
Apunte de "El bien jurídico en el Derecho Penal" de M. Kierszenbaum por Camilo Villavicencio

El bien jurídico ha servido al liberalismo como barrera contenedora del poder punitivo. Esta idea de bien jurídico como noción reductora de la coerción estatal está en crisis.

Nociones

Bien jurídico puede definirse, siguiendo a Von Lizst como un **interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada que adquiere reconocimiento jurídico**. No existe certeza respecto de su contenido.

Elementos:

- a) interés vital preexistente al ordenamiento jurídico, reconocido por el derecho.
- b) sociedad determinada, es decir a un determinado grupo social y contexto histórico, no son universales y eternos.
- c) es un interés reconocido por el ordenamiento jurídico, se estima que los bienes jurídicos son creados por el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional.

Diferencia entre Bien Jurídico, derecho objetivo y derecho subjetivo

Bien Jurídico: interés vital que adquiere reconocimiento jurídico.

Derecho objetivo: norma positiva.

Bien Jurídico \neq Derecho Objetivo porque el bien jurídico es el interés fundamental positivado en el do.

Derecho subjetivo: facultad jurídicamente reconocida que tiene una persona de comportarse de tal o cual forma o de exigir de una, de varias o de todas las personas.

Bien Jurídico \neq derecho subjetivo porque el bien jurídico no es la facultad de exigir, sino el interés fundamental protegido por el derecho subjetivo.

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

Surgimiento

El concepto de "bien" fue introducido en la discusión jurídico-penal por Birnbaum en 1834, con la expresa finalidad de lograr una definición "natural" de delito, independiente del Derecho positivo (...) Para Binding, que es quien impuso realmente el concepto de "bien jurídico", lo único determinante era la decisión del legislador de otorgar protección jurídica

a un bien. En contraposición, fueron sobre todo v. Lizst y la doctrina neokantiana del Derecho Penal, representada entre otros por M. E. Mayer y Honig, los que intentaron desarrollar parámetros "prelegales". (Stratenwerth, Günter. Derecho Penal. Parte general).

Función de garantía

En el ámbito del Derecho Penal existe el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, de este deriva la idea de que solo sería legítima aquella norma destinada a proteger bienes jurídicos. El principio, entonces es una garantía del individuo frente al poder estatal. La función de garantía del concepto de bien jurídico ha sufrido una involución (Rusconi, siguiendo a Ferrajoli):

1. objeto del delito era la lesión de un derecho subjetivo. (pensamiento ilustrado)
2. cualquier bien que debe ser tutelado por el Estado, siempre que esta tutela general no pueda ser realizada más que mediante la amenaza de una pena determinada. (Birnbbaum)
3. se continúa con una base empírica (escuela clásica italiana).
4. interés de protección de lo que el Estado considera digno de ella y luego más tarde, solo obediencia (planteado por Ferrajoli).
5. derecho del Estado a las acciones u omisiones impuestas bajo amenaza de pena (Ihering, Lizst y Binding).
6. concepto desmaterializado, se transformó en un criterio de delimitación y deslegitimación externa: un instrumento positivo y autorreflexivo de legitimación política de los intereses tutelados. (etapa espiritualista e irracionalista (escuela alemana de fines de s. XVIII)

Bienes jurídicos como criterios para la exposición de los delitos

Esta parte se refiere al orden de los delitos en el Código Penal argentino, en que la clasificación de éstos se realiza en virtud del bien jurídico dañado o, excepcionalmente tomando como parámetro al titular de los bienes jurídicos lesionados.

Algunos problemas estructurales

Protección del bien jurídico como fundamento del sistema de sanciones penales

Problema respecto a la veracidad de la función externa que cumple el bien jurídico como fundamento y límite del derecho penal. La doctrina discute la aptitud del concepto de bien jurídico para limitar el poder punitivo, así como su eficacia en la protección de los bienes.

Jakobs: *El derecho penal no tiene por función proteger bienes, sino reafirmar la vigencia de la norma.* El derecho penal no pretende proteger bienes, pues ellos, normalmente se destruyen sin intervención de persona alguna, sino naturalmente. Da ejemplo de la vida, que, se extingue por el

paso del tiempo. Plantea que el derecho penal como protección de bienes jurídicos significa que una persona, encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona. Sostiene que al derecho penal le interesa que un sujeto no ataque al resto y no proteger un bien: el derecho penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos.

El sujeto activo no puede lesionar un bien jurídico, puesto que éste aun no existe, sino que *en todo caso*, tiene a su cargo la creación y, *en el mejor de los casos*, ni siquiera debe crearlo, sino realizar una institución (como en el caso de los delitos de funcionarios públicos. Ej: un juez al cometer prevaricación no lesiona un bien previamente existente, sino que no genera la administración de justicia que debe existir).

Se agrega, entonces, que no todo tipo penal sanciona a quien lesiona un bien jurídico, pues hay delitos que lo que sancionan es única y exclusivamente "la defraudación del rol asignado". Agrega Jakobs que no toda lesión a un bien jurídico será sancionada, puesto que si tal lesión está legal y socialmente permitida.

Sancinetti (doctrina argentina): *la ley penal no es un "escudo protector"; ni pretende, ni puede lograr que el delito desaparezca.*

Rusconi: *una conducta que amenaza al bien jurídico es la condición necesaria, pero no suficiente para criminalizar esa conducta.*

Sancinetti busca encontrar una bondad legítima en el ejercicio punitivo: *la pena protege en el sentido de una comunicación trabada entre infractor y sociedad y entre los miembros de la sociedad. (...) el autor del hecho punible pronuncia el principio "la norma que quebranto no rige para mí"; la sociedad le responde que sí rige, constata la norma como existente; y se lo demuestra a todos, también al autor, a su costa.*

Lesión de bien jurídico como fundamento del ilícito

Si la razón de ser de las normas penales fuera la protección de bienes, debería existir un mayor reproche punitivo hacia quien lesiona el bien jurídico en comparación a quien solo lo pone en riesgo. Esta discusión no resiste análisis en cuanto a la ley misma, puesto que los delitos efectivamente se sancionan más duramente si están consumados que si fueron frustrados o solo tentados.

Sancinetti: *solo mediante la relación de oposición entre la voluntad del autor y del bien jurídico, puede ser definido, el disvalor de la acción. // [Pues no solo basta que haya] un menoscabo efectivo.*

La norma solo puede impedir (prohibir) acciones, pero no puede impedir (prohibir) las lesiones, por lo tanto, la lesión al bien jurídico no es carácter rector a la hora de fundar el ilícito.

Problemas adicionales

Titularidad

Se entiende que existen bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos estatales, sin embargo,

esto no resuelve el problema de la titularidad, puesto que puede entenderse que al afectar un bien jurídico individual también se afecta a uno estatal: al perder la vida una persona en manos de otra, se ve afectado su bien jurídico *vida*, pero también el bien jurídico de la *existencia de la población* gracias a la que asegura su perpetuidad. Se concluye que el Estado tiene una co-titularidad de los bienes jurídicos. El autor no adhiere a esta idea y estima que el bien jurídico pertenece siempre al Estado y no al individuo pues la única función del bien jurídico ha de ser servir como limitación al poder del Estado y, sí este fuere titular la función de garantía del bien jurídico perdería toda eficacia.

Maier también crítica la titularidad del Estado, pero desde otra perspectiva: al ser el Estado el titular del bien jurídico, la persona afectada en su bien jurídico pasa a un segundo plano y el conflicto se plantea entre el Estado y el autor, quedando la víctima real ausente, despersonalizada y carente de todo poder en el sistema.

Disponibilidad

La doctrina clasifica los bienes jurídicos como disponibles e indisponibles.

Zaffaroni estima que los indisponibles no son bienes jurídicos precisamente debido a su indisponibilidad.

En cuanto a los disponibles, la doctrina también la critica pues la disponibilidad no solo considera el uso y aprovechamiento natural sino también su destrucción. Tal evento, inadmisible en algunos casos hace concluir que si bien los bienes jurídicos le pertenecen al individuo y es éste quien puede disponer de tales, existen algunos (bienes jurídicos) de los que no podrá disponer totalmente, es decir, no podrá consentir en su lesión. Zaffaroni presenta la siguiente clasificación:

- a) bienes de los cuales los individuos nunca pueden ser privados, ni aun mediando su consentimiento
- b) bienes de que los individuos pueden ser privados solo mediando su consentimiento
- c) bienes de los que el individuo puede ser privado a condición de compensar su pérdida
- d) bienes de los que el individuo puede ser privado sin su consentimiento ni compensación.