ontologicista; 4. Una concepción funcionalista; 5. Una concepción crítica. Cfr. TAVARES, Juárez E. X.; Bien jurídico y función en derecho penal, edit. Hammurabi, 2004, pág.23 y ss. Cabe señalar asimismo que, por fuera de la presentación aquí realizada, conceptualmente son distinguibles -de manera independiente- el concepto político criminal y metodológico de los bienes jurídicos, por un lado; y las fundamentaciones extra penales y penales de dicho concepto por el otro. Sin perjuicio de ello, aquí dichas categorías se presentan relativamente solapadas, en aras de la brevedad.

[17] FEUERBACH, J. P. Anselm Ritter von; Lehrbuch des gemeinen in Deutschland Gültigen peinlichen Rechts, citado por la trad. al español de I. Hagemeyer & E. Zaffaroni, Tratado de derecho penal común vigente en Alemania, Edit. Hammurabi S.R.L, 1989 págs. 64 y ss.

[18] BIRNBAUM; Ob. Cit. págs. 162 y ss.

[19] LISZT, Franz von; Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, citado por la trad. de la 20 ed. alemana de L. Jiménez de Asúa, con adiciones de Quintilliano Saldaña, Tratado de Derecho Penal, Edit. Reus, Madrid, 1999, pág. 6.

[20] WELZEL, Hans; Das Deutsche Srafrecht, Allg. Teil, citado por la trad. al español de C. Fontán Balestra, Derecho Penal. Parte General, Edit. De Palma, Buenos Aires, Derecho Penal. Parte General, págs. 5 y ss.

[21] Respecto de la contraposición entre Feuerbach y Birnbaum Cfr. SZCZARANSKI VARGAS, Ob. Cit. págs. 382 y ss.

[22] WELZEL; Ob. Cit. pág. 5 y ss.

[23] WELZEL; Ob. Cit. pág. 6 y ss.

- [24] ROXIN; Ob. Cit. pág. 51 y ss.
- [25] ROXIN; Ob. Cit. pág. 56.
- [26] ZAFFARONI, Eugenio R.; “Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con)fusiones”, pub. en Rev. de Derecho Penal y Criminología de La Ley, 02/04/2012, 3 - LJU Tomo 147, edit. Thomson Reuters, publicación online: AR/DOC/1023/2012, págs. 2 y ss.
- [27] ZAFFARONI E., ALAGIA, A. - SLOKAR, A.: Derecho Penal. Parte General. 2da edic., edit. Ediar, Buenos Aires. Derecho Penal. Parte General, 2002, pág. 487 y ss.,
- [28] Cfr. FERRAJOLI; “Derecho Penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales”, pág.3 y ss.
- [29] BINDING, Karl; Die Normen und ihre Übertretung. (Vol. 1: Normen und Stragesetze), ed., Leipzig, 1872, págs. 357 y ss.
- [30] MEZGER, Edmund; Kurzlehrbuch des Strafrechts, citado por la trad. al español de Conrado Finzi de la 6 edic., Derecho penal. Libro de estudio. Parte general, edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, págs. 148 y ss.
- [31] KAUFMANN; Ob. Cit. págs. 90 y ss.
- [32] SZCZARANSKI VARGAS; Ob. Cit., pág. 385.
- [33] KAUFMANN; Ob. Cit. págs. 90 y ss.
- [34]Cfr. KAUFMANN; Ob. Cit. pág. 91.
- [35] KAUFMANN; Ob. Cit. pág. 101.
- [36] Cfr. YACOBUCCI, Guillermo J.; El sentido de los principios penales, 2da. edic., Edit. Euros Editores, Buenos Aires, 2014 págs. 237 y ss. (pág. 241).
- [37] Cfr. FERRAJOLI; “Derecho Penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales”, pág. 4 y ss.
- [38] Cfr. STRATENWERTH; “La criminalización de los delitos contra bienes jurídicos colectivos”, citado por su traducción en el libro, La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Roland Hefendehl ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 367 y ss.
- [39] HIRSCH A. & WOHLERS W.; “La teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre criterios de una imputación justa”, citado por su traducción en el libro, La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Roland Hefendehl ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 285.
- [40] JAKOBS Günther; “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, pub. en Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en el Derecho penal, Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 41 y ss.
- [41] PAWLIK; Ob. Cit. págs. 9 y ss.
- [42] JAKOBS, Günther; Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal, trad. de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Edit. Thomson Civitas, Madrid, 2003 págs. 47 y ss.
- [43] JAKOBS; Ob. Cit., pág. 70.
- [44] PAWLIK; Ob. Cit. Págs .4 y ss.
- [45] Respecto esta propuesta Cfr. PAWLIK, Michael; Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades, edit. Atelier, Madrid, 2016, págs. 57, 81 y ss.
- [46] SANCINETTI, Marcelo; Ilícito personal y participación, Edit. AD-HOC S.R.L., Buenos Aires, 1997, pág. 25.
- [47] SANCINETTI, Marcelo; Casos del Derecho Penal. Parte General. Tomo I, 3era. edic. reelaborada y ampliada, edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2005 págs. 36 y ss.
- [48] SANCINETTI; Ob. Cit. págs. 38 y ss.
- [49] En este orden de ideas, el papel interpretativo asignado a dicho concepto -reflejado especialmente en las elaboraciones sobre parte especial del derecho penal- no es objeto de una discusión tan extendida, Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo J.; “Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico Recensión a Roland Hefendehl (ed.): “La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?”, pub. Rev. Indret Penal Revista para el Análisis del Derecho, 2/2008, pág. 3.
- [50] BARATTA; Ob. cit. pág. 38.
- [51] Conjuntamente con la discusión sobre la prohibición de conductas peligro y peligro abstracto; y la discusión sobre intereses individuales, colectivos y difusos (al respecto de estas discusiones, entre otros, Cfr. ALVAREZ, Ricardo C. “Apuntes elementales acerca del

bien jurídico”, pub. Rev. de la Asociación de Magistrados y funcionarios de la Justicia de la Nación, N° 35/36, 2005, edit. IJ Editores, cit. IJ-LII-37)

[52] FRISCH, Wolfgang; “Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal”, citado por su traducción en el libro, La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Roland Hefendehl ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 312 y ss.

[53] Cfr. pj. MIR PUIG, Santiago; Introducción a las bases del derecho penal, 2da. edic., Edit. Euros S.R.L, Argentina, 2002, págs. 112 y ss.

[54]Cfr. BARATTA; Ob. cit. pág. 39.

[55] MANRIQUE, L.-NAVARRO, P- PERALTA J.; La relevancia de la dogmática penal, edit. Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pág. 216.

[56] En contra de esta postura Cfr. ROXIN; Ob. Cit. pág. 54, quién vislumbra con claridad el problema, pero aun así intenta salvar el concepto político criminal. Si bien, la circunstancia de que los límites a las facultades del legislador se encuentran en los principios constitucionales es innegable; las conclusiones que Roxin deriva de ello, no son concluyentes. En este sentido, la idea del delito en un sentido material, el propio concepto de bien jurídico, y el interrogante de porque ciertas acciones son castigadas y otras no, no son argumentadas de manera certera.

[57] Cfr. ROSS, Alf; “Tû-Tû”, pub. en Harvard Law Review 70, 5 págs. 812-825, citado por la trad. al español de G. Carrió, Tû-Tû, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, pág. 24. Ross ejemplifica su exposición mediante la descripción sociológica ficcional del empleo de una acción no determinada, calificada como tabú por parte de una tribu primero (calificación de las acciones bastante similar a la idea de afectación de bienes jurídicos), analizando -en un sentido más restringido que el expuesto- el uso de la noción legal de “derecho a la propiedad” como concepto relacional en sentido genérico como intermediario de distintas normas particulares y sus consecuencias (tales como poder de disposición, uso, venta, etc.).

[58] ROSS, Ob. Cit. pág. 32.

[59] Cfr. GRACIA MARTIN, Luis; “Contribución al esclarecimiento de los fundamentos de legitimidad de la protección de bienes jurídicos colectivos por el Estado social y democrático de Derecho”, punto 6, Rev. Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal, N° 3, 2012, edit. IJ Editores, cit. IJ-LXIV-695.

[60] Cfr. BROZEK, Bartosz; The legal mind: a new introduction to legal epistemology, edit. Cambridge University Press, Reino Unido. 2020, págs. 69 y ss.

[61] Manteniéndose la distinción entre el bien jurídico y el objeto de la acción; en tanto el bien jurídico representa un valor ideal (la vida, la propiedad) y el objeto de la acción constituye el hecho u objeto sobre el cual recae la acción punible (otro ser humano, una cosa ajena).

[62] En la línea de Kaufmann en “... tanto que hay un tertium (...) un mediador entre el ser y el deber ser”, Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd; “Acerca de la relación entre norma y estado de cosas en la aplicación del derecho entre la premisa mayor y menor en el silogismo jurídico y entre cuestiones de derecho y hecho en el proceso penal”, citado por su publicación en Obras de Bernd Schünemann. Tomo I, 1era edic., edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 51 y ss.

[63] En este sentido Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd; “La teoría de la protección del bien jurídico como base del derecho penal en la época de la globalización”, citado por su publicación en Obras de Bernd Schünemann. Tomo II, 1era edic., Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, pág.70 y ss.

[64] Ello sin perjuicio de reconocer el valor que presenta una teoría general de los deberes, fundamentada en la idea de competencias personales, en otros aspectos.