

## EL DERECHO PENAL Y SU ESPADA DE DAMOCLES: ¿EL BIEN JURÍDICO O LA VIGENCIA DE LA NORMA?

*Alejandro E. Bietti\**

### RESUMEN

El autor defiende en su esbozo la postura de seguida por los Profs. Argentinos, Dres. Niño y Zaffaroni, cuya influencia es preponderante. Así, de las enseñanzas de sus maestros, la experiencia adquirida en su formación profesional y las propias ideas, se busca advertir al lector de los peligros que puede acarrear a los derechos de los sujetos, la adscripción a tesis reduccionistas de las garantías y ampliadoras del poder punitivo provenientes de autores germanos idolatrados en estas latitudes.

**PALABRAS CLAVES:** Garantías. Poder punitivo. Bien jurídico. Función del derecho penal.

### ABSTRACT

In his paper Alejandro E. Bietti support the ideas of Argentinean Profs. Niño y Zaffaroni in whose influence on him is remarkable. Through his teachers' lessons, acquired experience and his own ideas, he seeks to stress how dangerous it could be for people's rights to support minimalists concepts related to guarantees which amplify state's prerogatives and are taken from German professors well known and respected in Latin-America.

Desearé hacer público mi agradecimiento a las autoridades del Centro de Estudios "Ius Novum" por darme uno de los lauros más importantes de mi incipiente carrera en el mundo académico, como es revestirme con el grado de "investigador asociado", en el convencimiento de reforzar la hermandad latinoamericana y colaborar con la producción jurídica entre nuestros países. Asimismo, desearé dejar expresada mi gratitud también al Dr. Andrés A. Elisseeche –Defensor del Pueblo Adjunto de la C.A.B.A., República Argentina- por el incentivo diario en pos de mi crecimiento académico, humano y profesional, y quien es el principal artífice de la mayor parte de mi escasa producción jurídica.

## I. Introducción.

Es motivo de pleitos entre los grandes doctrinarios su postura en torno a la función del derecho penal, sea como protector de bienes jurídicos o como reafirmador de la vigencia de la norma. Ya esas discusiones han tenido lugar entre los más destacados juristas a nivel global, siendo algunos ejemplos las posturas antagónicas de Günther Jakobs<sup>1</sup>, Hans Hirsch<sup>2</sup>, Marcelo Sancinetti<sup>3</sup> por un lado y Peter Sina<sup>4</sup>, Raúl Zaffaroni<sup>5</sup>, Villavicencio Terreros<sup>6</sup> y hasta Luis F. Niño<sup>7</sup> por el otro.

Ahora bien, sea cual fuere la postura que se adopte, ésta habrá de tener implicancias en lo que se siga al analizar la teoría del delito, así por ejemplo quien sostenga que el derecho penal debe proteger bienes jurídicos, prestará cuidado al disvalor de la acción y al disvalor del resultado, toda vez que si no existe tal, no se verá afectado el principio de lesividad, de lo que se sigue que no será necesario dirimir la cuestión al derecho penal, mas si se opta por sostener que el derecho penal debe refirmar la vigencia de la norma, poco valdrá un resultado disvalioso mientras haya acaecido un accionar disvalioso, ello por cuanto, esa mera acción será contraria al Estado, y éste deberá castigarla.

Ya el Prof. Dr. Luis Niño, siguiendo al Catedrático italiano Luigi Ferrajoli, explicó que el garantismo penal nació como una réplica al creciente desarrollo de la divergencia entre el programa penal de la Constitución, como parámetro de racionalidad, de justicia, y de legitimidad de la intervención punitiva, y la ausencia de efectividad de tal modelo de cara a la legislación penal ordinaria, a la jurisdicción, y a las prácticas administrativas y policiales<sup>8</sup>.

Pretendo en este breve trabajo, esbozar los motivos por los que la noción de bien jurídico protegido no pueden ser dejadas de lado por los estudiosos del

---

<sup>1</sup> JAKOBS, Günther *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, República Argentina, 2001, del mismo autor *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Ed. Civitas, Madrid, reimpresión, 2000

<sup>2</sup> HIRSCH, Hans Joachim *Actua del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico en Modernas tendencias de la ciencia del derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2000, pp.371-387

<sup>3</sup> SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de la acción* Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1990

<sup>4</sup> SINA, Peter *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*, Basel 1962

<sup>5</sup> ZAFFARONI, Raúl E.; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro *Derecho Penal. Parte General 2ª ed.*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002

<sup>6</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal. Parte General*, Jurídica Grñley, Lima, 2007

<sup>7</sup> NIÑO, Luis F. *El bien jurídico como referencia garantista*, Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2008

<sup>8</sup> FERRAJOLI, Luigi *¿Qué es el garantismo?* en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, p. 851, citado también por NIÑO, Luis, F. ob. cit. p. 1, nota n° 1

derecho penal respetuosos de un Estado de derecho que garantice las libertades individuales mínimas y proteja a los individuos de aquel, es decir se tutele a los sujetos y no al Estado, dueño exclusivo de la fuerza.

En efecto, no es el Estado quien otorga los derechos fundamentales, sino quien debe crear las condiciones para su realización, siendo éstos los que limitan su autoridad y operan como fuente de obligaciones del mismo.<sup>9</sup>

### **II. Johann M.F. Bimbaum: el "rechtsgut" y una perspectiva histórica.**

La posición asumida por Bimbaum durante el siglo XIX, nació como respuesta al pensamiento de Feuerbach para quien delito era una lesión del derecho subjetivo a ser respetado, emergente del contrato social e identificable en última instancia, con la libertad retenida tras el pacto<sup>10</sup>, ello en la inteligencia de que un derecho jamás puede ser lesionado. En la obra de Bimbaum, esas acciones sólo podían recaer sobre aquello que es objeto de un derecho.

En consecuencia, delito es la lesión o puesta en peligro de un bien que el Estado garantizó a todos de manera equitativa, un bien del que goza ora el portador, ora la comunidad y concebido como vulnerable en sentido "naturalístico"<sup>11</sup>.

Fue Bimbaum quien diferenció entre los bienes dados al hombre por una parte por la naturaleza y por otra como resultado de un desarrollo social, separando de este modo entre delitos sociales y delitos naturales.

Otros grandes autores como Albin Eser, Hormazabal Malareé, Binding y hasta Von Liszt y Welzel interpretaron la concepción de Bimbaum y sostuvieron en torno a ella las más variadas ideas.

En este contexto, Eser<sup>12</sup> señaló la ampliación del ámbito de protección jurídico-penal más allá de las personas y de las cosas, lo que no era posible alcanzarse de mantenerse esa postura Kantiana que ponderaba al Estado como necesidad de los individuos y no la inversa, de allí partió Hormazabal Malareé<sup>13</sup> para situar en

---

<sup>9</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales de derecho penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 13

<sup>10</sup> FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, trads. ZAFFARONI, E. Raúl y HAGEMEIER, Irma, Colección Criminalistas Perennes, vol 1, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007 ; NIÑO, Luis F. ob. cit, p. 3, nota nº4

<sup>11</sup> JESCHEK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Comares, Granada, 1993, p. 232; NIÑO, Luis, F. ob. cit, p. 4

<sup>12</sup> ESER, Albin, *Sobre la escaltación del bien jurídico a costa de la víctima*, U.del Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 19

<sup>13</sup> HORMAZABAL MALAREÉ, Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho. El objeto perseguido por la norma penal*. Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1992, p. 20

la línea de tiempo el aporte de Birnbaum, dejándolo como una idea propia de la restauración monárquica tras la derrota Napoleónica.

Karl Binding, entendió que cada norma jurídica posee un bien jurídico propio, siendo esta una masa única indivisible, imposible de analizar fuera del Estado y del derecho. En su inteligencia, el bien jurídico es creación del legislador cuya desobediencia al querer de aquel es lesión de un derecho subjetivo de sometimiento a la norma y lesión esencial común a todos los delitos. Binding así transformó al sujeto en un simple destinatario de la norma.

14

En su clásica obra, Von Liszt, planteó su postura contraria *in totum* a la de Binding, dejando claro que el bien jurídico es un interés individual o un interés comunitario, encontrándose la norma al servicio del hombre y no a la inversa, abordando el tópico como referente a la vida y a la política.<sup>15</sup>

Más tarde, el nacionalsocialismo alemán y sus estragos llegaron al derecho penal y así, la noción de bien jurídico como límite al poder punitivo, se transformó en una “molestia” para el régimen, por lo que y dada la ebullición y el fanatismo, se aprovechó la ocasión para calificar al delito como una traición a la patria y al pueblo por parte de quien cometía la infracción, extirpando de este modo la noción de bien jurídico de la “biblioteca”.

Fue el llamado padre del finalismo, Hans Welzel<sup>16</sup> quien rectificó la noción de bien jurídico, quizás no de manera tajante y sí con mucha austeridad y cautela, mas no debe dejarse de lado que de su obra se siguió la corriente más importante y fructífera para el derecho penal y la dogmática penal de los últimos cincuenta años.

Así, Welzel definió que “*el derecho penal quiere proteger antes que nada determinados bienes vitales de la comunidad, como por ejemplo, la integridad del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc. (los llamados bienes jurídicos)*”<sup>17</sup>.

El catedrático de Bonn trajo a la discusión nuevamente las ideas plasmadas antes por Birnbaum y Von Liszt, mas se les diferenció en tanto sostuvo que primordialmente el derecho penal debe velar por los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de bienes jurídicos particulares.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> NIÑO, Luis F. ob. cit. p. 9

<sup>15</sup> VON LISZT, Franz, *Tratado de derecho penal*, T. II, Reus, Madrid, 1926, con respecto a VON LISZT, sigo la interpretación dada por NIÑO, Luis, ob. cit. p. 11

<sup>16</sup> WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987

<sup>17</sup> WELZEL, Hans, ob. cit. p. 12, NIÑO, Luis, ob. cit. p. 21 y ss.

<sup>18</sup> WELZEL, Hans, ob. cit. p. 15, NIÑO, Luis, ob. cit. p. 21

En consecuencia, empero el rescate de la noción de protección de "bienes vitales de la comunidad", la subordinación de su papel frente a la función de consolidación de valores ético-sociales, echó por tierra la trascendencia de esa noción.<sup>19</sup>

### III. La negación del bien jurídico.

Doctrinarios de la talla de Knut Amelung<sup>20</sup> afirman que la pena tiene la función de asegurar la vigencia fáctica de las normas de conducta penalmente protegidas para reparar el daño infringido por el infractor, siendo esa la principal función del derecho penal y el resto –corrección del delincuente, protección mediata de los bienes jurídicos– meros accidentes.

En este sentido, Amelung sigue una férrea postura de prevención general al manifestar que el derecho penal cuando reacciona ante un determinado delito, no lo hace para proteger a la víctima, sino que refirma una norma que deberá proteger a todas las otras personas que viven en esa comunidad y eventualmente podrían resultar víctimas de delitos.

El Prof. de la Universidad de Bonn, Dr. Dr. H.C. Mult. Günther Jakobs, confirma en sus obras, citadas en el pto. I<sup>21</sup> de este trabajo, su convicción de que el derecho penal tiene como misión la refirmación de la vigencia de la norma y no la protección, ni la reparación de bienes jurídicos. Así y con citas de los dos juristas germanos nombrados arriba, Hans Hirsch niega la existencia de un concepto *a priori* de bien jurídico, otorgando atención a la perspectiva de dañosidad social de las conductas y refiere que la pena sólo debe ser aplicada cuando medios menos agresivos hayan fracasado para el infractor.

En nuestras latitudes, el Prof. Dr. Marcelo A. Sancinetti, dio razón en su abundante obra a los argumentos esgrimidos por Jakobs, afirmando así que el derecho penal tiene como misión, refirmar la vigencia de la norma y abrazándose a una teoría de prevención general en cuanto a la pena.<sup>22</sup>

De las ideas de los destacados juristas mencionados a título ejemplificativo, se colige una línea común, tal es que el derecho penal tiene como misión el mantenimiento de las instituciones del Estado mediante la amenaza de una sanción penal a aquél que se atreva a contradecirla. Esta amenaza se normativiza en una pena, establecida

---

<sup>19</sup> ver NIÑO, Luis, ob. cit. p. 22 y ss.

<sup>20</sup> AMELUNG, Knut, *El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección de bienes jurídicos* en HEFFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico fundamento o legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, p. 237 y ss.

<sup>21</sup> Ver nota nº 2

<sup>22</sup> SANCINETTI, Marcelo A., ob. cit. p. 41

en un ordenamiento jurídico y dictada por el órgano competente para su dictado, a la sazón, el Poder Legislativo. Luego, el pueblo elige a los representantes del Poder Legislativo, el Poder Legislativo dicta leyes que intentan proteger las instituciones Estatales, ergo el pueblo tiene el máximo interés en el cuidado de esas instituciones.

Así, en este razonamiento, el Estado es la institución que debe ser protegida por toda la comunidad y la violación a la norma viene a representar una amenaza para la supervivencia de ese ente, que esa misma norma castiga para evitar futuras repeticiones.

Creo, y esto es sólo un mero adelanto de mi conclusión, que este razonamiento es errado y que no es el Estado una institución sacra, sino más bien, quien debe velar por la realización de quienes en él habitan. Desde luego que la infracción a la norma podría entenderse como un desequilibrio, mas la pena encuentra su razón en una reducción de la tendencia expansiva del poder punitivo alentada por los juristas germanos citados.

#### ***IV. El bien jurídico y la luz Latinoamericana: Raúl Zaffaroni***

En la doctrina penal moderna, existe acuerdo en cuanto al derecho subjetivo del Estado de penar conductas que transgreden las normas dictadas por el Poder Legislativo y que dañen o ponen en peligro bienes jurídicos tutelados por el Estado –en esto último se basan las diferencias–.

Tal como sostiene el catedrático argentino, Prof. Dr. Raúl E. Zaffaroni, existen dos facultades estatales, a saber, por un lado la de establecer normas penales (criminalización primaria), por el otro, perseguir su trasgresión (criminalización secundaria).

Para Zaffaroni, y como correctamente interpreta el Prof. Dr. Luis Niño, el bien jurídico es un concepto indispensable para hacer efectivo el principio de lesividad, pero no es, en modo alguno, un concepto legitimante del poder punitivo<sup>23</sup>.

Así las cosas, el concepto limitativo de bien jurídico, sirve para exigir como presupuesto del poder punitivo, que cuando se disponga su operatividad se trate de una afectación cierta de un bien jurídicamente tutelado por el derecho no punitivo<sup>24</sup>.

Zaffaroni ha defendido esa noción mediante la interpretación dogmática realizada en su obra del año 2002 en la que diseñó un concepto mediante el cual, todos los supuestos en los que afirmada la tipicidad objetiva sistemática de una

---

<sup>23</sup> ZAFFARONI (et al.) ob. cit. p. 465, NIÑO, Luis. F., ob. cit. p. 55 y ss.

<sup>24</sup> NIÑO, Luis F. ob. cit. p. 57

conducta, se hace menester confirmar o descartar su efectividad antinormatividad, que es tanto como decir, verificar su hipotética conflictividad en virtud de la real afectación del bien jurídico. La denominada “tipicidad conglobante”, estudiada y desarrollada por el Prof. argentino Luis F. Niño durante más de treinta años.<sup>25</sup>

#### V. Conclusión.

Me adhiero a la noción de los profesores argentinos, Dres. Niño y Zaffaroni, de bien jurídico trascendente y con una función crítica y reductora de la tendencia expansionista del derecho punitivo.

El bien jurídico viene a garantizar a los seres humanos un ámbito de disponibilidad de las garantías inherentes a cada uno, un concepto que no puede ni debe ser dejado de lado por la Política Criminal.

Al pretender su anulación, se vela por la expansión del poder punitivo, lo que no puede sino ser en detrimento de garantías propias de los individuos, las que se trasladan a otro beneficiario de existencia ideal y no ya humano, a la sazón, el Estado.

Para finalizar, la mejor solución para garantizar las libertades, es evitando su opresión, y el crecimiento del poder punitivo no hace otra cosa que limitarlas. No puede el Estado quitarle garantías que le corresponde a los individuos que lo habitan y lo forman. El Estado, debe proceder a la realización de los sujetos y no a la inversa.

#### VI. Bibliografía:

AMELUNG, Knut, *El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección de bienes jurídicos* en HEFFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico ¿fundamento o legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007

BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales de derecho penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999

ESER, Albin, *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*, U. del Externado de Colombia, Bogotá, 1998

FERRAJOLI, Luigi, *¿Qué es el garantismo? en Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid,

---

<sup>25</sup> ZAFFARONI (et al.), ob. cit. p. 461 y ss., también ver el profundo análisis realizado en torno a esta cuestión por NIÑO, Luis F., ob. cit. p. 58 y ss.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, trads. ZAFFARONI, E. Raúl y HAGEMEIJER, Irma, Colección Criminalistas Perennes, vol 1, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007

HIRSCH, Hans Joachim, *Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico en Modernas tendencias de la ciencia del derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2000

HORMAZABAL MALAREÉ, Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho. El objeto perseguido por la norma penal*. Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1992

JAKOBS, Günther-, *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, República Argentina, 2001

JAKOBS, Günther-, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Ed. Civitas, Madrid, reimpresión, 2000

JESCHEK, Hans-Heinrich *Tratado de derecho penal. Parte general*, Comares, Granada, 1993

NIÑO, Luis F. *El bien jurídico como referencia garantista*, Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2008

SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de la acción* Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1990

SINA, Peter *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*, Basel 1962

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe *Derecho Penal. Parte General*, Jurídica Grijley, Lima, 2007

VON LISZT, Franz *Tratado de derecho penal*, T. II, Reus, Madrid, 1926

WELZEL, Hans *Derecho Penal alemán*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987

ZAFFARONI, Raúl E.; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro *Derecho Penal. Parte General 2ª ed*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002