

APUNTES SOBRE EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO

Álvaro Salgado González¹

Fecha de Recepción: Abril 9/2012

Fecha de Aceptación: Abril 18/2012

RESUMEN

Uno de los temas cuyo estudio resulta asaz complejo para el derecho penal, ha sido el referente al instituto del bien jurídico, a fin de determinar la potestad del Estado, en tanto el límite del *jus puniendi*. Las corrientes doctrinarias han ido evolucionado y por supuesto cada una de ellas, se abroga de ser la que contiene el derrotero en cuanto a la fundamentación que debe imperar en un Estado Social y Democrático de Derecho, para sancionar a los infractores de la ley penal.

Se ha dicho como una de las teorías, que el legislador es quien debe decidir en un momento dado cual es el bien jurídico que debe crearse; otra atendiendo los derechos fundamentales plasmado en la Constitución Nacional de cada país, es de parecer que los bienes jurídicos están en el entorno social, y el legislador lo que hace es recogerlos y plasmarlos; y otra tendencia que cada día cobra más auge es la que sostiene que no son los bienes jurídicos los que marcan el límite del *jus puniendi*, sino la norma, es decir al sujeto se le sanciona porque infringe la vigencia de una norma que le impone comportarse de determinada manera.

Este escrito apunta a exponer estos pensamientos, y dejar que sea el lector quien saque sus propias conclusiones.

¹ Profesor Titular Grado V, profesor de Derecho Penal Especial en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena; especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, en convenio con la Universidad de Cartagena; Magistando en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, España, en convenio con la Universidad Santo Tomás de Bogotá.

PALABRAS CLAVE

Bien jurídico. Norma. Constitución nacional. Relaciones sociales.

ABSTRACT

One of topics whose study is Asaz resort to the criminal law, has been the benchmark to institute legal right, to determine the power of the state, while the limits of jus puniendi. Doctrinal currents have evolved and of course each of them, is appealing to be the one that contains the road map as the foundation that must prevail in a social and democratic state of law, to punish criminal offenders.

It is said to be one of the theories, that the legislature should decide at some point which is the legal right to be created; another caring fundamental rights enshrined in the Constitution of each country, is of the opinion that the legal are in the social environment, and the legislature does is pick and translate, and another trend that is becoming more boom is holding are not the legal ones that mark the limits of jus punish, but the rule is that the subject is punished because it violates the validity of a rule imposed behave in certain ways.

This paper aims to present these thoughts, and leave it to the reader to draw his own conclusions.

KEYWORD

Legally. Rule. Constitution. Social relations.

INTRODUCCIÓN

No resulta nada pacífico optar por definir el concepto de bienes jurídicos. Ciertamente un sector de la doctrina rechaza la teoría de los bienes jurídicos, no obstante reconocer el origen liberal de dicha teoría; otro sector también la rechaza, pero niega tal filiación política. Liderando este último sector encontramos a Jakobs, quien no solamente niega la teoría del bien jurídico, sino también su carácter liberal, aunque no objeta el carácter liberal del delito.

Mir Puig anota que “mas que la incapacidad del bien jurídico, en sí mismo, para servir a la función de límite del *ius puniendi*, lo que la historia de este concepto demuestra es la falta de desarrollo de un concepto material del mismo capaz de cumplir tal misión” (Mir Puig, 1976, págs. 131-132). El aspecto liberal de la teoría del bien jurídico se vería mejor después de haberse definido de forma material lo que es el bien jurídico, lo mismo que es a partir de allí, que se pueden plantear sus consecuencias en las dos proyecciones en las que se aplica esta teoría, que son: en la criminalización o política criminal; y en la intrasistemática función dogmática².

El liberalismo tiene como prioridad la libertad de la persona, ello nos conduce a que tal libertad debe reducirse por parte del Estado a la mínima necesaria, vale decir a lo imprescindible para proteger la libertad de terceras personas. Se tiene por tanto que la razón de ser del Estado es el de

² Una amplia exposición de los fundamentos del liberalismo político. (Alcacer, 1998).

proteger las libertades que le son inherentes a los asociados. Lo expuesto, no es otra cosa que el reconocimiento al contrato social.

Se observa entonces, que el ámbito de la incriminación tiene como consecuencia que lo protegido por las normas jurídico-penales, se circunscribe a los intereses fundamentales del ciudadano que le viabilicen a este desarrollar su libertad en la sociedad; en segundo lugar la prohibición de conductas debe estar fundamentada en la noción del daño a las condiciones esenciales de libertad, dejándose de lado por supuesto la protección de convicciones morales vigentes, esto es no inmiscuirse en los derechos subjetivos del ciudadano, como lo plantea Ferrajoli (Ferrajoli, 1998, pág. 222).

Todo apunta a que el concepto de bien jurídico, no es por sí solo un mecanismo definitivo para fundamentar la protección penal, requiérese además de otros aspectos éticos, políticos, pragmáticos. Entonces más relevante que el concepto de bien jurídico, lo es el programa ético político del que deban emanar los fundamentos y argumentos de lo que se considera valioso. (Papageorgiou, 1994, pág. 86).

DISTINTAS CORRIENTES SOBRE EL BIEN JURÍDICO

Todo parece indicar que el derecho penal en estos momentos se muestra ocupando un papel que va más allá del que debe trascender. En efecto, con tal de extender la protección a intereses o valores colectivos, la amenaza de la pena va hasta las conductas de peligro abstracto. El concepto de bien jurídico se remonta a Beccaría, cuando se refiere a la necesidad de lesividad de la conducta; pasando por Feuerbach, quien lo fundamenta en la lesión a un derecho subjetivo. Puede decirse que es este tratadista el pionero en el tema del bien jurídico, al sentar las bases de la teoría de la lesión del derecho subjetivo, hasta llegar a Birbaum, para quien el delito no lesiona derechos subjetivos, sino bienes. Luego surge la función de garantía del bien jurídico, con la posición de Binding de tendencia inmanentista; y la de Von Liszt de corte trascendentalista. Es durante el neokantismo que aparece la función dogmática del bien jurídico.

El finalismo a su vez, con influencia del Nacional Socialismo alemán, dice que la función del derecho penal es la de proteger los valores ético-sociales, perdiendo de esta manera importancia, el bien jurídico.

Pero el concepto de bien jurídico vuelve a cobrar vigencia en Alemania en los años 60; en Italia en los años 70; en España en los años 80; y en Colombia en el 2000. Es lo que se conoce como el regreso de Von Liszt.

Mientras que para Binding el bien jurídico es el objeto de la lesión y se traduce en la lesión del derecho subjetivo público del Estado, es decir toda norma encierra en sí un bien jurídico, y por lo tanto quien desobedece la norma lesiona el bien jurídico que ella contiene; para Von Liszt el bien jurídico no es un concepto estrictamente jurídico, una creación, el legislador como dice Binding, sino una creación de la vida, un interés vital del individuo o de la comunidad al cual la protección del derecho le confiere la categoría del bien jurídico.

Aun con el regreso de Von Liszt, todo parece indicar que la teoría del bien jurídico se encuentra en crisis y ha llegado a su fin. En estos momentos al bien jurídico se le asignan las funciones: sistemática, dogmática y de garantía.

Aspectos que han venido a reforzar la crisis apuntan a la estructura del injusto que va del neokantismo al finalismo, sin desconocer la Escuela de Kiel, que con mucho fervor rechaza el concepto de bien jurídico (Shaffstein, Dahm).

Para el finalismo con Welzel a la cabeza el concepto de bien jurídico se encuentra determinado por la finalidad que a él le asigna el derecho penal. El derecho penal debe tutelar el mínimo ético y los fundamentos de la institución social. En resumen el derecho penal cumple una función de mantener los valores ético-sociales. Welzel considera que el derecho penal por ser fragmentario, no protege todos los bienes jurídicos, respecto de todas las posibles lesiones, tutela solo aquellas agresiones configuradas “de determinada manera”.

Y entonces tenemos: consecuencias a nivel de tentativa, consecuencias a nivel de la autoría, elementos negativos del tipo, posición de garantía, el surgimiento de conductas que no encajan en el concepto tradicional del delito como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; y por sobre todo la cada vez mayor disparidad de pensamientos acerca de lo que realmente es el bien jurídico, lo que ahonda la crisis del bien jurídico.

Hoy existen tres posiciones:

Tesis funcionalistas. Tiene en cuenta la lesividad social de la conducta, y no la lesión de los intereses merecedores de la protección penal. Amelung, plantea la lesividad social, y mira la sociedad como un todo, la finalidad del derecho penal es el funcionamiento óptimo del sistema social. Hassemer, con su teoría personal del bien jurídico, busca el derecho penal nuclear básico. Bien jurídico como interés humano necesitado de protección penal. Se admiten los intereses colectivos solo si se pueden funcionalizar desde el individuo.

Luego surge la Constitución y el bien jurídico. Posición esta que está fundamentada en la prohibición de exceso, prohibición de defecto, y el juicio de ponderación en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

TEORÍAS CONSTITUCIONALES Y BIEN JURÍDICO

Las tendencias actuales en cuanto al bien jurídico apuntan hacia posiciones constitucionales y sociológicas. Es con la Constitución Italiana de 1948, la alemana de 1949 y la española que surge el constitucionalismo a fin de limitar la actuación del legislador. La dignidad humana constituye el límite del Estado Social y Democrático de Derecho.

Doctrina alemana

En 1949 se expide la Constitución de Bonn, y surgen dos grandes grupos doctrinales: De un lado Welzel Jescheck y Sina, con la concepción sociológica del bien jurídico; y de otro la concepción constitucional que es pregonada por Sax. A esta postura se le pliega Roxin, quien es de parecer, que no se ha logrado definir de manera clara el concepto de bien jurídico, y sostiene que “un concepto de bien jurídico vinculante político-criminalmente, solo se puede derivar de los cometidos plasmados en la ley fundamental de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo”. Para Roxin los bienes jurídicos son “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”. Roxin piensa que el bien jurídico es de tipo normativo, pero no estático, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales, está abierta al cambio social y a los progresos del cambio científico”.

Doctrina Italiana

La Escuela Técnico Jurídica, considera que el bien jurídico está relacionado con el interés protegido por la norma. Entre sus exponentes, encontramos a Rocco, para quien los bienes jurídicos no son solamente conceptos dogmáticos, sino que tienen existencia real. Alimena piensa que el bien jurídico no siempre contiene un derecho, ya que algunas veces su contenido está conformado por un interés especialmente protegido de manera que su violación o peligro sea un delito que no se distingue de un derecho.

Se observa que el bien jurídico es entendido como un concepto formal y se concibe como una lesión que ofende un derecho del Estado a la existencia y a su propia conservación.

Bettiol plantea un teleologismo valorativo de bien jurídico, y entonces refunde su dimensión valorativa a los valores específicos plasmados en la Constitución. Los penalistas de la escuela Italiana contemporánea se han inclinado en forma decidida al marco constitucional para edificar el concepto de bien jurídico, esto es, se tiene en cuenta una estrecha relación con los valores consagrados y protegidos por la constitución por lo que esta pasa a cumplir una función correctiva y limitante.

Pulitano a su vez dice que el bien jurídico señala el lugar donde confluyen la política criminal y la dogmática penal. El sistema de los bienes jurídicos constitucionales se convierte en la proyección de un nuevo sistema penal.

Bricola considera que el delito solo lo es cuando se concreta en la lesión a un valor constitucional que sea relevante, ya que es la Constitución la que finalmente determina la política de los bienes penalmente tutelables por la ley. Este parecer de Bricola es aceptado por la mayoría de la Doctrina italiana. De esta manera la constitución resalta la idea de un elemento delimitador en cuanto al aspecto material de los bienes jurídicos, lo que dinamizan los principios de ofensividad y de proporcionalidad, que encuadran al derecho penal en el Estado Democrático de Derecho.

Pagliari, dice que los bienes jurídicos son condiciones objetivas de la sociedad, por eso una prescripción jurídica encuentra su justificación funcional.

Mantovani señala que los bienes jurídicos son bienes o intereses preexistentes a la norma, pero que son reconocidos por una fuente jurídica superior, que es la Constitución.

Para Moccia los bienes jurídicos implican “situaciones de valor” tutelables penalmente que se adecuan a la evolución de las relaciones sociales, pero a través de la constitución.

Doctrina española

Entre los autores clásicos tenemos a Antón Oneca, para quien la perspectiva valorativa funcional, es además la síntesis valorativa de la figura delictiva que gobierna la interpretación.

Autores contemporáneos como Berdugo y Arroyo Zapatero, son de opinión que es la Constitución la que señala cuales son los bienes que merecen la tutela penal, pues de esta manera tiene un significado de convivencia social.

La Constitución moderna vista desde la perspectiva universal, traza los lineamientos dogmáticos en los que descansan los valores, principios y derechos que han de servir en la orientación y estructura de un Estado Social y Democrático de Derecho. Naturalmente que no nos estamos refiriendo a un sistema de dogma inmutable, sino a una sistematización integrada de paradigmas fundamentales y esenciales que son el soporte y razón de ser del Estado. La Constitución colombiana, inspirada en un Estado Social y Democrático de derecho de 1991 no es la excepción, pues en su artículo 4º deja plasmado un sistema de alternativas filosóficas y de conceptos de derecho.

Ya desde 1981 la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha venido sosteniendo que la Constitución Política no exige, ni sigue escuela alguna de derecho penal. Ello permite que en la elaboración de los códigos penales las únicas limitantes de sus normas sean aquellas que señalan las del ordenamiento superior, esto es con lo que manda, permite y no prohíba. Este pensamiento igual quedó recogido en lo que hace a la Constitución de 1991, es decir tampoco adopta ninguna escuela penal como propia. Después la Corte Constitucional reconoce que la Constitución Política, contiene aspectos penales sustantivos y procedimentales, inclusive se resaltan valores y postulados especialmente en lo que tiene que ver con derechos fundamentales lo que definitivamente apunta hacia el derecho penal, porque igualmente lo orientan y ubican en su alcance.

Cabe resaltar que si bien la Constitución Política no es un compendio de dogmas, su estructura vista desde una perspectiva sistematizada integral, permite que atendiendo su inspiración filosófica, y en cuanto dice relación al derecho penal, contenga normas que se convierten en la razón de ser de un código de tal naturaleza. En efecto, el Código Penal colombiano consagra las normas rectoras de la ley penal y en su artículo 13 dispone: “Normas rectoras y fuerza normativas”. “La normas rectoras contenidas en este Código constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalecen sobre las demás e informan su interpretación”.

Las normas rectoras prevalecen sobre las demás normas porque son la consecuencia de la integración de postulados y normas sobre derechos humanos que se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia. El artículo 2º Superior integra a la normatividad penal, el llamado bloque de constitucionalidad importante herramienta que permite lograr un efecto conglobante en la interpretación y aplicación de la ley penal fundamental.

El 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas promulgó en París la “Declaración Universal de Derechos Humanos” “como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ellas, promuevan mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades”.

Desde 1950 comienzan a nacer sistemas regionales de protección de los derechos y libertades fundamentales. El primer sistema regional es el de Europa Occidental con su Convención Europea de Derechos Humanos, suscrita en Roma el 4 de noviembre de 1950 y en vigor desde el 3 de septiembre de 1953. El segundo sistema regional es el de América Latina, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, y complementado con un protocolo que prohíbe la pena de muerte y otro que protege los derechos económicos, sociales y culturales.

De lo anotado se puede afirmar que es la Constitución Política, y el bloque de constitucionalidad, la esencia y razón de ser de la existencia del derecho penal. Por eso, antes que dogmática es mejor hablar de derechos humanos y de Constitución, porque son principios universales que pertenecen a todos los hombres, como la vida, la dignidad, la igualdad, la libertad, la intimidad personal y familiar, la libertad de conciencia, la libertad de cultos, la presunción de inocencia, el debido proceso. Hablar de derechos humanos, es reconocer que las normas de cultura deben ser congruentes con ellos, por cuanto son postulados de conducta, o si se quiere valoraciones que se le asignan a los comportamientos, por eso son individuales, grupales y del medio ambiente. En fin, podemos decir que los derechos humanos son las herramientas que se utilizan para dignificar el ser humano.

No hay que olvidar que en una sociedad democrática cuyos cimientos lo constituye una Constitución, que como norma superior recoge el pensamiento básico del acuerdo social. Las constituciones tienden a señalar ya no solo como se venía haciendo, los procedimientos del ejercicio del poder, vale decir la estructura política del respectivo Estado. Ahora, además, se indican los objetivos que deben perseguirse con ella, es decir enmarcan órdenes de convivencia social en los que el monopolio de la fuerza está fundamentado en el logro de objetivos, cuya legitimidad deriva en último término del consenso social que los soporta.

Lo expuesto en precedencia, guarda una coherencia de verdad relevante para afirmar que la postura constitucional italiana acerca de la razón de ser de los bienes jurídicos es la que consulta de manera indiscutible en Colombia en el marco de la noción de bien jurídico. Ello se desprende de los valores consagrados por la Constitución, la que la convierte en factor de referencia, en tanto

ubicarse los ciudadanos dentro de un ámbito que limita su actuar dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho.

La postura italiana, cuando afirma que el sistema de bienes jurídicos constitucionales es el necesario como marco de un sistema penal renovado, nos está recordando que el bien jurídico señala el punto de encuentro entre política criminal y dogmática penal. Por eso, el *ius puniendi* descansa en la lesión a un valor constitucional. De todo esto se puede colegir que los valores constitucionalmente protegidos no son algo abstracto o ideal, sino que dichos valores son reales y se proyectan hacia la sociedad.

En fin, el bien jurídico subyace a la norma, que es en últimas lo que tiene efecto vinculante por cuanto se traducen en bienes constitucionalmente relevantes. Dicho de otra manera, la norma a diferencia de la ley, no se encuentra escrito o formulado en forma expresa. Por ello, el bien jurídico no consulta con una ley estática, sino que es el resultado de un Estado Social y Democrático de Derecho, enmarcado en la Constitución, que es la fuente material y formal de los bienes jurídicos. Es este el fenómeno que vincula al legislador, y por consiguiente no es el legislador el que crea los bienes jurídicos, sino que por la Constitución Política, que inspira al Estado Social de Derecho, estos se encuentran en el ambiente, el legislador los recoge y los lleva a la ley positiva.

Por supuesto que es importante anotar que el pensamiento de Jakobs apunta a que es la orientación de la norma, la que debe estar proyectada como paradigma de las relaciones sociales, y por lo tanto es la norma y no el bien jurídico inspirado en el pensamiento político criminal constitucional, la que definitivamente ha de tenerse en cuenta en los conceptos jurídico-penales. A no dudarlo, actualmente son muchos los doctrinantes los que se pliegan a la corriente de Jakobs. La dualidad acerca de bienes jurídicos o norma, se encuentra planteada.

BIBLIOGRAFÍA

PAPAGEORGIOU, K. (1994): "Schaden und Strafe. Auf dem Weg zu einer" Theorie der strafrechtlichen Moralität. Baden-Baden: Nomos.

FERRAJOLI, L. (1998): "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal". Madrid: Trotta.

MIR PUIG, S. (1976): "Introducción a las bases del derecho penal". Barcelona: Bosch.