

El bien jurídico penal

María Cruz Camacho Brindis*

Sumario: Introducción. / 1. El bien jurídico desde la visión teórica. /1.1. Teorías inmanentes al sistema. / 1.2. Teorías espiritualistas del bien jurídico. Metodología neokantiana. / 1.3. Teoría del bien jurídico como realidad social. /1.4. Teorías constitucionalistas. / 1.4.1. La Teoría estricta del bien jurídico. /1.4.2. Teorías constitucionalistas amplias del bien jurídico. / 1.5. Teorías sociales y sociológicas. / 2. El bien jurídico protegido en el tipo legal. / 2.1. El bien jurídico como elemento básico en la estructura del tipo legal. / 2.2. Del bien jurídico depende la cantidad y clase de elementos de un tipo legal. / 2.2.1. Para una protección amplia, una menor cantidad de elementos en el tipo legal. / 2.2.2. Para una protección limitada un mayor número de elementos en tipo legal. / 2.3. Titular del bien jurídico colectivo. / 2.4. Variación del bien jurídico. / 2.5. Magnitud de la punibilidad.

... el bien jurídico sea un concepto inmanente a la norma que carece de significado fuera de la realidad normativa, fuera del derecho...

Introducción

El presente análisis aborda el concepto del bien jurídico protegido en el tipo legal, revisándolo desde la óptica de las diferentes teorías que en torno a él se han elaborado. También se presenta un análisis del concepto de bien jurídico desde su ubicación. Se le identifica como elemento del tipo legal dentro de una estructura propia de la teoría del Modelo Lógico y, a partir de ella, se presentan consideraciones diversas bajo los títulos: el bien jurídico protegido en el tipo; consideraciones de la legitimación que cumple en el Estado social y democrático de Derecho; en la estructura del tipo legal, determinando la cantidad y clase de elementos; el bien jurídico colectivo; las variaciones que se producen y la magnitud de punibilidades.

1. El bien jurídico desde la visión teórica

1.1 Teorías inmanentes al sistema

Los postulados de estas teorías surgen en el marco del Estado liberal para aportar una explicación sobre la legitimación del contenido del Derecho Penal y para constituir un límite al legislador. El bien jurídico engloba relaciones sociales orientadas hacia el individuo, sin embargo, en la concepción de Birnbaum -a mediados del siglo XIX- el Código Penal presenta un mandato ético, como única justificación de la calificación como delito de determinados comportamientos o la protección del Estado o la fe pública, es más, la tutela de bienes de contenido económico se hace a través de una protección exhaustiva de la propiedad privada y la creación de figuras típicas cuyo eje motor es una economía basada en relaciones de intercambio. Todo ello se lleva a cabo en un modelo de Estado de carácter instrumental y en un orden social personalista, cu-

* Profesora e investigadora del área de Ciencias Penales y Criminológicas del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana.

El contenido del bien jurídico es valorativo, ya que los bienes jurídicos son los valores culturales constatables en una sociedad determinada, lo que en la actualidad es imposible.

yas bases están en los derechos del hombre frente al Estado, por lo que a éste se le exige respecto a aquéllos sólo una no intervención.¹

Estas teorías surgen de la concepción de Binding, elaborada a partir de la definición de bien jurídico creada precisamente por Birnbaum y obtiene como resultado que el bien jurídico sea un concepto inmanente a la norma que carece de significado fuera de la realidad normativa, fuera del derecho. Binding pone en relación este concepto con la realidad concreta del mundo empírico, privando al mismo de toda función crítica o limitadora desde el momento en que sería una creación del propio legislador.² Tiene así una función marginal y carece de la importancia que en la estructura del delito cobra posteriormente y que es fruto del cambio de orientación en la teoría del bien jurídico, que significó explicar el contenido mismo desde la realidad social. Tal función crítica no es propia de las teorías inmanentes.³

1.2. Teorías espiritualistas del bien jurídico.

Metodología neokantiana

El contenido del bien jurídico es valorativo, ya que los bienes jurídicos son los valores culturales constatables en una sociedad determinada, lo que en la actualidad es imposible. No existe un orden universalmente válido, un orden generalmente reconocido por cada sociedad en cada momento. El concepto valorativo de bien no se refiere a la realidad social sobre la que incide el Derecho Penal, ni posibilita una crítica del sistema.⁴ En palabras de Gómez Be-

nítez: "toda teoría del bien jurídico de remisión valorativa-espiritual-cultural, es capaz de explicar la punición de conductas, simplemente inmorales, como conductas lesivas de bienes jurídicos, precisamente por ser la moral un valor constatable y concretable en cada modelo de sociedad".⁵

En suma, el concepto de bien jurídico se refiere a valores culturales o morales. Los neokantianos, en su búsqueda de un apoyo material con el cual dar contenido al concepto de bien jurídico, trasladaron el problema al mundo de los valores culturales, punto de vista normativo, que impediría que aquél cumpliera una función crítica, dado el relativismo axiológico característico de las ciencias del espíritu (consecuencia del subjetivismo epistemológico de los neokantianos).⁶ El fracaso de los neokantianos reside, según Mir Puig, en el terreno escogido por éstos para situar la problemática del bien jurídico: el mundo de los valores y no la realidad social.⁷ Y agrega: "también los neokantianos, que constituyeron la doctrina dominante a partir de los años veinte, buscaron una sustancia material del bien jurídico en una realidad previa al Derecho, pero en lugar de verla en el terreno de los intereses sociales, la situaron en el mundo espiritual subjetivo de los valores culturales."⁸

1.3. Teoría del bien jurídico como realidad social

El modelo de un Estado social propicia cambios en la teoría del bien jurídico, se profundiza en su contenido, aunque no en el listado de bienes jurídicos objeto de protección penal.

1 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, "El Medio Ambiente como bien jurídico tutelado", en *El Delito Ecológico*, Edit. TROTТА, Madrid, 1992, pp. 41 y 42.

2 GARCÍA PABLOS, Antonio, *Problemas Actuales de la Criminología*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1984, p. 122.

3 MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y el Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 12.

4 *Ib idem*, p. 13.

5. GOMÉZ BENÍTEZ "Sobre la teoría del bien jurídico", *Revista de la Facultad de Derecho* de la Universidad Complutense de Madrid, 1983, p. 87.

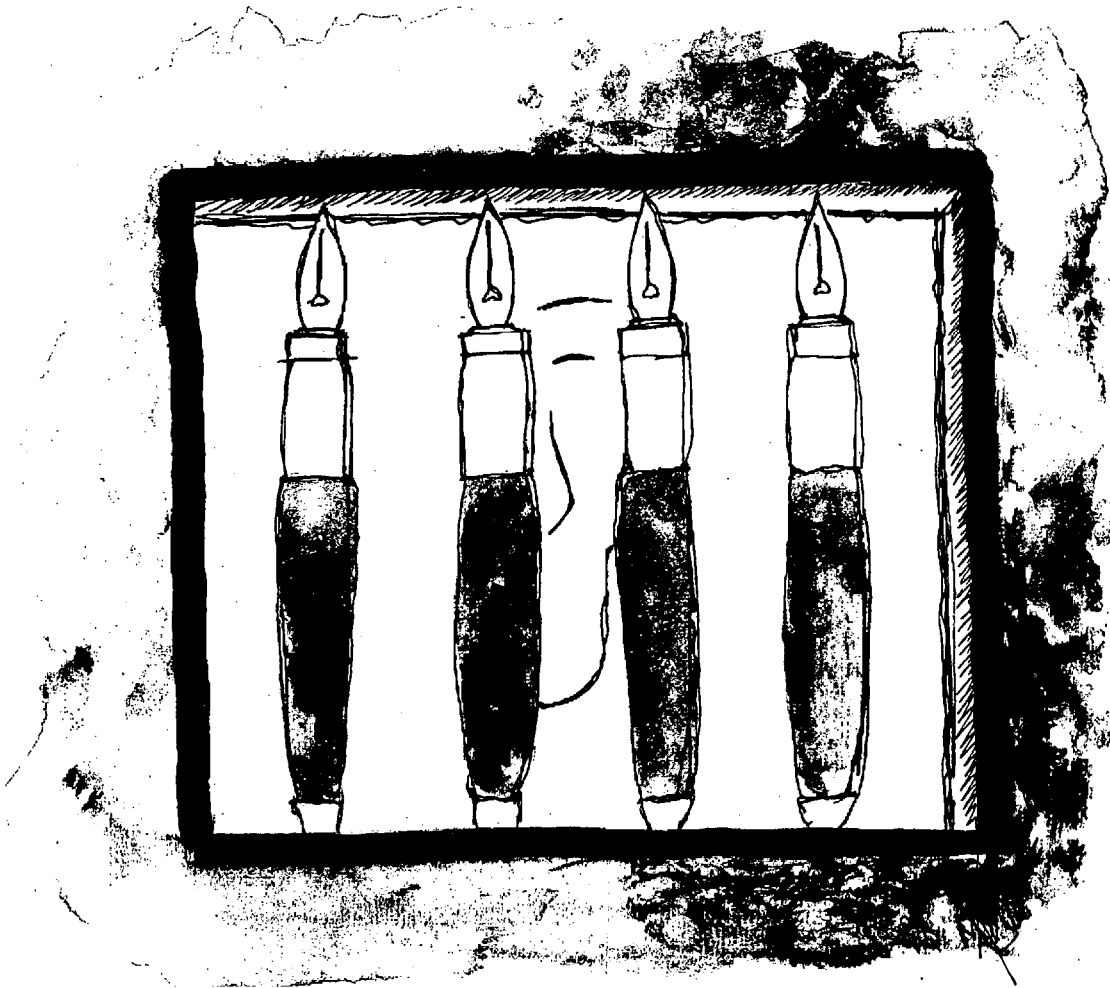
6. GARCÍA-PABLOS, Antonio, *ob. cit.*, p. 122.

7. MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho Penal, concepto y método*, Ed. Bosch, Barcelona, 1976, p. 13.

8. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, Parte General, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1990, p. 101.

Franz Von Liszt concibe el contenido del bien jurídico como realidad social anterior al legislador (fuera de la realidad normativa), dando la base para renovar las distintas figuras delictivas y para establecer un vínculo entre el pensamiento jurídico y la realidad social (entre injusto y política criminal), pero no dice qué criterios se poseen para establecer

Lo que trató Von Liszt es dar al concepto un contenido material, definiéndolo en relación con los intereses del hombre; aunque trasladó la base del bien jurídico a una realidad externa al Derecho Positivo -la realidad social- no logró precisar el alcance y significado de tales intereses que fundamentarían la convivencia de los hombres, en palabras de Mir:



el catálogo de bienes jurídicos penalmente protegidos, sin embargo, profundiza en el carácter subsidiario del Derecho Penal y en garantizar la selección de bienes jurídicos a través de la profundización en sistemas electorales que aseguren que esos intereses son en verdad necesarios para ese sistema social.⁹

"Ofreció un concepto material de bien jurídico, afirmando que éste encuentra su origen en un interés de la vida, previo al Derecho, que surge de las relaciones sociales, pero admitió que dicho interés vital no se convierte en bien jurídico hasta que es protegido por el Derecho. Es éste quien decide entre los intereses sociales cuáles deben convertirse en bienes jurídicos."¹⁰

9. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO, *OB. CIT.* 43.

10. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General, ob. cit.*, p. 101.

1.4. Teorías constitucionalistas

Son dos: la teoría estricta del bien jurídico y la teoría amplia del bien jurídico.

1.4.1. La Teoría estricta del bien jurídico

Vincula los valores y principios constitucionales con los bienes jurídicos. Se mantiene el concepto de bien jurídico dentro de límites cuyo contenido está en la Carta constitucional. Así, un ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una lesión significativa de un valor constitucionalmente relevante.¹¹ La Constitución se convierte en el modelo de una serie de valores que legitima la perfección de un sistema y su plena eficacia jurídica, un modelo difícilmente modificable.

Las críticas no se han hecho esperar, se piensa que con esta fórmula se cierra el desarrollo social y se le inmoviliza porque no se protegen nuevos bienes jurídicos, incorporándolos a los ya establecidos constitucionalmente en el Estado democrático de derecho. Menciona Bustos que las decisiones se dan en la cúspide ante un discutido consenso: ¹¹El problema normativo se decide en comisiones donde están representados diferentes intereses y concepciones vitales; allí se da el conflicto (tanto interno como de presiones externas) pero ello dentro de un clima de interacción grupal que, en general, lleva un determinado compromiso, en el cual, en definitiva, pocos están de acuerdo, unos porque estiman que es poco lo conseguido, otros por cuanto a que consideran que es mucho y, también los hay y quizá, los que predominan en el compromiso, que el resultado es el mal menor o lo único que se podía lograr".¹² La crítica ha ido mucho más allá, se afirma que esta teoría no tiene un contenido material. La respuesta ha sido vincularla con los valores ya existentes en la sociedad y que la Constitución eleva a la categoría de bien jurídico. Siendo así, la actividad legislativa se aboca a la elección de valores que, admitidos constitucionalmente como tales, son dignos de tutela penal, en el marco del Estado liberal y democrático de derecho, y, siendo así, sólo en la Constitución se sientan las bases de la construcción o reconstrucción de un sistema penal que no

puede olvidar los cambios. Oportunas surgen las palabras de Pulitano, para quien, en el centro de esta problemática está la cuestión de los bienes jurídicos, Una redefinición del catálogo y de la jerarquía de los mismos, así como de las necesidades y los modos de tutela que asuma como punto de referencia, no un Código ya envejecido, sino la Constitución republicana, tomando de ésta las líneas de reconstrucción del sistema penal también en relación a los posibles y oportunos objetivos de tutela.¹³

Entre los seguidores de esta teoría están Bricola, para quien el ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una lesión significativa de un valor; constitucionalmente relevante,¹⁴ Musco,¹⁵ Angio- ni,¹⁶ González Rus.¹⁷

1.4.2. Teorías constitucionalistas amplias del bien jurídico

Para esta teoría la Constitución es un marco de referencia para el bien jurídico. No es necesaria una correspondencia exacta entre bienes jurídicos y valores constitucionales, pero sí una adaptación genérica de éstos a aquéllos. Se identifica a la Constitución como el mejor de los criterios selectivos para fundamentar el bien jurídico.¹⁸

La crítica igualmente se orienta a que el concepto de bien jurídico, derivado de la Constitución, no analiza las relaciones sociales y selecciona en forma autoritaria las necesidades y los bienes merecedores de tutela penal, en lugar de constituirse en garantía y límite en el ejercicio del *ius Puniendi*.¹⁹ En Italia Gamberini, Insolera y Pulitano y en España, González Rus, ponen de manifiesto la tensión entre la jerarquía de valores que reflejan el Código Penal y la jerarquía de bienes jurídicos constitucionalmente dados.²⁰

11. BROCOLA, *Teoría General del reato, Novissimo Digesto Italiano, T.XX, Torino, 1973, Citado por MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, ob. cit., p. 14.*

12. BUSTOS RAMÍREZ, *Juan*, Manual de Derecho Penal, Parte General, Edit. Ariel, Barcelona, 1989, p. 15.

13. PULITANO, "la teoría del bene giuridico fra Codice e Costituzione", *La Questione Criminale*, 1981, p. 112.

14. BRICOLA, *OB. CIT.*, p. 14.

15. Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, ed. Giuffrè, Milano, 1974.

16. ANGIONO, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Ed. Giuffrè, Milano, 1983, p. 141.

17. GONZÁLEZ RUS, *Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría)*, Madrid, 1983.

18. *Cfr.* MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *ob. cit.*, p. 17

19. *Cfr.* MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *ob. cit.*, pp. 18 y 19.

20. GONZÁLEZ RUS, "Seminario sobre bien jurídico y reforma de la parte especial" (Siracusa, 15-18 octubre 1981), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1982, 708.

Sin embargo, podría aducirse en favor de esta teoría que la inconsistencia no está del todo en la constitución del Estado liberal y democrático de derecho -aún perfectible- sino en el efectivo cumplimiento de los principios plasmados en ella, en el efectivo ejercicio del *Ius Puniendi* en lo legislativo y, consecuentemente, en lo judicial y en lo ejecutivo, en la voluntad concreta para cumplir con aquellos postulados, en la incongruencia entre un Código Penal -instrumento formal que plasma la tutela penal- y el bien jurídico dado constitucionalmente. Por ejemplo, la protección jurídica del ambiente es hoy una necesidad universalmente reconocida y de rango constitucional, pero que a nivel de tutela penal resulta insuficiente porque existe al margen, de lo que Pulitano llamó

"obligación constitucional".²¹ Una situación muy concreta es en Italia la "Ley Merli", de 10 de mayo de 1976, o Ley para la Tutela de las Aguas contra la Contaminación, que ha sido objeto de polémica por su complejidad y su forma escalonada de entrada en vigor, su excesiva dependencia y sus disposiciones administrativas y su forma descoordinada y fragmentaria en la protección de los diversos elementos naturales: "Esta polémica, que se tradujo a nivel penal y constitucional en la presentación de varias cuestiones de legitimidad constitucional, se fundamentó en la consideración de la tutela penal como insuficiencia dada la obligación constitucional de tutela que se derivaba del texto constitucional."²²

Como se ve, una tutela penal insuficiente, en el actual momento histórico, pone en duda el Derecho Penal y la intensidad de su intervención, a pesar de que la Constitución establezca un mandato de protección penal dirigido al legislador ordinario, man-

Dato que toma en cuenta la importancia del interés protegido y la gravedad del ataque frente al que se emplea: "La importancia del medio ambiente, de su mantenimiento y de su mejora, ha sido y es puesta de relieve por estudios empíricos. La importancia y frecuencia de los ataques también constan, baste con referirnos a las noticias que periódicamente aparecen en los medios de comunicación. A estas justificaciones de la intervención penal hay que unir la significación simbólica de un mandato de esta índole".²³ La respuesta del Derecho Penal ha de ser para los ataques más graves y dejar a los mecanismos de prevención penal los que no lo sean, ya que el exceso conduce a una de formación de su finalidad: "El empleo excesivo del Derecho Penal para proteger un bien jurídico

De estas características puede hacer que la Protección penal se reduzca, con relativa facilidad, a una aplicación juntamente contraria a lo expresado, pues puede llevar a aplicarse sólo a los casos de escasa relevancia en cuanto que éstos plantean normalmente un menor problema de prueba".²⁴ Es por eso que la protección penal se torna insuficiente a pesar de la obligación constitucional.

Son seguidores de la teoría constitucionalista amplia: Rudolphi,²⁵ Marx,²⁶ Fiandaca,²⁷ Pulitano,²⁸ Sax,²⁹ y Betterman-Nipperday-Scheuner.³⁰

21. Citado por MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *ob. cit.*, p. 18, referencia núm. 35.

22. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, CRISTINA, *OB. CIT.*, P. 18.

23. BERDUGO GÓMEZ DÉLA TORRE, IGNACIO, *OB. CIT.*, P. 48.

24. *Ibidem*, p. 48.

25. RUDOLPHI, "Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriffs", *Festschrift für Honing*, 1970.

26. MARX, *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut"*, Prolegomena einer materialen Verbrechenlehre, 1972.

27. FIANDACA: "11 "bene giuridico" como problema teorico e come criterio di política criminales", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1982.

28. PULITANO, *OB. CIT.*, P.

29. SAX, "Grundsätze der Strafrechtsflege",

30. Betterman-Nipperday-Scheuner: *Die Grundrechte*, 1959.

La respuesta del Derecho Penal ha de ser para los ataques más graves y dejar a los mecanismos de prevención no penal los que no lo sean, ya que el exceso conduce a una deformación de su finalidad.

Una buena observación la hacen Fiandaca y Pulitano reconociéndole a la Constitución una posibilidad de delimitar el ámbito de lo punible: "la Constitución no puede delimitar el área de lo punible en sentido positivo, aunque sí en sentido negativo (aquello que no puede ser establecido como delito en la normativa penal), ni siquiera podría proporcionar "directivas programáticas" de tutela potencialmente vinculadas, cuya concretización ha de ser encomendada inevitablemente a la legislación que actúe y desarrolle la Constitución".³¹

1.5. Teorías sociales y sociológicas

Cifran el bien jurídico en el concepto de "daño social", cuyo objetivo fundamental es la subsistencia y el desarrollo del sistema social, de tal manera que sólo es objeto de tutela penal aquella condición necesaria para la conservación de un determinado orden social y merece punibilidad aquella acción *disfuncional* para el sistema social.³²

Estas teorías son opinables también. Roxin considera inútil el concepto de "daño social" para delimitar la punibilidad: "...en primer lugar, puede aducirse muy fácilmente que garantizar determinados valores, cuya vulneración en nada menoscaba algún ámbito jurídico, puede ser favorable para el funcionamiento del conjunto del sistema social, de modo que es dudoso el que de esta guisa pueda lle-

garse a una delimitación de la punibilidad".³³ Un bien jurídico concebido así encuentra el límite de la punibilidad en lo *funcional* y en lo *disfuncional* al Sistema y se convierte en consolidador de un sistema social vigente: "Si se convierten en norte de la legislación penal las condiciones de existencia del sistema social, se abandona palmariamente el eje liberal de la teoría del bien jurídico y su procedencia del individuo. La muerte o la ignominia de seres humanos considerados superfluos, molestos o caídos en desgracia, tal como nos enseña la historia, puede ser funcional al sistema".³⁴

Para Muñoz Conde en esta teoría "la relación norma penal-sistema social de referencia, queda sin contenido cuando no se define ese sistema social",³⁵ como se ve, si la legislación penal tiene como fundamento y finalidad la protección del sistema como base en aquello que es disfuncional para él mismo, entonces se dirige sin más a lo que ha dado en llamarse "la perversión de la legislación penal"; ya no se defiende al individuo, sino al sistema. Esto recuerda la afirmación de Terradillos: "los criterios metajurídicos de daño o perjuicio social son, en definitiva, fijados por el poder, con lo que conducta dañosa va a ser lo mismo que conducta sancionada, y así se burla el propósito inicial de una definición material de delito".³⁶

Para superar las críticas estas teorías han tomado la perspectiva sociológica, que también se refiere a la función o disfunción social, centrando el contenido del bien jurídico en el individuo como límite al daño social, visto así, el bien jurídico es una estructura social, en general, y las posibilidades de participación que supone en particular. Callies, siguiendo esta línea, pone en relación el contenido del concepto de "bien jurídico" con la función social que el autor atribuye al Derecho Penal.³⁷ Este concepto no ha de referirse a objetos del mundo natural (como lo hiciera, entre otros Binding), ni a valores culturales o morales (metodología neokantiana), sino a la realidad social, al sistema de interacciones comunicativas en que ésta consiste y que debe entenderse materia específica de regulación por el Derecho. El Derecho Penal protegería la estructura social en cuanto red de comunicaciones y posibilidades de participación recíprocas en los sis-

31. FIANDACA y PULITANO, citados por GONZÁLEZ Rus, "Seminario sobre bien jurídico y reforma de la parte especial", *ob. cit.*, pp. 707 y 708

32. Cfr. MENDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *ob. cit.*, p. 19.

33. *Ibidem*, p. 19.

34. *Ibidem*, p. 20.

35. MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción al Derecho Penal, Barcelona, 1975, p. 46.

36. TERRADILLOS BASOCO, Juan, El Delito Ecológico, Editorial Trotta, Madrid, 1992, p. 135.

37. CALLIES, CITADO POR MÉNDEZ RODRÍGUEZ, CRISTINA, *OB. CIT.*, P. 22.

temas sociales.³⁸ En esta línea Amelung examina el problema desde la moderna sociología y desde los conceptos de "función y "disfunción", propugna sustituir el concepto de bien jurídico, por el de daño social, esto es: disfuncional. La misión del Derecho Penal no sería otra que la de asegurar la subsistencia de los sistemas sociales frente a las alteraciones "disfuncionales" de los mismos³⁹. Este enfoque del funcionalismo es compartido en España por Mir Puig, quien considera que el bien jurídico debe enterarse como un límite del legislador y referido siempre a la realidad social: "Como ese conjunto de condiciones necesarias que posibilitan el cuestionamiento del sistema y, además, se traducen en concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social. El concepto de bien jurídico permitiría evitar los peligros de un Derecho Penal que sólo tomara en cuenta las necesidades impersonales de funcionamiento del sistema".⁴⁰ "Posibilidad de participación", dice Mir, no se entiende aquí sólo como posibilidad de incidencia activa en la vida cotidiana, sino también como posibilidad de vivir en sociedad confiando en el respeto de la propia esfera de libertad particular por parte de los demás. Mir pone un ejemplo extremo: el poder vivir aislado sin necesidad de temer que los demás lo impidan es, según esto, una determinada posibilidad de participación social.⁴¹ La posición de Mir Puig es que se protejan condiciones de la vida social en la medida en la que afectan a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social. En esta perspectiva Mir Puig introduce una modificación a este planteamiento indicando el peligro de olvidar al individuo, señala que: la idea de bien jurídico ofrece una garantía al ciudadano. El peligro que podría encerrar limitar el *Ius Puniendi* del Esta-

El Derecho Penal protegería la estructura social en cuanto red de comunicaciones y posibilidades de participación recíprocas en los sistemas sociales.

do por la sola idea de disfuncionalidad respecto de la estructura social, es que se tomaran en cuenta sólo las necesidades del conjunto social descuidándose las del individuo.⁴²

En la línea sociológica Berdugo Gómez de la Torre identifica bien jurídico con "las condiciones empíricamente necesarias para el funcionamiento del sistema y que han de traducirse en concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social"⁴³. Agrega, en relación a la Constitución, que el sistema social que en ella aparece recogido es un sistema abierto al que se aspira a llegar y que ese sistema social no coincide con el realmente vivido: "el desarrollo del contenido de los bienes jurídicos constituye un factor que facilita el cambio social constitucionalmente exigido".⁴⁴ Tal postura ha sido cuestionada por Terradillos Basoco, para quien el Derecho Penal no puede propiciar cambios: "no puede la conminación penal utilizarse para que los ciudadanos incorporen a su catálogo axiológico el valor "igualdad", por ejemplo. Podrá, simplemente servir de intimación frente a ciertas conductas gravemente lesivas, pero entonces protege un bien jurídico, no promueve un valor abstracto jr no podrá por el contrario, oponerse a aquel valor".⁴⁵

38. GARCÍA-PABLOS, ANTONIO, OB. CIT., P. 123.

39. IBIDEM, P. 123.

40. Mir Puig, SANTIAGO, INTRODUCCIÓN A LAS BASES DEL DERECHO PENAL, OB. CIT., PP. 138 Y 140.

41. Mir Puig, SANTIAGO, DERECHO PENAL. PARTE GENERAL, OB. CIT., P. 102.

42. MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, ob. cit., p. 134.

43. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, "El delito de lesiones", *Universidad de Salamanca*, p. 69.

44. *Ibidem*.

45. TERRADILLOS BASOCO, Juan, "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, 1981, p. 133.

2. El bien jurídico protegido en el tipo legal

El concepto de bien jurídico en el Estado social y democrático de derecho, ha de entenderse como: "el concreto interés individual o colectivo, de orden social, protegido en el tipo legal".⁴⁶ Constituye un aspecto esencial de la relación política penal- Estado democrático, porque el Estado está obligado a prohibir sólo conductas que al afectar intereses motiven la necesidad de protegerlos porque el requerimiento social lo exige. Y es el requerimiento social el que exige la protección de bienes jurídicos que gira en torno al concepto de eventos antisociales, éstos son, de acuerdo con el iuspenalista Elpidio Ramírez: "actividades o inactividades que intencionalmente o por descuido atacan sin necesidad los bienes, individuales o colectivos, de índole social objetiva que son necesarios para, de una parte, hacer soportable la convivencia social y, de otra, preservar la subsistencia misma de la sociedad".⁴⁷

Bajo esta óptica se establece que sólo en el Estado democrático se pueden generar bienes jurídicos, pues sólo él ofrece condiciones estructurales necesarias, en donde los tipos penales son socialmente significativos porque son productos sociales, no intereses dirigidos a encubrir un *Ius Puniendi* no democrático. El bien jurídico cumple así funciones de fundamento y garantía, consecuentemente, no se pueden elaborar normas que no tengan su fundamento en la existencia de un bien jurídico protegido, ni puede haber delitos que no estén contruidos sobre ese mismo bien jurídico. Lo oportuno será -desde la óptica del concepto de evento antisocial- revisar lo que tenga que prohibirse penalmente o dejar de hacerse. El bien jurídico impone la necesidad de protección, justifica la existencia de la norma penal y surge de la propia necesidad social que confiere legitimación a la actividad legislativa para elaborar un ejercicio del *Ius Puniendi* y en beneficio de la comunidad la o las normas penales correspondientes.⁴⁸

El bien jurídico cumple esa función de garantía para los sujetos, da razón a la intervención estatal y, por ello, apunta hacia la génesis y legitimación de la norma penal y su protección, es una expresión de la actuación del Estado que reconoce los intereses y los orienta en la creación de tipos conforme a exigencias político criminales.⁴⁹

En este orden de ideas la Constitución ofrece el marco jurídico político general del sistema penal y actúa como elemento interpretativo de un Código Penal dictado sobre la base de una realidad social. Postula una adecuada política criminal sin que ésta se convierta en un cerco para la democratización de la intervención punitiva del Estado, ya que la participación de los miembros de una sociedad no puede hacerse a un lado.

La creación de tipos legales y de punibilidades debe enmarcarse en la Constitución, con sus límites y mandatos, porque emergen de la necesidad social. Así como explica el maestro Elpidio Ramírez, la actividad legislativa es legal al estar determinada por el cumplimiento de todos los requisitos que los textos constitucionales señalan para la elaboración de las normas penales.⁵⁰ En la descripción que se elabore de esas normas penales y, en virtud del principio de legalidad, agrega el maestro Elpidio Ramírez, la descripción debe incluir con toda precisión el contenido que es necesario y suficiente para garantizar penalmente la protección de los bienes jurídicos.⁵¹

A continuación algunos aspectos inherentes al bien jurídico⁵¹.

2.1. El bien jurídico como elemento básico en la estructura del tipo legal

En la teoría del Modelo Lógico el bien jurídico es un elemento del tipo legal. El lugar que ocupa dentro de la estructura típica surge a partir de la definición de tipo legal: "Figura elaborada por el legislador, descriptiva de una clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos".⁵²

46. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, Edit. Trillas, México, 1991. p. 33.

47. RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Elpidio, "Fuentes reales de las normas penales", *Revista Mexicana de Justicia* 83, *Procuraduría General de la república, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, No. 1, vol. I, enero-marzo 1983*, p. 25.

48. *Ibidem*, p. 27.

49. Vid. WESSELS, Johannes, *derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1980, p. 36.

50. RAMÍREZ HERNÁNDEZ, ELPIDIO, *OB. CIT.*, p. 29.

51. *Ibidem*, p. 31.

52. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, OLGA, *OB. CIT.*, p. 27.

De acuerdo a esta conceptualización se presenta la definición estructural de tipo legal, con la finalidad de que se aprecie el lugar que ocupa nuestro objeto de conocimiento como parte fundamental del tipo:

ESTRUCTURA GENERAL DEL TIPO LEGAL

DEBER JURÍDICO PENAL

Elemento: N=Deber jurídico penal.

BIEN JURÍDICO

Elemento: B=Bien Jurídico.

SUJETO ACTIVO

Elementos: Ai=Voluntabilidad.

A2=Imputabilidad.

A3=Calidad de garante.

A4=Calidad específica.

As=Pluralidad específica.

SUJETO PASIVO

Elementos: Pi=Calidad específica.

P2=Pluralidad específica.

OBJETO MATERIAL

Elementos: J=Voluntad dolosa

J2=Voluntad culposa

I1=Actividad

I2=Inactividad

Conducta

R=Resultado material

E=Medios

G=Referencias temporales

S=Referencias espaciales

F=Referencias de ocasión

Modalidades

LESIÓN O PUESTA EN PELIGRO DEL BIEN JURÍDICO

Elementos:

Wi=Lesión del bien jurídico (tipo de consumación) W2=Puesta en peligro del bien jurídico (tipo de tentativa)

VIOLACIÓN DEL DEBER JURÍDICO PENAL Elemento:

V=Violación del deber jurídico penal.

2.2. Del bien jurídico depende la cantidad y clase de elementos de un tipo legal

Del bien jurídico depende la cantidad y clase de elementos que han de incluirse en el tipo legal. La mayor o menor amplitud de la protección que se quiera dar al bien condiciona el número y clase de elementos.⁵³

Véase lo siguiente:

2.2.1. Para una protección amplia, una menor cantidad de elementos en el tipo legal

Un claro ejemplo lo es el del homicidio.

En la reforma al Código Penal de 10 de enero de 1994, se erigió el texto legal que se refería a que la muerte del ofendido se verifique dentro de sesenta días, contados desde que fue lesionado (art. 303 frac. II antes del 10-1-94). Esta es una referencia temporal, es decir, una condición de tiempo o lapso descrita en el tipo, dentro de la cual ha de realizarse la conducta o producirse el resultado.⁵⁴ El texto legal que contenía esta referencia se derogó, y, consecuentemente, se produjo una reducción en el número de elementos del tipo legal de homicidio y se tiene ahora una mayor protección del bien jurídico de la vida humana. De tener 12 elementos, "ahora sólo tiene 11 y la protección es amplia. Otro ejemplo es el que se refiere a la figura típica de la violación, que sirve de base, junto con otros artículos del Código Penal, para integrar el tipo correspondiente. El tipo legal no incluye calidades específicas en el sujeto pasivo, ya que éste puede ser una persona de cualquier sexo. Tampoco incluye resultado material alguno. Si se incluyese, por ejemplo, el embarazo como resultado material, la protección penal del bien jurídico de la "libertad de decidir en el ámbito de lo sexual", tendría una protección limitada exclusivamente a personas del sexo femenino, y no a todas, sino exclusivamente, a aquellas en que se presente ese resultado. Quedarían fuera del universo de protección, no solamente personas del sexo femenino, sino también del sexo masculino.

La protección penal no incluiría a personas de cualquier sexo. He aquí la importancia de no haber considerado en el tipo legal ni calidades específicas, ni resultados materiales, porque la protección penal se amplía cuando hay una menor cantidad de elementos y la protección alcanza a toda persona.

2.2.2. Para una protección limitada un mayor número de elementos en el tipo legal

Para proteger en forma adecuada un bien jurídico, en ocasiones se incluyen en el tipo legal más. Por ejemplo: el tipo legal del homicidio en razón de la relación a parentesco.

53. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, OLGA, OB. CIT., P. 32.

54. Ibidem, p. 50.

El concepto de bien jurídico en el Estado social y democrático de derecho, ha de entenderse como: "el concreto interés individual o colectivo, de orden social, protegido en el tipo legar.

Este tipo legal protege la vida humana pero, no la de cualquier persona, sino la de un universo restringido de personas, es decir, exclusivamente la vida del ascendiente, descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubino, concubinario, adoptante o adoptado. Se amplía el número de elementos y la protección penal es limitada porque sólo se dirige al universo de estas personas y no a más. Esto en cuanto al tipo, ya que es una situación diferente el problema de la punibilidad, la cual es mayor porque depende del valor de los dos bienes jurídicos que entran en juego. En este caso la vida de las personas mencionadas y la relación de fe, de seguridad, de confianza, derivadas de la relación o parentesco (de diez a cuarenta años, art. 323 CPDF).

2.3. Titular del bien jurídico colectivo

Los bienes tienen como titular a un ser humano individual, a un grupo social, a una clase social o a la colectividad entera.

Suscita discusión doctrinaria aquel bien jurídico cuya característica está en la referencia a intereses que no son exclusivamente individuales, sino eminentemente colectivos.

El proceso de industrialización y tecnificación, las nuevas técnicas médicas y comerciales de las sociedades actuales trajeron consigo nuevas relaciones y conflictos sociales y el Estado, al intervenir en ámbitos tradicionalmente reservados a la acción in

dividual, los ha considerado ahora bienes colectivos. Es así como se afirma de éstos que no se trata en general de nuevos bienes jurídicos, sino de nuevas formas cada vez más sofisticadas de ofensa. Se refieren los bienes jurídicos colectivos a los nuevos derechos sociales que se reconocen en la Constitución como mandatos de reprimir penalmente atentados a ciertos derechos sociales como el caso del ambiente. Al respecto Quintero Olivares señala que los derechos sociales constitucionales gozan de una importancia de primera magnitud en el ordenamiento jurídico, alineándose junto con los derechos fundamentales... siendo así parece coherente que se le preste la más alta protección jurídica que es la penal".⁵⁵ En relación al ambiente, éste aparece como un bien jurídico colectivo o macrosocial, es decir un bien jurídico de todos, referido al sistema, a semejanza de la salud pública, la seguridad colectiva o la fe pública. El Estado protege el ambiente para proteger la salud de todos, la de cada uno de los ciudadanos y también la vida.

2.4. Variación del bien jurídico

Los bienes cuya afectación se traduce en antisocialidad, tienen como titular a un ser humano individual, a un grupo social, a una clase social o a la colectividad entera, y varían en el tiempo y en el espacio. Son bienes dentro de un sistema social determinado y pueden no serlo en un sistema social diferente.⁵⁶

Hay dentro de la colectividad valores fuertemente desaprobados o conductas desviadas que no llegan nunca a ser reprimidas en el Código Penal. Véanse los siguientes ejemplos:

1. El *adulterio*, es delito en México. Artículo 273 CPDF: "Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles en el domicilio conyugal o con escándalo". Se trata de una figura típica que viola el principio de legalidad, ya que no dice en qué consiste la conducta prohibida y, por otra parte, revela la actuación de un Derecho Penal que interviene en la vida de los sujetos para imponerles pautas de contenido moral. Olvida que para ello existen mecanismos de prevención no penal.

55. QUINTERO OLIVARES, "Delitos contra intereses generales o derechos sociales", en revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense de Madrid, España, 1983, p. 574.

56. RAMÍREZ HERNÁNDEZ, ELPIDIO, *OB. CIT.*, P. 25.

En contraste, la legislación española lo ha dejado fuera del Código Penal, de ser el delito más grave contra la honestidad en el Código Penal de 1822, se ha descriminalizado por ley 22/1978 de 26 de mayo⁵⁷.

2. En España, la *esterilización de persona incapaz no es punible*. Art. 428 Código Penal: "No será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquella haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz". Sin embargo, a pesar de esta descriminalización, se presenta gran resistencia por parte de jueces en su aplicación.

3. En cuanto al *infanticidio*, en México, el texto legal que lo contemplaba, fue derogado en la reforma del 10 de enero de 1994, en cambio, en España, tiene punibilidad atenuada en el artículo 410 Código Penal que señala: "La madre que para ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido será castigada con la pena de prisión menor" (de seis meses y un día a seis años).

Ahora, en México, al desaparecer el infanticidio, que tenía punibilidad atenuada, se aplicará el precepto relativo al homicidio; en razón de la relación o parentesco que tiene una punibilidad de diez a cuarenta años. En realidad, la figura del infanticidio es un verdadero homicidio calificado, porque se lesiona no sólo la vida del pequeño, sino otro bien jurídico: el derecho a la seguridad del niño indefenso.

4. La figura del homicidio consentido es punible tanto en México como en España. En México está prevista en el art. 312 Código Penal del Distrito Federal: "El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años". En España, en el artículo 409 del Código Penal se indica: "el que prestare auxilio o induzca a otro para que se suicide será castigado con la pena de prisión mayor (seis años y un día a doce años); si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, será castigado con la pena de reclusión menor (doce años y un día a veinte años).

En ambos códigos la conducta es punible aunque varía en cuanto a la intensidad de la punibilidad. En cambio, se ve ya la tendencia descriminalizadora en otras partes del mundo como en el Proyecto Alternativo del Código Penal alemán sobre eutanasia de 1986 y el Proyecto gubernamental holandés del mismo año, el primero despenaliza en casos excepcionales y el segundo abiertamente la eutanasia directa.⁵⁸

... impone la necesidad de protección, justifica la existencia de la norma penal y surge de la propia necesidad social que confiere legitimación a la actividad legislativa para elaborar un ejercicio del Ius Puniendi y en beneficio de la comunidad la o las normas penales correspondientes.

En verdad, los bienes jurídicos varían, en palabras de Elpidio Ramírez: "Son bienes dentro de un sistema social determinado pueden no serlo en un sistema social diferente".⁵⁹

Se concluye en este punto con lo afirmado por la Maestra Olga Islas: "Si el tipo se formula para proteger un bien, la desvaloración de éste por la comunidad fuerza al legislador a derogar aquél".⁶⁰

Sólo así se producen los cambios legislativos.

57. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "Criterios políticos y técnicos para la creación y abrogación de las normas penales", en *revista Mexicana de Justicia*, No. 1, vol. I, Enero-marzo, 1983, Procuraduría General de la República, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, p. 39.

58. La eutanasia directa, dice el jurista español Enrique Gimbernat, es cuando existe el propósito de causar la muerte del paciente y, para ello, se le administra, una sobredosis de morfina, por ejemplo. Vid. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, "Derecho a la vida y autanasia", en *revista mexicana de Justicia*, Procuraduría General de la República, Instituto General de Justicia del Distrito Federal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, No. 4, vol. V, octubre-diciembre, 1987, pp. 138 y ss.

59. RAMÍREZ HERNÁNDEZ, ELPIDIO, *OB. CIT.*, p. 25.

60. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, OLGA, *OB. CIT.*, p. 32.

2.5. Magnitud de la Punibilidad

La punibilidad va en función del valor del bien jurídico. La punibilidad es: "Conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste".⁶¹

En este concepto, como se ve, el bien jurídico juega un papel principal. Es un elemento rector para la fijación de la punibilidad. El intervalo de la punibilidad depende del valor del bien protegido, el bien jurídico es un objeto que tiene su imagen en el intervalo de punibilidad. Si el valor del bien es de rango inferior, la punibilidad debe ser baja⁶².

Analícemos: hay códigos penales que tienen prevista la pena privativa de libertad que puede llegar a cincuenta años (México, art. 25 CPDF); a los treinta años (España, art. 30 CPE); o bien, a los veinticinco años (Costa Rica); veinte años (Honduras y Panamá); y hasta diez y seis años (Ecuador).

Esto revela que los límites de la punibilidad son dispares. Los Estados son soberanos y libres de desplegar la represión penal que deseen, pero es preocupante cuando hay punibilidades elevadas.

Falta una valoración real de las necesidades de tutela a efectos de averiguar si se requieren en verdad esos límites, porque la privación de libertad prolongada causa deterioro irreversible en lo psíquico y en lo físico.

Es necesario establecer límites con base en la proporcionalidad que debe guardar la punibilidad con la magnitud del bien y el ataque al mismo. Ya el maestro Elpidio Ramírez lo apuntó: "La clase de punibilidad depende del valor del bien tutelado, del dolo o de la culpa y de la lesión (consumación) o puesta en peligro (tentativa) del bien tutelado".⁶³ La intensidad de la reacción penal es mayor para la consumación que para la tentativa. Mayor para el dolo, que para la culpa. No se pierda de vista que una punibilidad desproporcionada introduce irracionalidad, debilita al sistema penal y refleja una violación al principio de intervención penal mínima.

Una adecuada aplicación de estos criterios conduce a la legitimación del legislador ya que, en relación a la punibilidad, ésta se basa en la necesidad social. Sin necesidad social el legislador carece de legitimación.⁶⁴

61. *Ibidem*, p. 24.

62. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, OLGA, OB. CIT., P. 32.

63. RAMÍREZ HERNÁNDEZ, ELPIDIO, OB. CIT., P. 32.

64. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, OLGA, OB. CIT., P. 24.