



## Informe de Investigación

### TÍTULO: EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL DERECHO PENAL

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Penal	<b>Descriptor:</b> Bien Jurídico Tutelado
<b>Tipo de investigación:</b>	<b>Palabras clave:</b> Bien Jurídico, Tutela, Derecho Penal General
<b>Fuentes:</b> Doctrina	<b>Fecha de elaboración:</b> 04/02/2011

### Índice de contenido de la Investigación

<b>1. RESUMEN.....</b>	<b>1</b>
<b>2. DOCTRINA.....</b>	<b>1</b>
a) Consolidación del concepto de bien jurídico.....	1
b) Teorías que dan sustento constitucional al bien jurídico.....	4
c) El bien jurídico en la relación de tensión entre Constitución y Derecho Natural.....	10
d) La ideología y la política penal.....	16
e) El Bien Jurídico en la Teoría del Delito.....	20
f) Método de protección.....	22

#### 1. RESUMEN

El siguiente informe incorpora una breve revisión doctrinal sobre el bien jurídico tutelado a nivel de Derecho Penal General. A los efectos se examina su concepto, principales postulados teóricos, así como aplicación, por parte de los teóricos de esta rama jurídica.

## 2. DOCTRINA

### **a) Consolidación del concepto de bien jurídico**

[HORMAZÁBAL MALARÉE, H.]<sup>1</sup>

“El desarrollo del modelo de sociedad de las revoluciones burguesas habría de consolidarse definitivamente con el fracaso de las revoluciones sociales de 1848. A partir de entonces se rompió el equilibrio que había existido entre el componente político y económico de dichas revoluciones y entra a cobrar preeminencia este último aspecto. El factor económico se constituye en el factor condicionante de las existencias del modelo y de la estructura política, pero no en cuanto significa la posesión de un capital, esto es de una suma de dinero, sino en su utilización para la extracción de plusvalía de la fuerza de producción. En otras palabras, el núcleo esencial de modelo social se estructura a partir de las relaciones sociales que se conforman en el proceso de extracción de plusvalía a partir de un capital. El Estado como estructura política, no es un factor ajeno al proceso productivo como sucedía en el estadio anterior en que se limitaba única y exclusivamente a vigilar el mantenimiento de las condiciones "naturales" del modelo, sino de un Estado "defensista" del modelo y plenamente identificado con él.

Estas nuevas condiciones son a las que se refiere MIAI-LLE cuando analizando las relaciones entre el capital y el Estado, señala que "si es verdad que el capital no es una suma de dinero, sino una relación social, esto significa que el Estado es inherente a esa relación social y no exterior: no se puede tratar al Estado como "alguna cosa" diferente y exterior al sistema capitalista. El es el sistema."(1978,20).

Por su parte, el progreso de la ciencia que se coloca exitosamente al servicio de la industria, lleva hacia un retroceso del pensamiento metafísico hasta tal punto que el propio HEGEL perdió el prestigio que lo había llevado a encabezar el movimiento filosófico alemán durante más de dos tercios de siglo. A la hegemonía del racionalismo hegeliano iba a sucederle el positivismo, movimiento filosófico asociado a COMTE que habría de convertirse en una justificación filosófica de las ciencias experimentales. El método del positivismo era el propio de las ciencias naturales y se convertiría también en el de las sociales. El método de las ciencias sociales pasa del deductivo al inductivo y el objeto pasa de la idea a la materia. El pensamiento es acrítico, exento de toda valoración. Los fenómenos son lisa y llanamente aceptados como realidades y ya no se trata de cuestionarlos, sino que de explicarlos. (MIR PUIG, 1976, 208 y sgtes).

Hacia el último tercio del s. XIX. Alemania era un país desmembrado en numerosos estados con una estructura económica agraria poco sólida, escasa



industria y sobre todo con un retraso económico significativo en relación con el resto de Europa. En lo social, la estructura era la de un sistema de fuerzas feudales estamentales que, ante el fracaso de las revoluciones burguesas, llevaron a una burguesía poco significativa a plantear reivindicaciones moderadas limitadas a "exigir un sistema constitucional y la unidad de Alemania, necesaria ante todo desde el punto de vista económico". (KUHN, 1971,49 y sgtes.)

La tarea de la unificación alemana fue emprendida por Prusia, estado que en su Constitución de 1850 había recogido el "principio monárquico" y las tesis conceptuales de la "monarquía limitada" de STAHL. (MENÉNDEZ, 1979,76).

Sería, en consecuencia, el Estado prusiano el que en Alemania habría de realizar la revolución burguesa en su aspecto económico. La burguesía alemana no necesitó de una ideología política liberal para legitimar el nuevo modelo económico social, sino que el cambio se realizó al amparo de un poder estatal fuerte y autoritario resultado de un compromiso entre una burguesía que no había sido capaz de provocar un cambio de las estructuras y las concesiones de una nobleza feudal presionada por una realidad. (JELLI-NEK, 1978, 53 y sgtes; AMIRANTE, 1973, passim).

El Estado se tenía que fortalecer para poder protagonizar los cambios que eran necesarios para aproximar a Alemania al resto de los países de Europa occidental. Sus facultades tenían que equipararse a las de los individuos. Para ello, la teoría política reconoció su autonomía, su personalidad moral o jurídica y también el poder público, o sea el poder de dominar como un derecho que se fundamentaría, precisamente, en su capacidad de autolimitarse. Se le reconoce al Estado y con ello se le equipa con los individuos, la titularidad de derechos subjetivos, derechos subjetivos públicos, como el derecho subjetivo del Estado a exigir la obediencia. (DE LOS RÍOS, 1978, passim).

El pensamiento liberal se formaliza y con ello el principio iluminista del fin del Estado de asegurar las condiciones de vida en común, deja de tener sentido. El estado ya no tendrá fines, es en si mismo un fin. Ello se traduce en el campo del derecho penal en una ampliación de su ámbito de intervención. Ya no quedará circunscrita al castigo de las situaciones que afecten a dichas condiciones, sino que podrá ampliarse a toda conducta que el Estado considere necesaria colocar bajo pena. La irrupción del pensamiento naturalista exige una objetivación del objeto del delito. Ya no pueden ser derechos subjetivos o el derecho objetivo como expresión de una voluntad general fundada en un racionalismo histórico, sino debe salir del mundo de lo espiritual al mundo de lo real. El derecho penal debe entrar a proteger objetos del mundo exterior, cosas concretas, valores concretos. No se trata ahora de evitar conductas perturbadoras de las condiciones de vida en común, sino de proteger "bienes jurídicos" cuya mayor o menor extensión puede

ser fijada arbitrariamente por el legislador.

El bien jurídico, de esa forma, en el Estado positivista es el resultado de un liberalismo vacío de contenido, que sólo ha quedado reducido a la expresión formal de sus principios ideológicos. Como señala AMELUNG, "un liberalismo que por cierto señala que las normas penales deben proteger algo, pero que esa función de protección no se puede relacionar más con las condiciones de la vida humana en común porque eso no le corresponde a la legislación y que, en vez de eso, eleva a objeto de protección "objetos del mundo exterior, estados, intereses y otras cosas". (AMELUNG, 1972 a, 60).

El objeto directo del método positivista en el derecho pasa a ser el derecho positivo, el que es tomado acríticamente como una realidad dada, liberado de todo juicio de valor y de toda especulación metajurídica o filosófica que en el caso específico del derecho penal, se concreta en el Código Penal de 1871. Este Código que habría de responder a las exigencias del liberalismo y también a las especiales circunstancias políticas del Imperio, habría de constituirse en el objeto exclusivo de la ciencia penal positivista y por ello, como señala MIR PUIG, se hallaba lejos de resultar políticamente indiferente. (1976,210).

Por ello, nada más de acorde con un Estado como el prusiano, conservador en lo social pero revolucionario en lo económico, que el derecho limitara su estudio a un código que expresa la ideología de ese Estado y el modelo social que ampara dicho Estado y, por lo mismo nada más lógico que centrar el objeto del delito en la defensa de "bienes jurídicos" en tanto que objetos concretos que habrían de derivarse de los propios preceptos que conforman dicho código y que al mismo tiempo habrían de ser fuente de legitimación de dichos preceptos.

El positivismo en derecho penal habría de tomar dos direcciones metodológicas diferentes, encabezadas por BINDING y von LISZT respectivamente, y formalmente enfrentadas pero que en último término habrían de coincidir en el reconocimiento del derecho a mandar y de exigir obediencia con el que necesariamente tenía que contar el Estado positivista alemán para poder llevado a cabo su revolución económica."

### ***b) Teorías que dan sustento constitucional al bien jurídico***

[HORMAZÁBAL MALARÉE, H]<sup>2</sup>

"1. SAX (1972) habría de poner en relación el derecho penal con el ordenamiento constitucional sosteniendo que hay que distinguir dos planos que no se superponen por estar en diferentes niveles de eficacia: el de un "orden de valores constitucional" y el de un "orden de valores penal". El orden constitucional está referido al marco de la actividad del Estado en tanto que el derecho penal sólo



protege aspectos parciales que sólo coinciden en lo nuclear con los valores constitucionales como la vida, la libertad, la propiedad. Sin embargo, según SAX, hay otros valores que no están expresamente estructurados como tales en la Constitución. Tales serían los valores que se protegen en los delitos en contra del Estado, de la Administración de Justicia, de la moral. La Constitución en estos casos simplemente orientaría el ejercicio del "iuspuniendi" de acuerdo con su orden de valores, hacia la concreción de esas conductas antijurídicas en tipos penales. Según SAX, la propia Constitución en su artículo 1. III sanciona la relación entre ambos órdenes valorativos al someter a las decisiones valorativas de la Ley Fundamental "toda actividad estatal, en especial las relacionadas con. reacciones coercitivas y con ello, por supuesto, también el derecho penal" (1972, 911).

2. Dentro de esta corriente constitucional en lo que se refiere al bien jurídico, pero en el contexto de un derecho penal en que se aprecian influencias del funcionalismo podría alinearse a ROXIN (1976 a, 1976 b). Este autor desde la Constitución y concretamente en la idea de "estado de derecho" , trata de fundamentar el carácter prepositivo de los bienes jurídicos. Según ROXIN, en la medida que la Ley Fundamental en su artículo 20 II. 1. establece que todo poder estatal emana del pueblo, no podría ponerse en duda que la actividad estatal no puede tener otro fin que el de asegurar las condiciones de vida en común de todos los ciudadanos, lo que realiza conminando con pena, bajo determinadas condiciones, la violación de bienes jurídicos. Por ello concibe los bienes jurídicos como aquellas "condiciones valiosas en que se concretan los presupuestos de la vida en común" en función de garantizar el orden pacífico. Así, señala ROXIN, el Estado como garante de las condiciones de vida social, debe proteger los bienes jurídicos fundamentales como la vida, la integridad física, la libertad, el patrimonio etc... Pero, agrega, que además de esta contribución conservadora de bienes jurídicos preexistentes, debe cumplir otra función, que es la de lograr los objetivos de promoción y ayuda social que se plantea el Estado social y democrático de derecho perfilado en la Constitución de Bonn.

3. En esta misma línea y también con influencias del funcionalismo puede inscribirse a RUDOLPHI (1970). Este autor parte de la concepción de un "estado de derecho constitucional", en que tan importante son las garantías formales como "la vinculación jurídica del poder estatal a la idea de justicia material", por lo que a su juicio la actividad estatal no sólo debe sujetarse al principio de legalidad, sino que debe concretarse "en el esfuerzo por una estructuración justa e igualitaria de las relaciones humanas".

De esta forma, para RUDOLPHI, la actividad penal queda condicionada a "la protección y seguridad de las condiciones de vida de una sociedad estructurada sobre la base de la libertad de la persona y, al mismo tiempo, es entendida por



todos como razonable", será lo que esté en función de la "creación o mantenimiento de una vida social apoyada en la libertad y responsabilidad del individuo" y es la Constitución la que, según RUDOLPHI, indica los valores fundamentales y la vinculación jurídica obligatoria del legislador a la protección de bienes jurídicos previos al ordenamiento penal cuyo contenido se determina conforme a dichos valores. Estos valores darían una pauta para la elaboración de un concepto material de bien jurídico. Para ello, de acuerdo con RUDOLPHI, es necesario remitirse a la realidad social de donde, a partir de la indagación de los fenómenos que son lesionables por un comportamiento humano y de la perspectiva constitucional, debe revelarse el concepto de bien jurídico "como un presupuesto de una vida social próspera, apoyada en la libertad y responsabilidad del individuo".

Luego, el sustrato material del concepto de bien jurídico, vendría dado, de acuerdo con lo expuesto, por la sociedad estatal conforme a la Constitución y por las condiciones y funciones en los cuales se basa la vida social. De esta forma, el bien jurídico se revelaría como una unidad social de función viviente, esto es, no estática, que es necesaria para la subsistencia de la sociedad constitucionalmente organizada. (1970,162-163)

La concepción de bien jurídico de RUDOLPHI, pese a buscar tímidamente puntos de apoyo en una teoría de la sociedad, lo cierto es que permanece en el ámbito de lo formal. Su pretensión de darle un contenido material al bien jurídico, se frustra desde el momento mismo en que condiciona la concreción del concepto dentro de la realidad social, pero una realidad social entendida como sociedad estatal constitucional, lo que podrá ser realidad normativa, pero jamás realidad social. A partir de esta identificación entre realidad social y realidad normativa y de la determinación del bien jurídico conforme a ésta última, lo cierto es que necesariamente el bien jurídico así concebido no podrá exceder el campo de lo formal, de lo estrictamente jurídico.

4. También dentro del formalismo constitucional MARX (1972) da una definición de bien jurídico a partir del fin del derecho penal que según él se corresponde con el del derecho y éste a su vez con el fin del Estado. El Estado es concebido por MARX no como un Estado de la realidad social sino como un Estado ideal, como un concepto jurídico. Por ello, arranca desde el plano constitucional y concretamente del artículo 1 de la Ley Fundamental alemana, que según MARX en el fondo recoge un principio preestatal que "sólo es recibido en su fisonomía preestablecida" (1972, 38). Luego, —continúa argumentando—, del mismo modo como el Estado se funda en la dignidad del hombre, el derecho penal no puede tener sino como objeto central el hombre, pero un hombre entendido como



persona que se desarrolla y se realiza como un ser libre (1972,40 y sgts).

De esta forma, según el mismo autor el derecho penal por su propia naturaleza defensiva "debe proteger de lesiones todo lo que es necesario al hombre en tanto que presupuesto externo para la realización de su desarrollo personal" (60). En un siguiente paso define al bien jurídico como "aquellos objetos que el hombre necesita para su libre autorealización" (62).

En términos generales todas estas concepciones del bien jurídico no pueden superar la objeción de carácter general que hace HASSEMER (1973,64): "¿Hacia dónde conduce esta vía de una concepción de un bien jurídico que no debe excluir ningún objeto de protección? El resultado es un concepto general de bien jurídico que es tan abstracto que no informa en absoluto sobre los objetos de protección en particular. La concepción de lo que el hombre necesita para su libre realización personal, de lo que es irrenunciable para la sociedad y la libertad individual, de qué valores son merecedores de protección como condición del propio desarrollo personal queda abandonada a la interpretación".

Desde nuestro punto de vista, si a RUDOLPHI se le podía reprochar su formalidad hasta el extremo de que llegaba a identificar la realidad social con la sociedad constitucional, en el caso de MARX este formalismo se extrema aún más en la medida de que llega a identificar el fin del derecho con el fin de un Estado ideal, entendido como una abstracción jurídica. Evidentemente que desde este punto de partida difícilmente se puede llegar a un concepto material de bien jurídico, esto es, un concepto que exprese lo que realmente protege el Estado a través del derecho penal y que permita una revisión crítica del derecho penal vigente.

No obstante habría de ser en Italia donde con mayor intensidad y por lo mismo con mayor riqueza, se habría de replantear la discusión sobre el bien jurídico desde una perspectiva jurídico constitucional. Quizá el porqué de la preocupación por vincular al derecho penal con la Constitución se encuentre en el hecho de que aun esté vigente el Código Rocco en el marco de una Constitución republicana avanzada.

Como ha destacado PULITANO (1981, 111) en los últimos años esta circunstancia ha acarreado un proceso de descodificación. En el centro de esta problemática/continúa este autor, está la cuestión del bien jurídico que ha planteado "una redefinición del catálogo y de la jerarquía de los bienes y de la necesidad y del modo de su tutela que asuma como punto de referencia ya no un código autoritario y envejecido, pero sí la Constitución republicana extrayendo de ella la línea reconstructiva del sistema penal". (1981, 113).

5. El primero en plantear la tesis de la necesaria constitucionalidad de los objetos a ser protegidos penalmente habría de ser BRICOLA (1973). Según este autor, que junto con MUSCO (1974), y ANGIONI (1983), podría ser alineados dentro de



la que se ha dado en llamar "teoría constitucional estricta" (GONZÁLEZ RUS, 1982, 706), la clave está en el artículo 3 de la Constitución italiana que en su párrafo segundo dispone en forma similar al artículo 9.2 de la Constitución española, que "es deber de la República remover los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país." Del artículo transcrito de la Constitución, según BRICOLA, se debe deducir que "la sanción penal puede ser adoptada solamente en presencia de la violación de un bien el cual si no puede ser de igual grado del valor sacrificado (libertad personal), esté al menos dotado de relevancia constitucional. O sea, el ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una significativa lesión de un valor constitucional relevante" (BRICOLA, 1973, 15). En cuanto a lo que es constitucionalmente relevante, señala este autor, que ello no debe entenderse como antítesis del bien respecto a la Constitución, pero sí como asunción del mismo entre los valores que explícita o implícitamente están garantizados en la Carta Constitucional. De esta manera, delito será un hecho lesivo de un valor constitucional cuya significatividad se refleja en la medida de la pena (1973, 16). En trabajos posteriores BRICOLA (1980) ha ido completando su teoría constitucional poniendo el acento en los aspectos garantísticos y de solidaridad del Estado social de derecho con especial referencia al artículo 2 de la Constitución italiana, el cual al señalar el reconocimiento y la garantía de los derechos inviolables del hombre, plantea como exigencia "el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social". Así, BRICOLA observa que "la exigencia más apremiante de defensa social postula una revalorización de la defensa del ciudadano-víctima frente a la criminalidad" , pero que el citado artículo 2 de la Constitución está en primer plano "en función de límite respecto de otras normas constitucionales en materia penal". (1980, 181-182).

6. ANGIONI (1983, 161 y sgtes.) profundizando en la línea de una teoría del bien jurídico con referente constitucional observa la necesidad de que un derecho penal del hecho basado en la protección de bienes jurídicos, respete los principios básicos de proporcionalidad, necesidad y efectividad de la tutela penal.

Así, con apoyo en la Constitución, especialmente en la función reeducadora que ésta asigna a la pena privativa de libertad, señala que sólo podrá imponerse respecto de la ofensa de bienes jurídicos de carácter constitucional primarios; que la pena pecuniaria sólo respecto de la ofensa de algunos de los bienes jurídicos constitucionales primarios o bien respecto de uno secundario. En todo caso el bien jurídico deberá ser siempre constitucional. En cuanto a la forma específica de protección, señala que será la importancia del bien jurídico la que habrá de determinar la anticipación del momento de la protección entrando a considerar con



ello la legitimidad de los delitos de peligro (1983, 176, 203). El criterio sobre el cual fundamentar la distinción entre el bien primario y secundario es el de la libertad como bien jerárquicamente superior dentro del orden constitucional. Bienes primarios serían aquellos sin los cuales el individuo no puede realizarse en las mínimas formas existenciales o cuyo falta resultaría atentatoria a la dignidad del hombre. La ofensa a estos bienes en la medida que constituye un ataque a la libertad personal autorizaría a la conminación con una pena privativa de libertad. (1983,203).

7. MUSCO (1974,55 y sgtes.) se plantea la necesidad de buscar un concepto material de bien jurídico, entendiendo por material un concepto que sea capaz de expresar el elemento común a todos los injustos, señalando que es necesario buscarlo en el orden prepositivo y que su obliteración hay que fundarla en la Constitución. Este autor aporta a la teoría constitucional un criterio de concretización, ya que según él "no todos los valores que se encuentran contemplados en la Constitución son susceptibles, deben (o pueden) ser objeto de tutela penal..." (1974, 124). En esta línea MUSCO señala que tal principio se encuentra en el artículo 27.3 de la Constitución italiana que establece que "la pena —debe tender a la reeducación del condenado" y que en razón de este principio el legislador estaría vinculado a garantizar penalmente sólo las "formas mínimas de vida en común" (125-126), MUSGO, de esta manera, desarrolla su teoría en el marco del más clásico contractualismo, en el cual se reafirma más adelante cuando señala, con apoyo en el espritualismo alemán, que los bienes jurídicos pueden ser definidos como "aquellos valores conceptualmente apre-hensibles, de cierto e inmediato origen constitucional, que sirven para asegurar las condiciones esenciales de la vida en común". (130). FIANDACA (1982, 57), en particular critica a MUSCO su remisión al fin reeducativo de la pena. Le parece que la reeducación, en la medida que debe cambiar su contenido según el tipo de ordenamiento en que se inserta, presupone referencia a valores constitucionales y no puede "al mismo tiempo, servir de parámetro para seleccionar los bienes constitucionales legítimamente tutelables en sede penal..."

8. PULITANO (1981; 1983) y FIANDACA (1982) critican en general a la teoría constitucional estricta poniendo en duda que pueda encontrarse un principio o disposición constitucional que pueda servir para individualizar el lícito penal. Según FIANDACA, el planteamiento constitucional correcto es el que sólo se plantea a la Constitución como fuente que ha de proporcionar directivas programáticas de tutela y no parámetros realmente vinculantes para el legislador. Le concede, de esta forma, amplios márgenes de libertad al legislador y la posibilidad de revisar enfoques en relación con los delitos de peligro abstracto, respecto de ciertos bienes jurídicos, con el principio de subsidiariedad, de la necesidad de la pena, merecimiento de la pena, etc.

En la misma línea PULITANO (1981,1983) reconoce en la Constitución democrática no simplemente lo que él denomina una función demoledora, sino de reconstrucción de los objetos y del modelo de la tutela penal. La Constitución, para PULITANO cumpliría una función de orientación positiva que parte de la matriz liberal, pero que va hacia la revelación de necesidades positivas de tutela. El elemento crítico está presente en la tensión entre la refutada jerarquía de valores sostenida en el Código Rocco y la afirmada (todavía no reconstruida) jerarquía de los "bienes jurídicos constitucionales". (1981,115)

En relación a los bienes jurídicos y con fundamento en los artículos 2 y 3 de la Constitución italiana, señala la necesidad de ampliar el ámbito de lo penal como una obligación de carácter constitucional. Para él, el reclamo a la Constitución no puede valer "para fundar un nuevo sistema integrado de valores, que significaría selección autoritaria de necesidades y de bienes merecedores de tutela, pero debe desenvolver en primer lugar una función de garantía y de límite en la relación entre Estado y ciudadano" (1981, 117).

De este modo, conforme al criterio de PULITANO la Constitución no puede ser vista como un sistema cerrado que llevaría a una "teología de la Constitución", sino como un sistema abierto, lo que significa, según sus palabras, "que no todo está decidido y vinculado en una rígida tabla de valores sino que se han dejado cuestiones conscientemente abiertas y espacios para un proceso político libre". (1983,498-499). El legislador gozaría de una amplia libertad en lo que se refiere a la elección de los bienes jurídicos en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, así como en la elección del momento de la protección. Así, conforme a esta variante de la teoría constitucionalista del bien jurídico, la Constitución serviría de base para fomentar una expansión del sistema penal que en sus proposiciones concretas sólo podrían ser controladas en sus presupuestos. Los presupuestos liberales de la Constitución no sólo señalarían los límites de la tutela penal, sino que también constituirían un marco para el desarrollo de la política penal. (1981; 1983, passim)."

### ***c) El bien jurídico en la relación de tensión entre Constitución y Derecho Natural***

[HASSEMER, W.]<sup>3</sup>

"III. El fundamento natural del bien jurídico no es la Constitución ni el Derecho Natural, sino la vida (LISZT).

1.- Los bienes jurídicos penalmente tutelados son aquellos bienes socialmente reconocidos, que el hombre puede ver, y que están sometidos a la tutela penal.

Considero sinónimo de " bien " también al" interés " en la conservación de una

situación. La tutela penal es la forma de tutela más intensa que un ordenamiento jurídico pueda producir intencionalmente. En consecuencia, para los juristas, los bienes jurídicos penalmente tutelados constituyen los intereses que son socialmente reconocidos como más importantes.

2.- Las condiciones de aumento del reconocimiento social de un bien son: la frecuencia de su lesión, la intensidad de la necesidad del mismo y la alarma social que despierta su lesión (al respecto véase mi " Teoría y sociología del delito ", Athenäum, Frankfurt a.M., 1973, 1980).

a) Hasta que un interés es socialmente reconocido, el grado de su reconocimiento ( ser digno de tutela ) crece con la frecuencia de su lesión socialmente percibida, y viceversa. Ejemplo positivo de ello en Europa Central son el abuso de estupefacientes o el creciente peligro para la vida, la salud y la propiedad en la circulación de vehículos; un ejemplo negativo son el canibalismo o el duelo. Ciertamente la frecuencia de la lesión de un bien puede también ser indicio del hecho de que aquel bien pierde tendencialmente su reconocimiento social (ejemplo: la contaminación de la gravidez; problemático: el hurto en los supermercados, que forman parte de los " delitos de bagatela ").

b) El reconocimiento social de un bien crece además con la intensidad, percibida socialmente, de la necesidad de dicho bien. En esta relación juega un papel la reproducibilidad del objeto lesionado (ejemplo: el hurto de caballos en el " Far West ", como ahora el hurto de autos ).

c) El reconocimiento social es un fenómeno de comunicación. La frecuencia y la intensidad de la necesidad no actúan como condiciones de incremento porque y en la medida en que sean reales, sino porque y en la medida en que son percibidos socialmente: la lesión del bien debe ser percibida como amenaza. Un ejemplo es la contaminación ambiental, cuya peligrosidad no fue percibida en el pasado de modo adecuado (siempre que un ambiente limpio se reconozca como un bien) frente a la amenaza que efectivamente constituía.

Aquí se abre un campo de actividades para una " toma de conciencia política", cruzadas morales, etc.

d) De todo esto resulta que los bienes jurídicos constituyen un fenómeno históricamente cambiante. Las condiciones para su transformación no son (sólo) de carácter objetivo, sino ( también ) de carácter comunicativo, es decir, definitorio.

3.- Se puede reconocer al " control social" como instrumento para la tutela de bienes socialmente reconocidos. En todo caso el Derecho, como instrumento de control social, es un medio para la tutela de los bienes.

Cuáles intereses socialmente reconocidos llegan a ser bienes jurídicos, es resultado de una definición de política del Derecho. Tal definición se halla



sometida a límites constitucionales de contenido (derechos fundamentales ) y de forma (organización ); no debe alejarse demasiado - en interés del reconocimiento social del derecho - del reconocimiento social de intereses; en particular, debe tomar en cuenta la " irracionalidad " social, cuando no se debe dejar moldear simplemente por ella.

4. La tutela de los bienes jurídicos se configura de modo distinto en las diferentes ramas del Derecho.

La diferencia entre los sectores jurídicos se refiere en particular a las sanciones (la pena versus la reparación del daño ), a los tipos de procesamiento ( principio inquisitorio versus principio acusatorio ) y a la técnica de tutela, es decir, a los presupuestos de la responsabilidad ( autor culpable del delito versus autor del daño ).

El sistema debe tener presente si, y en cuál medida, la tutela de cuales bienes jurídicos está garantizada por cuáles otros sectores del Derecho. Desde este punto de vista se explica el principio de la " naturaleza fragmentaria " del Derecho Penal, el cual, por ejemplo, completa la tutela jurídica del patrimonio privado y público sólo en lo que atañe a determinados tipos de lesión ( y deja sin sanción la simple omisión de pretensiones jurídico-patrimoniales).

IV.- En el derecho penal el " concepto crítico de bien jurídico " es de carácter normativo, no descriptivo: delinea una situación ideal del Derecho Penal, no un presente ni un pasado: es una utopía rica de contenido.

1. En primer lugar el concepto de bien jurídico está dirigido, por naturaleza, a algo negativo, a la limitación del Derecho Penal. Impide al legislador penal legislar si no es para asegurar la tutela de un bien jurídico. Así entendido, asegura el status negativas de la libertad privada de acción antes de cualquier intervención estatal.

2.- El concepto de bien jurídico puede ser también u-na parte fundamental de una justificación del Derecho Penal.

En el contexto del principio constitucional de equilibrio entre intervenciones estatales y libertad de acción general, el concepto de bien jurídico puede mostrar que, para determinados intereses dignos de tutela, solo el De-reho Penal funciona como instrumento de tutela apropiado, necesario y adecuado.

En el contexto de paradigma del control, el concepto de bien jurídico puede demostrar que, en determinadas situaciones, un control social jurídicamente instituido y supervisado, es decir, formalizado, puede garantizar más fácilmente la tutela de los intereses de los participantes en el conflicto, intereses dignos de tutela y amenazados por un conflicto desviante.

3. El concepto de bien jurídico amplía la carga de justificación del legislador penal

a una dimensión empírica. La contrariedad a la norma por parte de un comportamiento no es motivo suficiente para su criminalización; debe demostrarse, además, que esa criminalización produce una situación deseable en el mundo externo (tutela de un bien jurídico amenazado ).

Hoy día se discute sobre los casos de la seducción de menores y el derecho de corrección de los padres. Hasta este punto el concepto de bien jurídico se asocia con aquellas corrientes que, contra el Derecho Natural racional, insisten sobre la finalidad empírica del Derecho Penal.

4. El concepto de bien jurídico milita a favor de una restricción de las prohibiciones penales. Sus objetos son los intereses humanos tangibles: vida, salud, libertad, honor, propiedad, patrimonio. Con esta precisión se hace posible incluso la distinción entre delicia per se y delicia mera prohibita .

Sus dificultades comienzan cuando se trata de bienes jurídicos universales, o directamente de " unidades funcionales de tipo valorativo " o " participabas " ( en alemán: Partizipalien), es decir, objetos volatilizados (ver Supra II.3, Infra V.I ) con referencia a los cuales no se reconoce ya ni siquiera una víctima.

El concepto de bien jurídico arriesga siempre ( y particularmente hoy) a ser confundido con la descripción de la situación real de un ordenamiento jurídico y a ser sub-sumido bajo la rúbrica " bien jurídico " contenida en la ley penal, pero sin satisfacer la exigencia de precisión del concepto de bien jurídico (pureza del ambiente, integridad de la profesión de los funcionarios estatales, etc).

5. El concepto de bien jurídico ofrece indicaciones para una justa técnica de tutela de las leyes penales. Se puede reconocer una jerarquía (históricamente cambiante) de los bienes jurídicos; se pueden distinguir las lesiones de un bien jurídico de los peligros abstractos y concretos (" la criminalización anticipada") y se debe dosificar sobre esta distinción la intensidad de la criminalización (cornisa edictual de la pena, punibilidad de la tentativa o de la conducta culposa, facultad de querrela, motivos de exención de pena, etc.).

V. El concepto de bien jurídico ya no está conforme con el espíritu del tiempo.

El legislador penal moderno - y la doctrina apenas lo contradice - se inclina a reducir el concepto de bien jurídico de dos maneras: mediante la introducción, en el Código Penal, de substratos que no son suficientemente precisos tal como los requeriría el concepto de bien jurídico, y mediante la criminalización del peligro, es decir la " criminalización anticipada ".

Por su lado la moderna Teoría del Derecho Penal modifica el concepto de bien jurídico por medio del llamado " planteamiento victimológico".

1.- Las nuevas criminalizaciones ( mediante la introducción de nuevos tipos, o la



exasperación de las cornisas edictuales de las penas ) de los últimos años y los proyectos de ley para el futuro próximo tienen un denominador común: introducen nuevos y difusos " bienes jurídicos " o refuerzan la tutela de los " bienes jurídicos " que, según un concepto adecuado del bien jurídico, resultan demasiado vagos: delitos tributarios, delitos en la formación de los balances, delitos por la utilización de subvenciones, delitos contra el ambiente, delitos en materia de computadoras electrónicas y en materia de estupefacientes.

Intereses como el de quien concede subvenciones a que éstas sean utilizadas según las reglas ( por ejemplo imponiendo una política para la subvención), o el de impedir el tráfico de drogas, o el de conservar el ambiente vital, etc. aún cuando son legítimos, no son bienes jurídicos en sentido tradicional, sino objetivos de organización políticas, sociales, económicas. La víctima de tales delitos será visualizada, en el mejor de los casos, muy marginalmente. Aquí el derecho penal no tutela víctimas sino funciones.

2. Estrechamente relacionada con la anterior está la técnica de tutela de la criminalización del peligro, es decir, la " criminalización anticipada ". Los motivos de punibilidad no son las lesiones a un bien jurídico, sino las acciones que de un modo típico ponen en peligro un bien jurídico ( falsear un balance, poseer estupefacientes). Con ello el delito parte de la visibilidad del mal, la ocasión del miedo. El control penal cesa de ser una respuesta a acciones malignas y, tendencialmente, se convierte en una protección colateral del derecho administrativo (lo que siempre fue, y con razón, el llamado " Derecho Penal accesorio").

3.- En las recientes teorías del Derecho Penal, el "planteamiento victimológico" parece estar inserto en la tradición del concepto de bien jurídico. Planteamiento que consiste en renunciar a la tutela penal cuando se puede pretender que la propia víctima ( por ejemplo , en la estafa) pueda realizar la tutela de su bien jurídico, es decir, cuando dicha tutela penal, considera desde el punto de vista de la víctima, y no es necesaria. Es cierto que este planteamiento retoma y desarrolla un tema propio de la concepción crítica del bien jurídico: es cierto que una criminalización del comportamiento puede ser considerada como legítima sólo si se muestra necesaria para la tutela de un bien jurídico ( Ver supra IV, 1,2,); pero también es cierto que el planteamiento victimológico transfiere parcialmente la disponibilidad de la tutela del bien jurídico a la víctima, con lo cual, en definitiva, la debilita. Porque la víctima puede tener muchos motivos (y no sólo motivos dignos de ser jurídicamente reconocidos ) para renunciar a la tutela de su bien jurídico.

VI.- Es difícil una valoración de estas nuevas concepciones. Presupone que sean reexaminadas las concepciones críticas del bien jurídico para verificar si no están superadas históricamente, si el derecho penal moderno ( o " posmoderno ") no

deba en general prescindir del concepto de bien jurídico, si debemos considerar superada la filosofía política del Iluminismo. Obviamente no puede desarrollarse aquí esa discusión: me limito a algunas reflexiones que los contenidos y las tendencias expuestas del punto 111 al punto V podrían conducir a una fundamentación más profunda.

1.- Desde el punto de vista del concepto de bien jurídico la valoración de los planteamientos victimológicos ( V. 3 ) es aún relativamente simple. Yo no veo en ellos ningún alejamiento sustancial del concepto de bien jurídico, sino su transformación progresiva dirigida hacia dos nuevas necesidades: el aumento de la consideración de la víctima del delito y la privatización del Derecho penal.

No es un hecho del todo nuevo que la validez real de las normas penales de procedimiento y ejecución no esté garantizada por la institución Derecho Penal, sino por el interés fáctico de tutela de bienes jurídicos ( como lo prueba, por ejemplo, los delitos perseguibles por querrela ). " jus vigilantibus ", donde no hay actor, no hay juez": estos principios civilistas que hasta ahora han tocado el Derecho Penal sólo marginal mente, valdrán en adelante también para la criminalidad media y grande.

Queda por ver si se puede imponer desde un punto de vista de política criminal, el planteamiento victimológico (no solamente a nivel legislativo, sino más evidentemente a nivel de aplicación de las leyes): como se deben comportar los portadores individuales de bienes jurídicos si el planteamiento victimológico institucionaliza la garantía de validez de las normas, no sólo teóricamente sino, además, transformando de hecho también la validez de la norma.

2. Digno de notarse - aún si yo no veo una real relación de casualidad - es el hecho de que el planteamiento victimológico (que sólo puede referirse a bienes jurídicos individuales) aparece en una época en que la política criminal estatal está concentrada en bienes jurídicos universales ( ver supra V.I ). Podría verse allí un movimiento de tenaza contra el concepto de bien jurídico: por un lado un planteamiento contra la garantía institucional de tutela de bienes jurídicos clásicos (individuales); por el otro una política de volatilización y disolución del concepto de bien jurídico.

3.- En los desarrollos más recientes de política criminal ( ver V. 1 y 2 ). yo veo, resumida esquemáticamente, la tendencia a llevar el " Derecho Criminal" al ámbito del ilícito administrativo, a disolver la fragmentariedad del Derecho Penal mediante numerosas y difusas criminalizaciones, a ofuscar la " visibilidad del mal", a confundir los límites entre Derecho criminal y Derecho del ilícito administrativo, a transformaren no individualmente la capacidad funcional de instituciones, a hacer impalpable el daño que el delito produce, a convertir la " retribución de un ilícito "

en " guía de comportamientos ", y los "bienes jurídicos " en " funciones ". De lo cual se deriva que el Derecho Penal pierde tendencialmente su capacidad de sostener y asegurar públicamente las normas fundamentales ( ver también mis " Fundamentos de Derecho Penal ", Bosch, Barcelona, 1984, n. 27 ) y que la distinción entre pena y medida disciplinaria, la legitimidad de un reproche de culpabilidad al condenado, llegan a ser aún menos intelegibles. Resulta plausible concluir anticipadamente y sin público los procedimientos penales por medio de " negociaciones " y medir sanciones orientadas hacia la consecuencia; resulta no plausible que el Derecho Penal y el procedimiento penal sean provistos de garantías ampliamente extendidas que cuestan tiempo y dinero y que son desconocidas en o-tros sectores del Derecho; resulta plausible introducir " análisis económicos " también para el Derecho Penal.

4.- Yo no creo posible hacer retroceder esta tendencia. Es perfectamente adecuada a la tendencia dominante de extender y usar el derecho como instrumento de dirección política, que es particularmente incompatible con el Derecho Penal, al hacer perder a éste la especificidad que lo cualifica frente a los otros sectores del Derecho ( VI, 3) haciendo posible la realización de su rol específico dentro del ordenamiento jurídico: la formalización del control social en los conflictos penales más graves, para la tutela de los derechos de todos los que participan en el conflicto. El derecho penal debe seguir siendo " límite insuperable de la política criminal "(LISZT). Por lo cual, en relación con el desarrollo de la política criminal, apruebo una consideración lo más amplia posible de las reivindicaciones del concepto crítico del bien jurídico.

Todo lo cual significa (tendencialmente):

- Renuncia a la introducción de nuevos bienes jurídicos universales;
- criminalización de delitos de lesión en lugar de delitos de peligro concreto, y de delitos de peligro concreto en lugar de delitos abstractamente peligrosos;
- renuncia a la " criminalización anticipada ";
- revisión, fundada metodológicamente, del daño c-fectivo que se espera de un comportamiento incriminado y que es motivo de la criminalización;
- expulsión de la ley penal de aquellos tipos delictuosos que no se pueden relacionar efectivamente con la prevención del daño;
- adaptación de la criminalización a la técnica de tutela (relativa atenuación de la cornisa edictual de la pena, de la modalidad de perprctación, de la punición de la conducta culposa y de la punición de la tentativa, en el caso de delitos de peligro );
- para el caso, sobre todo, de delitos de peligro: descripción precisa del bien jurídico menos tutelado en peligro."

#### **d) La ideología y la política penal**

[HULBERT VOLIO, A. M.]<sup>4</sup>

“Así expuestas las cosas, a pesar del carácter no neutral del Estado, la decisión de protección de una determinada relación social concreta está sujeta a las limitaciones que impone el Estado de Derecho. Por eso la intervención penal en la relación social no puede ser arbitraria. El legislador penal debe actuar recogiendo a través de los canales de comunicación democráticos los requerimientos de intervención penal para la protección de determinadas relaciones sociales particulares. En un Estado de Derecho el bien jurídico surge de las propias bases de la relación social y constituye la culminación de un proceso de participación política.

Desde luego, la política penal en una sociedad democrática fundada en la protección de bienes jurídicos no puede perder de vista al hombre y sus derechos fundamentales. Ello implica que el hombre no puede ser objeto de manipulación, transformarse en un medio, sino que tiene que ser el fin del proceso democrático. Por eso, la selección de los objetos a ser protegidos por la norma penal ha de hacerse superando las formulaciones ideológicas que pueden conducir a la protección de algo que encubre otra realidad, o simplemente de algo cuya protección es incompatible con el carácter democrático del Estado. En el primer caso, lo que se protege no es lo que se dice y en el segundo lo protegido no es justo protegerlo.

No cabe duda que en el proceso participativo dentro de la relación social democrática el hombre se encuentra expuesto a la interpelación de los diferentes discursos ideológicos. Las distintas ideologías se encuentran en una relación dialéctica en la sociedad civil. Son a veces contradictorias y excluyentes, otras complementarias o simplemente se superponen. Hay ideologías preponderantes en los diferentes niveles de ideología, pero constituyen "procesos sociales en curso". Por lo mismo tienen un carácter dinámico y su enfrentamiento dialéctico constituye una expresión del ejercicio de la libertad política y la participación democrática.<sup>1</sup>

Por eso, con razón se ha sostenido que es falso que una ideología o mas bien una ideología hegemónica sea el factor exclusivo de la cohesión social y que a lo más podría admitirse que esa ideología hegemónica es un factor de cohesión de la clase dominante pero en ningún caso de la sociedad en su conjunto.<sup>2</sup>

El ejemplo de la discusión sobre las intervenciones telefónicas puede resultar ilustrativo. La apertura del proceso democrático en Costa Rica permitió la confrontación ideológica. Por una parte la de aquéllos que entendían que la intervención telefónica debía ser prohibida porque implicaba la violación de la privada, la libertad, etc. y la de los que aún entendiendo que se trata efectivamente

de una violación a la privacidad a que todo ser humano tiene derecho, consideraban que lo que debía prevalecer era el interés social por encima del personal. La confrontación dialéctica de estas dos posturas ideológicas, aun no agotada, permitió una reforma constitucional que permitió hacer las intervenciones telefónicas cuando se dieran ciertas circunstancias expresadas en el artículo 24 de nuestra Carta Magna. Ha sido la confrontación, amparada por el carácter democrático de la sociedad, lo que ha puesto de manifiesto que lo que realmente hay es un conflicto entre el interés personal y el social y, que por lo tanto, es un problema ideológico resolver a favor de uno o de otro.

Ahora bien, según se ha dicho, las ideologías se dirigen a los seres humanos constituyendo y modelando socialmente su subjetividad. De este modo la forma en que viven sus vidas como actores conscientes y reflexivos en un mundo estructurado y significativo queda condicionada por la interpelación ideológica. Esto quiere decir que en la conformación de la personalidad humana concurren tanto factores sociales como factores psíquicos.<sup>1</sup>

Desde el punto de vista de cómo las ideologías interpelan a sus destinatarios, siguiendo a Therborn se pueden clasificar a efectos puramente analíticos en ideologías de tipo inclusivo-existencial, inclusivo-histórico, posicional existencial y posicional histórico.<sup>1</sup>

Las ideologías inclusivo-existenciales conforman al interpelado proporcionándole significados relacionados con su permanencia en el mundo. Le da significados sobre la vida y la muerte, lo que es bueno y malo en la vida, lo que es posible o imposible en ella. Están constituidas por las creencias religiosas.

Las inclusivo-históricas constituyen a los hombres como miembros conscientes y beligerantes de unos mundos socio-históricos. Pertenencia a una tribu, a una nación, a un Estado. A este tipo de ideologías pertenecen las teorías sociales conservadoras que buscan justificar determinado orden y el sometimiento a ese orden. Estas ideologías estructurales pueden convivir con otras ideologías también de tipo inclusivo-histórico situadas a otros niveles. Así la ideología estructural del mercado competitivo no es incompatible con la pertenencia consciente a una determinada nacionalidad.

Las posicionales-existenciales someten y cualifican al hombre para una determinada posición dentro del mundo a que pertenece. Le dicen a alguien lo que es en contraposición a los otros, lo que es bueno y lo que es posible para él. Son las distinciones masculino-femeninas, niño-adulto-viejo, etc.

Desde la perspectiva del bien jurídico protegido por la norma penal es pertinente referirse a las ideologías de tipo inclusivo-histórico de carácter estructural. Son aquellas formulaciones que se corresponden a una concepción de la sociedad, sus fundamentos y mantenimiento. Son ideologías elaboradas, en la terminología



gramsciana, por los llamados intelectuales orgánicos. En términos generales son ideologías de este tipo las que se manifiestan dentro del derecho penal en la selección de los objetos de protección.

Pero en el proceso dialéctico que tiene lugar en una sociedad democrática y que culmina con la determinación de que una determinada relación social ( bien jurídico ) es merecedora de protección, se interponen discursos ideológicos de distinta naturaleza. Desde luego están las ideologías estructurales o del poder que contribuyen a la conformación de relaciones de mercado bien sea promoviendo las condiciones para estas relaciones y en el ámbito penal prohibiendo que se realicen al margen del mercado o de las reglas de comportamiento que los sujetos deben observar en el mercado. Ejemplo claro a este respecto, son los delitos en contra de la propiedad sin contenido de violencia y las maquinaciones para alterar el precio de las cosas. También las ideologías estructurales justifican la prohibición de conductas que afectan a la vida, la salud individual, la salud colectiva o pública, la seguridad, etc., ya que su lesión afecta a las bases de existencia del sistema. Pero si bien en relación a la protección de estos bienes jurídicos concurren ideologías estructurales también pueden concurrir otros discursos ideológicos. Por ejemplo, la protección de la vida y de la libertad. La vida y la libertad constituyen la base del sistema de mercado. Sin vida y libertad protegidas no puede funcionar el mercado. Pero en su protección pueden concurrir también otras ideologías incluso que nieguen la ideología del mercado y que se complementen con ideologías de carácter religioso que sostengan la protección de la libertad y la vida por encima de cualquier estructura, como la teología de la liberación de tanta importancia en Latinoamérica.

Resulta necesario determinar en cada norma penal el objeto realmente protegido. Se trata de superar el discurso ideológico y ver la realidad de la relación social concreta protegida para que el proceso de discusión democrático pueda desarrollarse sin interferencias ideológicas que pueden conducir a proteger una realidad distinta que sea incompatible con los fines del Estado de Derecho. Esto podría suceder con la protección de objetos cuya justificación se realice desde ideologías de carácter existencial. Este tipo de ideologías conduce a la protección de objetos que no pueden o no deben ser protegidos en un Estado de Derecho.

Ejemplos a este respecto pueden ser la protección de la moral o de la religión. Su protección se justifica desde una ideología de tipo inclusivo-existencial. Cuando se protege la moral o la religión se están protegiendo creencias que pueden ser muy respetables, pero que no pueden ser impuestas al resto de los ciudadanos, pues significaría una intromisión intolerable en el ámbito de su libertad constituyéndose el derecho penal en un factor de discriminación. Otra cosa es que se proteja la libertad de una persona para obrar conforme a un código moral o para practicar una determinada religión. Lo que no se puede hacer a través del discurso penal es

imponer un código moral o una práctica religiosa.

En el castigo del adulterio en épocas ya felizmente superadas, salvo en algunos pocos países como Chile, el discurso ideológico era de tipo posicional-existencial. Se justificaba el castigo sólo respecto de la mujer aduciendo que lo protegido era la incolumidad o integridad de la familia. El exámen de la relación social concreta y de la posición de la mujer dentro de ella, pone de manifiesto su condición de subordinación y, por lo tanto su desigualdad, respecto al hombre y que precisamente eso era lo que se protegía con ese delito. Discursos ideológicos de esta naturaleza son factores de discriminación social, creadores de desigualdades.

En definitiva se trata de que la tarea de determinación del merecimiento de protección se haga libremente en la base social superando el discurso ideológico para ver la realidad del objeto a ser protegido y su compatibilidad con el Estado de Derecho. Se pretende que el objeto protegido se corresponda con la satisfacción de una necesidad humana.”

#### **e) El Bien Jurídico en la Teoría del Delito**

[CASTILLO GONZÁLEZ, F.]<sup>5</sup>

“#47.- Para una parte de la doctrina, el lugar del bien jurídico dentro de la teoría del delito es la tipicidad. Así, Sax<sup>215</sup> sostiene la tesis que el tipo legal "es una figura valorativamente neutra, que no puede cumplirse sin que ocurra la lesión al bien jurídico merecedor de pena", situación que considera necesaria para legitimar la punición estatal. Sax quiere introducir la posibilidad de "atipicidad" (exclusión del tipo) limitando la responsabilidad a los fines de protección de la norma y subordinando este concepto al de "atipicidad" (exclusión del tipo) por falta "de un elemento típico" cuando falte lesión al bien jurídico. Una posición similar sostiene Günther, para quien el efecto limitador de la tipicidad lo constituiría el bien jurídico tutelado, el cual debe ser considerado a nivel de la tipicidad, pues el bien jurídico, constituyendo parte de lo injusto típico, constituiría una limitante a la tipicidad legal<sup>216</sup>. Igualmente, Zaffaroni considera<sup>217</sup> que la" construcción de la tipicidad objetiva no debe perseguir sólo la función de establecer el "pragma típico" sino también la de excluir su tipicidad cuando no medie conflictividad, como requisito o barrera infranqueable a la irracionalidad del poder punitivo". Al lado del tipo legal (o pragma legal, como lo llama) considera que debe haber una forma adicional de tipicidad, que él<sup>218</sup> llama "tipicidad conglobante". La tipicidad conglobante cumple su función rectora verificando que exista un conflicto (conflictividad), lo que implica una lesión objetivamente imputable a un agente (dominabilidad)<sup>219</sup>, de modo con que esa lesión se establece la existencia misma del conflicto, que para ser tal requiere comprobar la existencia de su lesividad y su pertenencia al agente. La posición de Zaffaroni ha tenido influencia en algunos penalistas

latinoamericanos<sup>220</sup>.

48.- Creemos, con Jescheck y Roxin, que la circunstancia de que una conducta en concreto no viole bien jurídico o no lo viole de modo suficiente pertenece a la antijuridicidad material.

Según Roxin la antijuridicidad puede ser formal o material<sup>221</sup>. Antijuridicidad formal existe cuando una acción contraviene la prohibición o el mandato legal. Para que exista delito debe ser materialmente antijurídica. Y para que haya antijuridicidad material es necesario que la acción se plasma en una lesión a bienes jurídicos, que sea socialmente nociva y que no se pueda combatir suficientemente con medios extra-penales<sup>222</sup>. Acorde con la distinción entre antijuridicidad formal y material debe distinguirse correlativamente entre injusto formal e injusto material. El aspecto valorativo del tipo injusto material lo representa la lesión a bienes jurídicos. El derecho constitucional reconoce al Estado el derecho de punir, pero nada dice de cuál es el contenido de la actuación punible. El concepto material de delito (antijuridicidad material) se pregunta por los criterios materiales de la conducta punible y este concepto material de delito es previo al código penal, le da al legislador un criterio material sobre lo que debe penar o dejar de penar y deriva de la función que le asigna el constituyente al derecho penal, que es la protección subsidiaria de bienes jurídicos<sup>223</sup>. Sin embargo, este concepto de bien jurídico, no es previo a la Constitución<sup>224</sup>, que simplemente establece prohibiciones y mandatos sobre cómo configurar los bienes jurídicos.

Para Jescheck una acción es antijurídica en sentido material cuando lesiona el bien jurídico tutelado por la norma penal<sup>225</sup>. Para establecer si una acción es antijurídica materialmente es necesario examinar la conducta realizada por el autor en concreto, la conducta que el legislador sancionó con pena y establecer si ella lesiona el bien jurídico tutelado. En este sentido, el concepto de lesión no debe tomarse naturalísticamente (como daño de la acción a un determinado objeto de protección) sino como contradicción al valor ideal que es protegido por la norma (bien jurídico)<sup>226</sup>. En la lesión al bien jurídico radica el daño a la comunidad, que justifica considerar el hecho como un comportamiento socialmente dañoso<sup>227</sup>.

El conocimiento de la antijuridicidad es un elemento de la culpabilidad. Este conocimiento del autor debe ser doble: (1) El autor debe conocer que su conducta lesiona el orden jurídico, es decir, que hay una norma que sanciona su comportamiento, aunque no se requiere que conozca la pena específica que sanciona su conducta. Lo anterior tiene su razón de ser en que el Estado solamente puede sancionar al autor si este ha conocido previamente las prohibiciones y mandatos, ha podido dirigir su comportamiento conforme a ellos y ha tenido la oportunidad de tener un comportamiento conforme a derecho. El autor

debe querer con su conducta violar la norma (antijuridicidad formal y conciencia del autor de violar la norma)<sup>228</sup>. (2) Por otro lado, el autor debe saber que su comportamiento realiza una lesión o puesta en peligro específica a un bien jurídico que representa, según el orden de valores, un determinado injusto del orden jurídico<sup>229</sup>.

Al mismo tiempo, la imputación objetiva considera que uno de los criterios generales para la imputación del resultado a una persona como su obra es que el comportamiento cree o aumente el riesgo jurídicamente desvalorado para el bien jurídico tutelado. Por consiguiente, cuando el comportamiento no crea un riesgo nuevo ni aumenta el riesgo existente, la imputación del resultado no es posible. Lo anterior no implica que no quede vigente en los delitos de resultado la imputación subjetiva por tentativa (idónea o inidónea) si hay dolo del agente y si la tentativa es específicamente sancionada para el delito concreto. La falta de imputación del resultado produce la impunidad en delitos de resultado que no sancionan la tentativa o en los casos de ausencia de dolo. En nuestro Derecho penal, como lo hemos comprobado con las citas de la jurisprudencia, cuya tesis comparto, la ausencia de violación o puesta en peligro de un bien jurídico excluye el delito. En delitos de resultado en los cuales no hay violación a un bien jurídico, dado que en nuestro derecho no se castiga la tentativa inidónea, se excluye el tipo objetivo, conforme a las reglas de la imputación objetiva, no siendo posible en estos casos fundar una imputación subjetiva. Estos principios valen igualmente para los delitos de mera conducta que no violan un bien jurídico y en especial, en los delitos de peligro abstracto, sea que se apliquen las reglas generales de las que parte la imputación objetiva (la conducta debe representar un riesgo jurídicamente desvalorado), sea que se apliquen los criterios que producen una interpretación teleológica reductiva.

Conforme a lo anterior, podemos establecer dos reglas con relación a las conductas que no violan un bien jurídico en nuestro derecho:

(1) Los comportamientos que no violan un bien jurídico son atípicos, sea por aplicación de las reglas de la imputación objetiva, o sea por los criterios reductores de la tipicidad que posibilitan al juez una interpretación teleológica reductiva. La atipicidad de la conducta, según nuestra opinión, se basa en razones diferentes a las esgrimidas por Sax, Günther o Zaffaroni.

2) Si la conducta lesiona el bien jurídico y el agente llega desconocer que su conducta lesionaba el bien jurídico, el error sobre el bien jurídico tutelado violado es un error sobre el sentido social o significación de la conducta (error sobre la valoración total de la conducta). Este error es un error de prohibición -.excluye la culpabilidad solamente en el caso de que sea inevitable -, y no un error de tipo.”

### **f) Método de protección**

[ALVARADO VARGAS, E.]<sup>6</sup>

“Pero la sola creación de los delitos no basta para tutelar los bienes de la vida, no debe perderse de vista el método elegido para la tutela: la prisión, la multa, el comiso, etc.

FERRAJOLI olvida que además de ser una frontera constitucional dirigida contra la arbitrariedad la formulación de los bienes jurídicos responde al deber constitución de parte del Estado de combatir la delincuencia. Principio implícito recogido en la carta magna y que se colige de la interpretación armónica y sistemática de las siguientes normas: Artículo

9.-"El gobierno de la República es... responsable..." Artículo 41 "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación...", Artículo 50.-"El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país"...8.

Como se ve, el bien jurídico no sólo cad-yuba al respecto del principio de autonomía de la voluntad; su presencia implica una responsabilidad de tutela del bien de la vida.

Demostrada la ofensividad del comportamiento para el bien jurídico, puede ser que convenga (decisión política) crear como delito el comportamiento ofensivo. Preguntarse esto es un deber constitucional para el legislador. Decimos "preguntarse", en tanto la ofensividad del comportamiento no basta para que se decida de inmediato crear el delito, en tanto debe demostrarse que la sanción del comportamiento acarreará mayores beneficios en una comparación de costos y beneficios (Principio de racionalidad del sistema jurídico penal)<sup>9</sup>.

Verbigracia: sancionar el consumo de droga no erradicará a los consumidores; aumentará aún más el precio de la droga; en la cárcel seguirán consumiendo droga; dificultará el tratamiento médico del drogodependiente; no disminuirá el número de consumidores. Entonces, un comportamiento que sí atenta contra el bien jurídico salud pública no conviene sancionarle, porque ello significaría ocasionar más daño que beneficio<sup>10</sup>.

En el mismo sentido nos manifestamos con relación al comercio y producción de la droga legal, y en este caso se añade el elemento cultural y la costumbre como puntos a tomar en cuenta al delinear la política criminal (creación de delitos).

Llegado a este punto de la disertación podemos denotar como el bien jurídico es punto de unión entre el derecho, la filosofía y la política. La elección del bien de la vida a tutelar es una decisión política-social. La decisión sobre la forma y método de su protección es algo propio tanto de la política como del derecho. Y dichas decisiones interesan a la filosofía como ciencia del razonamiento, en tanto son



medulares, implican una interpretación de lo que los representantes de la ciudadanía esperan de los individuos, implica una planificación de tipo de sociedad que se desea. Implica una elección de qué áreas de la vida son las más importantes en un determinado momento histórico. Verbigracia: en la actualidad, el ambiente se vislumbra como uno de los bienes de mayor importancia, pero en Costa Rica dicho bien de la vida no tiene la misma importancia a nivel jurídico, en tanto el sistema penal no contiene la regulación adecuada para la sanción de los comportamientos lesionantes del ambiente: leyes confusas, escaso personal de protección, delitos de citación directa con penas de multa, falta de regulación sobre el actuar de las municipalidades con relación a la zona marítimo terrestre, existencia de tala masiva e institucional de árboles, para efectos de "reforestación", donde los árboles a sembrar no son propios de las zonas taladas y para cuando hayan crecido ya los efectos dañinos en la ecología se habrán producido.

El bien jurídico se encuentra íntimamente ligado a la filosofía en tanto lo que se dice tutelar: la vida, el ambiente, la salud pública, etc. son sólo ideas. Nos encontramos en un plano axiológico, se valoran ciertas cosas, pero estas ideas no son sinónimo de lo que al final resulta tutelado, al aplicarse el Sistema penal.

De esta forma la existencia de bienes jurídicos es una utopía, un idealismo, un deber hacer expresado en la ley que no se identifica con el acontecer real de la vida y la historia que se dice tutelar.

Manejadas estas nociones sobre el bien jurídico y su cercanía estrecha con la política y la filosofía, podemos concluir que la mayor identificación entre el bien de la vida (lo que se dice proteger) y el bien jurídico (lo que realmente se intenta tutelar) depende también en mucha medida del método elegido a nivel legal para ejercer tal tutela. Y es aquí donde considero que este método debe estar en correspondencias con el individuo que transgrede la norma. Debe hacerse un estudio psicológico-social sobre qué es aquello que podría disuadir al individuo de cometer el delito, y específicamente al costarricense, pero tomando en cuenta los factores influyentes en el medio cultural. Y es aquí donde nos hacemos la siguiente pregunta: ¿acaso será la prisión el mejor método de reprimir los delitos?

Negado el carácter real resocializador de la prisión no puede obviarse que la sanción si tiene una función ejemplarizante. Eri un x por ciento el individuo se abstiene de cometer delitos porque existe una sanción. No puede olvidarse el temor que ejerce la sanción sobre el hombre. Pero entonces nos preguntamos: ¿para la represión de ciertos delitos, no son la multa o el comiso mejores alternativas? Pensemos en el delincuente de "cuello blanco", que además de cometer delitos no convencionales, dispone de todo un acervo de bienes y valores que utiliza, como instrumentos de operación. El código de procedimientos penales

permite el decomiso de los instrumentos utilizados para cometer el delito y el comiso "pérdida definitiva de estos bienes a favor del Estado". ¿Acaso no se abstendrá de colaborar con el contrabandista o ladrón de ganado el dueño del camión, si sabe que su vehículo de transporte será objeto de comiso? ¿De qué sirve vender droga si las grandes cantidades de dinero producido pueden ser confiscadas?

Por otro lado, la multa debe ser proporcional a los ingresos del delincuente. Las normas procesales actuales, sin embargo, no permiten calcular el ingreso real del individuo, no hay términos ni instrumentos para determinar el ingreso real. El juez está atado de manos, debe partir de lo que el imputado le dice percibir y aunque éste le mienta, ello sólo está sancionado en este caso, como una contravención (dar datos falsos sobre la filiación). Véase artículo 392 inciso 6) del Código Penal de Costa Rica.

Consideramos que si se eliminan o reducen los instrumentos operativos del delincuente, este se verá ante un dilema para continuar la actividad delictiva<sup>11</sup>.

Por ello es que también en la legislación italiana, a través de la ley La Torre<sup>12</sup> se prevé el comiso de los bienes y valores sobre los que el sujeto no pueda probar su origen lícito, pese a los elementos de prueba que lo sindicaban o relacionan con el crimen organizado y la presencia de una rapidez inusual para la acumulación de dichos capitales.

Se trata de una inversión de la "incumbencia de la prueba" que se aplica a nivel de un proceso administrativo y como medida preventivo financiera. En Italia la aplicación de la medida eliminó el tráfico ilícito de heroína en Sicilia.

En tanto la aplicación de medidas como la descrita significa un paso positivo en el control de la delincuencia, en nuestro país se siguen cometiendo crasos errores a nivel legislativo, ejemplo de esto es la impunidad de que gozan actualmente los receptadores y encubridores de bienes provenientes de hurto contraven-cionales (cualquier objeto cuyo precio sea menor a los dieciocho mil colones: bicicletas, relojes, cadenas de oro, etc) su receptación o encubrimiento es impune por atipicidad en tanto tales delitos requieren el acaecimiento de un delito antecedente, y no es sino el hurto de bienes mayores a la suma indicada lo que en actualidad constituye delito<sup>13</sup>. Verdadera impunidad para los denominados topadores se está presentando en estos momentos, por una miopía legislativa."



**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, 1° ed., PPU, Barcelona, 1991, pp. 33-38.
- 2 *Ibid.*, pp. 121-131.
- 3 HASSEMER, Winfried: "El Bien Jurídico en la Relación de Tensión entre Constitución y Derecho Natural", *Ivstítia*, No. 27, 1989, pp. 5-8.
- 4 HULBERT VOLIO, Andrea María: *El Concepto de Bien Jurídico. Un Aporte a la Racionalidad de la Justicia Penal*, Tesis de grado para optar al título de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1994, pp. 177-183.
- 5 CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco: *El bien jurídico penalmente protegido*, 1° ed., Ed. Jurídica Continental, San José, 2008, pp. 126-131.
- 6 ALVARADO VARGAS, Eddie: "La Protección del Bien Jurídico", *Revista Judicial*, No. 71, 1998, pp. 32-34.