

| | |
|---|----|
| IV. LAS TEORÍAS DOGMÁTICAS: LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO | 55 |
| 1. El bien jurídico protegido | 55 |
| El bien jurídico "propiedad" | 56 |
| Otros bienes jurídicos | 61 |
| La relación entre el delito y el bien jurídico | 63 |
| Bien jurídico, antijuricidad y términos teóricos | 65 |
| Las funciones de la teoría del bien jurídico | 70 |
| 2. Algunas consideraciones acerca de las teorías dogmáticas | 77 |
| 3. Conclusiones | 80 |

IV. LAS TEORÍAS DOGMATICAS

LA TEORIA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La dogmática jurídica está constituida sustancialmente por interpretaciones de normas jurídicas determinadas. Pero esto no agota el contenido de esta actividad. Junto con la labor de establecer las consecuencias jurídicas de los textos legales, encontramos elaboraciones que trascienden la interpretación de un cierto sistema positivo. Estas elaboraciones dogmáticas son llamadas por los mismos juristas "teorías". Casos de teorías dogmáticas son por ejemplo: las teorías de la acción en el derecho penal, las teorías sobre el acto de comercio en el derecho comercial, las teorías acerca del enriquecimiento sin causa en el derecho civil, las teorías que versan sobre el concepto de ciudadanía en el derecho constitucional, etcétera.

Es de presumir que las llamadas teorías dogmáticas difieren entre sí en aspectos sustanciales y que, por lo tanto, el término "teoría" es usado con bastante imprecisión. Esto hace que cualquier generalización acerca de la estructura de las teorías dogmáticas, hecha en base al análisis de una determinada teoría o de un conjunto limitado de éstas, constituya un esquema con gran posibilidad de ser poco representativo.

Dados los límites de este trabajo no podemos, sin embargo, hacer más que esto. Analizaremos un caso de teoría y veremos hasta qué punto son generalizables las conclusiones de ese análisis. La teoría que será materia de estudio es la del bien jurídico protegido, tema que ocupa un lugar central en la dogmática penal.

I. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En general la expresión "bien jurídico", o alguna equivalente, no está utilizada en las legislaciones penales contemporáneas; no obstante, la dogmática sostiene que en los códigos penales se hacen menciones sistemáticas a distintos bienes jurídicos. Más que eso, incluso se sostendrá que es la legislación penal la que configura los bienes jurídicos.

El significado de la expresión "bien jurídico" es objeto de extensas controversias entre los escritores de derecho penal. No siempre, como es típico en la dogmática, se advierte que esta discusión no versa sobre hechos o sobre la captación de supuestas "naturalezas" o "esencias" de

fenómenos, sino sobre el significado de palabras. La tarea consiste en estipular un significado para esta expresión de tal manera que la misma refleje en lo posible el núcleo central de los usos lingüísticos y cumpla la función que se le ha asignado en la teoría del delito.

Antes de analizar las distintas formulaciones que han pretendido otorgar significado a la expresión "bien jurídico", deben hacerse algunas aclaraciones:

1. Para la dogmática penal todo delito lesiona un bien jurídico. No es concebible un delito que no lesione un bien jurídicamente protegido. De este modo la lesión a un bien pareciera ser definitoria del concepto de delito.

2. El bien jurídico que se lesiona con el delito es distinto, para la dogmática penal, del objeto material afectado por el delito. En el delito de daño, junto con la cosa dañada o destruida, se afecta la propiedad, que es el bien jurídico protegido por la punición de este hecho.

3. Los distintos bienes jurídicos presentan una gran heterogeneidad. Evidentemente la vida, la propiedad, el honor, la honestidad, la administración pública, la tranquilidad pública, la fe pública, etcétera, son conceptos con notables diferencias categoriales entre sí. En este análisis tomaremos como referencia el bien jurídico "propiedad" haciendo luego algunas generalizaciones.

El bien jurídico "propiedad"

El delito de daño constituye el típico caso en que se afecta la propiedad; para la dogmática, con el daño no sólo se destruye o deteriora una cosa, se lesiona la propiedad de un determinado individuo. Pero con un poco de reflexión esto resulta difícil de entender. A las cosas las vemos y las tocamos, pero la propiedad no está entre las cosas cuya existencia y características verificamos empíricamente. ¿Es que el mundo del jurista está más poblado que el mundo del común de los hombres? A primera vista parece que sí; para el hombre común sólo hay cosas, para el jurista, también hay bienes, para el primero sólo hay hombres de carne y hueso, para el último hay además personas jurídicas, etcétera.

Muchos juristas admiten la existencia de una realidad jurídica no siempre coincidente con la realidad "real".¹ Estos juristas nos hablan

¹ *Vid.*, por ejemplo, Santi Romano, *Fragments de un dictionario jurídico*. EJEA. Buenos Aires, 1964, p. 349, cap. "Realidad Jurídica." "Como todas las demás realidades, la denominada realidad jurídica debe necesariamente encontrarse en una de las relaciones siguientes: o no depende de ellas y, existiendo por sí, se agrega a ellas, con las cuales ni está de acuerdo ni en desacuerdo; o se la incorporará al mundo jurídico tomándola de otra esfera diferente de conocimientos, sin ninguna mutación o transformación; o, por último, se diferencia de ellas, y la diferencia puede ser mayor o menor y hasta de distinta índole." La navaja de Occam haría su agosto con estas barbas jurídicas.

de presunciones o ficciones, de construcciones legales, de un mundo no empírico. En cambio, otros juristas no aceptan esta línea de pensamiento y proponen diversas referencias fácticas para las expresiones fundamentales del derecho. No es nuestra intención seguir en todas sus derivaciones estos intentos, sino en cuanto es necesario para el esclarecimiento del concepto del bien jurídico "propiedad". Hay entre muchas, dos posibilidades de conectar a la propiedad con hechos, que conviene referir.

a) Según algunos teóricos del derecho, la propiedad no es más un conjunto de actos ejercidos sobre cosas. El propietario usa y goza de una cosa, la mejora, la degrada, etcétera. Ser propietario no es más que ejercer sobre un bien, actos de esta clase con cierta regularidad.

Pero, a poco que se analice esta posibilidad interpretativa, se verá que los casos en que se da el ejercicio regular de este tipo de actos, por parte de un individuo, no siempre coinciden con los casos en que se predica de un individuo el ser propietario de una cosa. Puede ser que el dueño haya arrendado la cosa y que, por lo tanto, no tenga el uso de ella. Puede ser que se la hayan robado, en cuyo caso el uso y goce será del ladrón y no del dueño. Es posible que el dueño haya olvidado totalmente de la existencia de un objeto de su propiedad, por lo cual ni lo usa, ni goza de ella, etcétera.

Para el tema que nos interesa es evidente, por lo dicho, que no siempre que, por ejemplo, se destruye una cosa, se afecta el uso, goce, etcétera, de la persona que pretendemos titular de un bien jurídico lesionado. Si al propietario le habían hurtado la cosa, su destrucción no le afecta el uso de la cosa que ya le estaba imposibilitado.

b) El fracaso de la primera alternativa lleva inevitablemente a proponer una segunda posibilidad. La propiedad es un conjunto de expectativas. El propietario puede no usar ni gozar de una cosa, pero tiene la expectativa de usarla y gozar de ella, si quiere.

Pero las expectativas o son hechos psicológicos o no es claro en que consisten. Y es obvio que no siempre el propietario tiene la expectativa de poder ejercer ciertos actos sobre sus cosas. Si se ha olvidado de la existencia de un viejo cajón arrumbado en el desván, no tiene expectativa alguna de poder usarla. Si le han robado un automóvil hace mucho tiempo, es posible que haya perdido toda esperanza de poder andar en él. Si ha arrendado un inmueble bajo el régimen de emergencia es posible que se vea más sorprendido si alguna vez puede vivir en él, que si se enterara que nunca más podrá utilizarlo.

Es evidente entonces que con el delito de daño, por ejemplo, no siempre al mismo tiempo que se destruye una cosa se frustra una expectativa de determinado individuo a quien atribuimos la titularidad del bien jurídico. Inclusive, puede ser que la expectativa de usar o gozar

de la cosa la tenga un individuo distinto al propietario: el ladrón, el arrendatario, el futuro heredero que ambiciona los bienes de un pariente moribundo, etcétera.

Se han propuesto muchas más alternativas de identificar la propiedad con hechos. Ninguna de ellas resulta totalmente satisfactoria. Ante esto, muchos autores de filosofía jurídica, como Olivecrona y Ross, sostienen que el término "propiedad", como el término más general "derecho subjetivo", no tiene referencia semántica alguna. El pensamiento dogmático cree que hay determinados hechos condicionantes: tradición, acepción, aprehensión, sucesión, etcétera, que originan la propiedad, la que a su vez da origen a ciertas consecuencias jurídicas: derecho de gozar de una cosa, de reivindicarla, de venderla, etcétera. Pero no hay nada entre los hechos condicionantes y las consecuencias jurídicas, no hay ningún puente entre ambas clases de elementos.

Ross² afirma que, a pesar de lo que creen los juristas, cuando se usa el término "propiedad", no se hace referencia a ninguna entidad, sino que, se menciona, unas veces, la existencia de algún hecho condicionante y, otras veces, al conjunto de consecuencias jurídicas. Cuando decimos que Juan es propietario de una casa, pretendemos decir a veces que se le ha hecho tradición de la misma, o la ha recibido por sucesión, etcétera, y en otros contextos, queremos hacer referencia al hecho de que le está permitido usar la casa, o venderla, etcétera.

El término "propiedad" a pesar de no corresponderle ninguna entidad empírica, cumple, según Ross, una importante función técnica de presentación. Permite hacer referencia abreviada a una compleja regulación normativa, cuya mención expresa haría sumamente incómoda la comunicación jurídica.

Si adoptamos esta interpretación, que parece ser la más adecuada, ¿tiene sentido decir que con el delito de daño, por ejemplo, junto con la cosa destruida se afecta la propiedad?

Cuando un individuo participa en algunos de los hechos condicionantes referidos por el artículo 2554 del Código Civil argentino, recibe una cosa por tradición por ejemplo, se le reconoce un conjunto de facultades dispuestas en los artículos 2513 a 2523 del mismo cuerpo: derecho de poseer la cosa, de usarla, de gozar de sus frutos, de desnaturalizarla, de degradarla, de reivindicarla, de realizar respecto a ella cualquier acto jurídico, etcétera.

La destrucción de la cosa está prevista en el artículo 2604 del Código Civil, que establece que ella extingue de una manera absoluta la propiedad. Ello quiere decir que la destrucción de la cosa funcionaría como

² Ross, *All., Sobre el derecho y la justicia*. EUDEBA, Buenos Aires 1963, cap. vi.

un hecho condicionante negativo que implica la derogación de las consecuencias jurídicas establecidas en los artículos 2413 al 2523 del Código Civil. Esto significa que, con la destrucción de la cosa se derogaría el derecho de su último propietario de gozar de ella, usarla, realizar, actos jurídicos respecto a ella, etcétera. Pero esta derogación parece bastante extraña. El goce, el uso, la venta, etcétera, de una cosa implica la existencia de esa cosa. Usar algo que no existe es no sólo empíricamente imposible, sino también lógicamente imposible. Normar o derogar una norma respecto a una acción lógicamente imposible, como normar una acción lógicamente necesaria es, por lo menos banal. Daría lo mismo que el artículo 2604 del Código Civil estableciera que, la propiedad *no* se extingue con la destrucción de la cosa, es decir que, se mantuvieran las facultades de usar de ellas, de gozarlas, etcétera. Lo mismo es aplicable con respecto a los artículos 2451 a 2459, que establece que, la posesión se pierde en los casos de hurto o robo de la cosa, de usurpación de la misma, de imposibilidad física de ejercer actos posesorios, etcétera.

Esta digresión sirve para que advirtamos que no se agrega nada a la afirmación de que con la destrucción de la cosa resulta imposible su uso, cuando decimos que, además cesa la permisión de usarla. La consideración del cambio de *status* normativo del propietario no agrega nada a la noción de que con la destrucción de una cosa se afecta generalmente al propietario, porque se le imposibilita el uso, goce, etcétera, de la misma. Queda como significativa solamente esta última aserción, lo que implica que no en todos los casos de delitos contra la propiedad se afecta esta posibilidad, porque puede ser que ya no la hubiera y es posible que el que tenga la posibilidad de usarla no sea el titular del bien jurídico propiedad, sino otra persona como el ladrón, el arrendatario, o el heredero del moribundo.

La concepción difundida de que al término "propiedad" le corresponde un hecho real ha sido rebatida, con curiosa profundidad, por Hägerström.³ Este autor señala que no es posible hacer corresponder una base fáctica a las ideas sobre derechos subjetivos, entre los cuales se encuentra la propiedad. Afirma que tenemos una noción del objeto del derecho, que consiste en una "ventaja". Por ejemplo, la posesión tranquila de una cosa. Pero es difícil determinar qué hecho corresponde al derecho subjetivo a esa ventaja. Hägerström analiza algunas posibilidades de interpretación fáctica —protección del Estado, respeto ordenado por el Estado, prueba del título— pero termina rechazando a todas y concluyendo que, cuando hablamos de derechos subjetivos estamos

³ Hägerström, *Inquires into the Nature of Law and Morals*, citado por Olivecrona, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, pp. 5 y ss.

presumiendo la existencia de poderes sobrenaturales que existen con independencia del poder real sobre las personas y las cosas. Son fuerzas misteriosas que sólo pueden ser manipuladas por medios mágicos. Hace un análisis del origen histórico de estas ideas en el derecho romano, demostrando que el *Ius Civile* era un conjunto de reglas para adquirir poderes sobrenaturales por medio de actos mágicos. Desde el punto de vista psicológico, Hägerström, explica esta creencia en base al trasfondo emocional, ya que la idea de poseer un derecho subjetivo crea un sentimiento de poder aunque no tenga contrapartida fáctica.

En base a esta explicación de Hägerström, podemos tener una idea un poco más clara sobre nuestro tema.

El delito del daño, por ejemplo, afecta, según el sentimiento difundido, no sólo la cosa sobre la que se actúa perjudicialmente, afecta también el poder que creemos tener sobre esa cosa, aunque de hecho no lo ejerzamos, estemos imposibilitados de hacerlo o lo ejerza otro.

Así como ese poder no real se crearía por actos mágicos, también se destruiría por actos mágicos. El robo, como la tradición, por ejemplo, sería un acto que produce efectos supraempíricos. Al lado de la acción, empíricamente verificable, habría otra acción no perceptible por los sentidos que destruye una entidad no observable.

La destrucción de una cosa de nuestra propiedad, nos produce la sensación de que disminuye nuestro poder sobre el mundo, aunque de hecho no tuviéramos acceso a la cosa. Si se nos informa que nos han destruido una cosa que nunca utilizamos y que no teníamos la menor expectativa de usarla, sentiremos igualmente que nos han colocado en una situación de inferioridad en cuanto a nuestras facultades.

Lo que hasta aquí dijimos no implica negar que con el delito de daño, como con el de hurto, estafa, etcétera, se lesione, generalmente, el disfrute de bienes por partes del propietario o las expectativas acerca del uso o goce de los mismos. En general la gente utiliza sus cosas más que las cosas de otros y tiene más expectativas respecto a los bienes de su propiedad que en relación a otros bienes. Es verdad que *generalmente* con estos delitos se afecta un interés del propietario de la cosa, lo que negamos es que, en *todos* los casos de estos tipos de delitos, se afecte *siempre* algo más que la cosa y que ese algo sea la propiedad, si a ésta la identificamos con alguna situación fáctica. Creemos que la ilusión de que la propiedad se lesiona en todos los casos proviene del pensamiento mágico expuesto por Hägerström.

En los próximos párrafos daremos un panorama general de algunos de los otros bienes jurídicos, para después enunciar algunas conclusiones sobre el tema.

Otros bienes jurídicos

a) *La vida*. Evidentemente la expresión “vida”, aunque sumamente vaga, hace referencia a un fenómeno cuya existencia es verificable empíricamente. No es, por lo tanto, de la misma especie que la propiedad. Si el bien jurídico aquí está identificado con un proceso biológico, resulta obvia, por ser analítica, la afirmación de que el homicidio, por ejemplo, afecta en todos los casos también. Pero algunos autores⁴ seguramente con el deseo de mantener la simetría con otros bienes jurídicos, identifican a éste, no con un proceso biológico, sino con el interés, la expectativa o el derecho de que el mismo se desarrolle normalmente. Si se procede así en este caso, se reproducen los mismos problemas que analizamos en relación a la propiedad.

b) *El honor*. Resulta uno de los bienes jurídicos de más difícil identificación. Se habla del honor objetivo, consistente en el aprecio que los demás tienen de una persona, y del honor subjetivo, que está constituido por la opinión que un individuo tiene de sí mismo, es decir de una autovaloración.⁵ Para los autores el delito de injurias tiene dos alternativas que corresponden a los dos aspectos del honor: la “contumelia”, que lesiona al honor subjetivo y la “difamación”, que afecta el honor objetivo. Pero curiosamente se afirma que la apreciación del alcance de la protección al honor subjetivo, debe hacerse según cánones objetivos y, a la inversa, que aunque la injuria sea merecida, según el consenso social, debe analizarse en los casos en que no está admitida la prueba de la verdad, si no se ha lesionado el aspecto subjetivo del honor.⁶ Por este doble camino se hace difuso el concepto de honor, tanto en el aspecto objetivo como en el subjetivo.

Tal como está redactado el tipo de injurias (artículo 110 del Código Penal), es analítico que este delito lesiona el honor o el crédito de una persona. Sin embargo, y de acuerdo a lo que vimos recién, la interpretación vigente de esta figura independiza la existencia de este delito de la efectiva comprobación de que se ha lesionado el aprecio que una persona tiene de sí misma o el que tienen los demás de ella, para pasar a exigirse solamente que se trate de una imputación perteneciente a una clase que en general tiene esos efectos. De este modo la conexión entre las injurias y la lesión al honor es contingente y no necesaria.

Con respecto a las calumnias (artículo 109 del Código Penal), la rela-

⁴ Vid. por ejemplo, Núñez, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, OMEBA, t. III, p. 21: “Los delitos comprendidos en esta clase (delitos contra la vida) atentan contra el derecho o interés que las personas tienen a que se respete su existencia material.”

⁵ Vid., Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino* . . . , t. III, p. 224.

⁶ Vid. Soler, S., *op. cit.*, t. III, p. 231.

ción del tipo excluye toda conexión necesaria entre el delito y la lesión al honor, bastando una imputación de una conducta criminal dolosa, aunque en un caso concreto el imputado no se siente afectado ni se deteriora su crédito social.

c) *La honestidad*. Es objeto de extensas controversias entre los penalistas, la determinación del ámbito de referencia de este bien jurídico. Evidentemente los delitos que están comprendidos bajo el título que lo mienta se refieren al comportamiento sexual. Pero si bien el tema sexual aparece en todas las figuras, es evidentemente distinta la referencia que de él se hace en el delito de adulterio que en el de estupro, en la violación que en las publicaciones obscenas, en el abuso deshonesto que en la prostitución.

De las elaboraciones dogmáticas surge que el sujeto pasivo de estos delitos es el titular del bien jurídico. No se trata de la afección de la honestidad pública, salvo, en los atentados al pudor, sino de la lesión de la honestidad de una persona determinada. Pero ¿qué significa lesionar la honestidad de un individuo? Evidentemente no hay "honestidad", sino actos honesto o deshonestos. La violación por ejemplo, es un acto deshonesto, pero esto implica solamente que el violador es menos honesto que antes, no que haya disminuido la honestidad de la víctima. Es posible que por un proceso psicológico la violación de una criatura le produzca una deformación de la concepción sana respecto a la conducta sexual y la predisponga para un proceder deshonesto en este terreno, pero en todo caso esto constituye solamente una posibilidad y no permite una predicción universal. Incluso esta hipótesis es bastante improbable en el caso de una mayor de edad violada y menos aún en el caso de una demente.

En el delito de estupro (artículo 120 del Código Penal), en el que se exige expresamente que la víctima sea honesta, no se ve tampoco cómo puede afectarse en todos los casos esa honestidad.

Si se dijera que por el solo hecho de ser víctima de un estupro la mujer ve lesionada su honestidad, esto implicaría que no puede ser sujeto pasivo de este delito en dos oportunidades, ni tampoco puede ser víctima de este delito una mujer que ha sido violada, ya que por este hecho se vería también perjudicada su honestidad.⁷ Obsérvese lo curioso del hecho de que este artículo 120 exija la honestidad del sujeto pasivo cuando es obvio que si no lo es, es generalmente porque ha sido víctima

⁷ Soler afirma que es honesta la mujer que ha sido violada, pero que hay que considerar en sentido contrario la hipótesis en que la violación esté muy cercana a la seducción, porque en este caso presumiblemente la mujer no desconoce el sentido del acto sexual que realiza (*op. cit.*, t. III, p. 257). Creemos que *a fortiori*, habría que concluir que no es honesta la mujer que ya ha sido víctima de estupro.

de un delito: ya sea violación o estupro. Parece como si el primer hecho diera piedra libre a todos los demás.

La única forma de interpretar coherentemente los alcances de este bien jurídico es afirmar que son actos deshonestos el tener relaciones sexuales antes de los 15 años, o mediante violencia, o si se es demente, o si se lo hace por precio, etcétera.

Entiéndase bien, éstos serían actos deshonestos por parte de la víctima. Por insólita que parezca esta interpretación, parece ser la única que permite afirmar que en todos estos casos se lesiona la honestidad del sujeto pasivo. Aún así, es difícil entender cómo se lesiona ésta en el adulterio y, evidentemente, quedan afuera de esta interpretación los atentados al pudor.

d) *La libertad*. Éste es el bien jurídico que, quizá, tiene límites más imprecisos. Es muy difícil encarar su análisis, evitando caer en disquisiciones metafísicas sobre la libertad humana.

Por otra parte, como bien dice Soler,⁸ casi todos los delitos lesionan en algún modo la libertad, pues, en general, consisten en compeler a alguien a hacer algo que no quiere o en privarlo de algo que no le está prohibido. Por eso es muy difícil encontrar el aspecto de la libertad a que se refieren todas estas figuras, de tal modo que justifique su agrupamiento bajo un mismo título. La dogmática no le ha conseguido, es decir no ha hallado un común denominador de todos estos tipos, que sea a la vez específico en relación a las otras figuras que se encuentran clasificadas de modo distinto. Evidentemente no parece haber justificación para agrupar juntos al plagio, la privación de la libertad ambulatoria, los apremios ilegales, los tormentos, la violación de domicilio, de secretos, etcétera.

La única figura en nuestro Código Penal que se refiere a la libertad en sentido estricto, con que generalmente se dice que un condenado está privado de su libertad, es la del artículo 141. Este artículo se refiere a la libertad de movimientos, y evidentemente es analítico decir que el delito descrito en él lesiona la libertad. Con respecto a las demás figuras solamente con un concepto de libertad muy vago se puede afirmar que ésta, se ve perjudicada en todos los casos.

La relación entre el delito y el bien jurídico

Lo que hasta aquí tenemos dicho respecto al bien jurídico "propiedad" y las breves referencias en relación a los bienes denominados "vida", "honor", "honestidad" y "libertad", implican la conclusión que, si a

⁸ *Op. cit.*, t. IV, p. 10.

estas expresiones las identificamos con situaciones fácticas, no siempre es verdad que un delito lesiona un bien jurídico. Cuando hablamos de la propiedad, trajimos a colación el desarrollo de Hägerström, receptado por otros autores, para intentar explicar la creencia de que determinados delitos, como el daño, lesionan siempre la propiedad, en adición al perjuicio en la cosa sobre la que actuó el agente. Pero la idea de que el término "propiedad" está conectado con el pensamiento mágico, no puede ser extensible, sin mayor análisis, a los otros términos que hemos referido, y, quizá, menos aún a otros conceptos que no hemos analizado, y que también hacen alusión a bienes jurídicos, como por ejemplo, el de administración pública, seguridad pública, etcétera. La afirmación "todo delito lesiona un bien jurídico" debe ser, pues, objeto de una consideración más fina. Creemos que la sentencia que expresa que existe una conexión universal entre delito y bien jurídico, puede ser entendida en tres sentidos distintos que pasamos a exponer.

a) *Como referida al significado de la palabra "delito"*. Si entre otras características definitorias de "delito" se incluyera la lesión a un bien jurídico, sería analítico, y por lo tanto lógicamente necesario, que todo delito ataca a un bien jurídico. Si adoptamos una definición semejante y a la expresión "bien jurídico" le diéramos alguna de las interpretaciones fácticas que se han propuesto, tendríamos que negarnos a denominar "delito" a un acto que no perjudicara, por ejemplo, una expectativa, un interés, un disfrute, etcétera. Es un hecho, como lo demostramos en las referencias al delito de daño, que la dogmática no hace depender la clasificación de un acto como delictivo de la comprobación de una consecuencia de esta especie. Evidentemente, esta definición de "delito" se apartaría, en forma considerable, de los usos lingüísticos respecto a este término, por lo cual, la proposición considerada no puede entenderse como un desarrollo del significado de la palabra.

b) *Como descripción de las figuras delictivas de la legislación positiva*. Es posible aceptar que la lesión a un bien jurídico sea definitoria de "delito", pero, al mismo tiempo, afirmar, que en todas las descripciones de conductas delictivas en un determinado sistema positivo se incluye como requisito típico la lesión a un bien jurídico. En este sentido, si un acto no lesiona un bien jurídico no será delito, pero, no porque esta propiedad sea definitoria de la palabra, sino porque provocaría la ausencia de otra característica que sí es definitoria de "delito": la tipicidad.

Esta afirmación es, en primer lugar, contingente; pues los tipos penales pueden estar estructurados de tal modo de no incluir la lesión a un bien jurídico como requisito y, en consecuencia, es posible que sean delitos-conductas que no tengan este efecto. En segundo término, la afirmación es falsa con respecto a nuestro sistema, ya que, como vimos,

hay una serie de figuras delictivas de daño, por ejemplo, que no exigen que se afecte un interés, una expectativa, un derecho subjetivo, si éstas fueran las alternativas de interpretación fáctica de la expresión “bien jurídico”.

Con independencia del contenido de un sistema positivo, debe concluirse, entonces, que la sentencia “todo delito lesiona un bien jurídico”, tomada con el sentido aquí expuesto, no es verdadera analíticamente, sino que es una proposición contingente.

c) *Como una descripción de las conductas delictivas particulares.* Podría aceptarse que la lesión a un bien jurídico no es definitoria de la palabra “delito”, ni está incluida como requisito típico en todas las figuras delictivas de un sistema positivo y, sin embargo, afirmarse que de hecho todo delito lesiona un bien jurídico. Ésta sería una generalización empírica, por lo tanto, de verdad contingente, como la afirmación del párrafo anterior. También, de hecho, sería falsa con relación a los actos que son delictivos, según nuestro ordenamiento positivo, por las razones que ya expusimos.

Si analizamos algunos desarrollos dogmáticos, percibiremos que los juristas, cuando formulan el principio expuesto, parece que lo hicieran con el significado, expuesto en b), pero pretendiendo que la sentencia tenga el carácter necesario que sólo se justifica con el sentido explicado en a). Aun evitando esta confusión, el principio, como vimos no puede sostenerse en ninguna de las alternativas explicadas.

Pero la confianza que los dogmáticos ponen en el carácter necesario de este principio debe obligarnos a agotar las posibilidades de interpretación del mismo. Si un enunciado es analítico, lo es por su forma lógica o por el significado de los términos que en él se utilizan. Vimos que según el significado de la palabra “delito” y de la expresión “lesión a un bien jurídico”, de acuerdo a las definiciones explícitas formuladas por la dogmática, la proposición no es analítica. Pero quizá nos hemos dejado llevar por las manifestaciones expresadas de los juristas, olvidando que no siempre los dogmáticos hacen lo que dicen que hacen.

Debemos investigar si hay alguna posibilidad de que la expresión “lesión a un bien jurídico” fuera utilizada por los juristas en algún sentido distinto a los que explícitamente le otorgan, los que ya hemos analizado, de tal forma que se hiciera referencia a alguna propiedad definitoria de la palabra “delito”.

Bien jurídico, antijuricidad y términos teóricos

De las distintas propiedades definitorias de “delito”, la que ha sido vinculada con la lesión a un bien jurídico es la *antijuricidad*. En otro

trabajo⁹ hemos destacado la importancia que tiene la inclusión de esta característica en el concepto de delito, en una reconstrucción de los usos lingüísticos respecto a este término. Allí hemos concluido que no es posible reflejar la definición en uso de "delito", considerándolo exclusivamente como antecedente de la sanción en una norma primaria de tipo kelseniano. Es necesario, para distinguir el delito de las demás condiciones de la sanción, incluir en nuestro esquema conceptual normas prohibitivas, respecto a las cuales el delito constituye una infracción. Tenemos dicho, también, que estas normas secundarias no siempre forman parte del sistema legal positivo, aunque el legislador haya tenido en cuenta alguna al formular las normas primarias; por lo cual, en esos casos, el juez y el jurista las introducen en el sistema, teniendo en cuenta generalmente las valoraciones predominantes en el grupo social.

Si bien, como hemos dicho, la dogmática penal establece una relación estrecha entre la antijuricidad y la lesión a un bien jurídico, no surge con claridad el carácter de esa relación.

Para algunos escritores¹⁰ "bien jurídico" se identifica con "norma" (en el sentido de Binding, o sea lo que aquí llamamos "norma prohibitiva") con lo cual decir que se ha lesionado un bien jurídico es lo mismo que afirmar que se ha infringido una norma que prescribe determinado comportamiento. Pero esta interpretación resulta ser muy forzada, pues implicaría que en todos los contextos en que se utiliza la expresión "bien jurídico" podría ser reemplazada por "norma secundaria", lo que llevaría a afirmaciones disparatadas.¹¹ Otro camino consistiría en mantener algunas de las definiciones de "bien jurídico" que recurrentemente se han estipulado (como equivalente a "interés", "expectativa", "derecho subjetivo", etcétera), y sostener que un acto será antijurídico si, y sólo si, lesiona un bien jurídico. Pero este concepto de antijuricidad y, en definitiva el concepto de delito resultante, no responde a los usos de la dogmática penal. El que un acto sea delito no depende de la verificación de la lesión de un interés, de una expectativa, de un disfrute o de un derecho subjetivo.

Nos parece, entonces, que se deben deshacer ambas posibilidades interpretativas. Sin embargo, creemos que hay otra alternativa que permite explicar la relación entre antijuricidad y bien jurídico.

Vamos a proponer la hipótesis de que "bien jurídico" es un término

⁹ Carlos S. Nino. "La definición de delito" en "Notas de Filosofía del Derecho", núm. v, Buenos Aires, 1969.

¹⁰ *Ibid.*, Grisolia, Francisco, *El objeto jurídico del delito*, Instituto de Ciencias Penales, Santiago de Chile, 1965, p. 12.

¹¹ Si reemplazáramos "bien jurídico" por "norma secundaria" tendríamos que hablar de una norma secundaria "propiedad" de otra "honestidad", etcétera, lo que obviamente sería absurdo.

teórico.¹² Los términos teóricos son aquellos que no hacen referencia directa a ninguna entidad observable. Se refieren a supuestos objetos, fenómenos, o procesos que son inobservables en principio. Ejemplos clásicos de términos teóricos utilizados en la ciencia son “molécula”, “átomo”, “electrón”, “protón”, “campo magnético”, “gene”, etcétera.

Los términos teóricos no pueden ser entendidos en forma aislada de una *teoría* que los define implícitamente. Si se cambia la teoría, se modifica el significado de estos fenómenos. Una “teoría” es un enunciado, o más comúnmente, un conjunto de enunciados que establecen relaciones entre entidades inobservables. La validez de las teorías no puede ser establecida por medio de la verificación experimental, ya que no hace referencia a hechos observables, sino por su capacidad para explicar leyes empíricas existentes y para predecir otras nuevas.¹³

Pero para relacionar las leyes teóricas con las leyes empíricas, es necesario vincular los términos teóricos que figuran en las primeras con los términos observacionales que están incluidos en las últimas. Para eso es necesario recurrir a determinados enunciados que se les ha denominado “definiciones coordinadoras”, “definiciones operacionales”, “reglas semánticas”, “reglas de correspondencia”, “correlaciones epistémicas”, o “reglas de interpretación”.¹⁴ Las reglas de correspondencia no dan una definición *explícita* de los términos teóricos en el sentido que en todo contexto en que se usa el término puede ser reemplazado por su definición (como “triángulo” puede ser reemplazado en cualquier contexto por “figura cerrada de tres lados”).¹⁵ Hay varias explicaciones de este hecho, como ser que el lenguaje utilizado para formular un modelo teórico a veces tiene connotaciones que no posee el lenguaje de los procedimientos experimentales, y que los términos teóricos a menudo son relacionados por las definiciones coordinadoras con más de un concepto experimental.¹⁶ Como dice Carnap,¹⁷ la interpretación de un término teórico, mediante reglas de correspondencia, es necesariamente incom-

¹² *Ibid.*, Carnap, Rudolf, *Fundamentación lógica de la física*, Sudamericana, 1969, p. 312. La elaboración acerca de este concepto está todavía en desarrollo, siendo objeto de controversias. Éstas versan fundamentalmente acerca del criterio para distinguir, con relativa precisión, los términos teóricos de los observacionales (algunos sugieren que con la caracterización que se hace de los términos teóricos todas las palabras del lenguaje natural lo serían). Otro de los puntos de discusión es acerca de su relación con las propiedades disposicionales, de las que habla principalmente Ryle en su *Concept of Mind*, Paidós, Buenos Aires, 1967, o sea si representan clases independientes o si tienen alguna relación, que podría ser de género a especie, entre sí.

¹³ *Ibid.*, Carnap, Rudolf, *op. cit.*, p. 304.

¹⁴ *Ibid.*, Nagel, Ernest, *La estructura de la ciencia*, Paidós, Buenos Aires, 1968, p. 96.

¹⁵ *Ibid.*, Nagel, Ernest, *op. cit.*, p. 100.

¹⁶ *Ibid.*, Nagel, Ernest, *op. cit.*, p. 100.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 316.

pleta, y siempre admite la incorporación de nuevas reglas de correspondencia. Si la definición fuera completa cesaría de ser un término teórico para pasar a ser un término observacional.¹⁸ Por esto es que la palabra "electrón" no puede ser definida como la palabra "mesa", por ejemplo, sino que debe ser correlacionado parcialmente con alguna entidad observable (por ejemplo, con una línea espectral) y debe formularse las leyes teóricas en que él mismo aparece.

A menudo, como afirma Nagel,¹⁹ a los términos teóricos se les hace corresponder entidades observables, por influencia del pensamiento analógico. De este modo a estos términos se les asocian concepciones o imágenes que provienen de sus características generadoras, originadas en ideas sobre cuestiones familiares.

Pensamos que la expresión "bien jurídico", tal como se la usa en la mayoría de los contextos dogmáticos, no puede ser definida explícitamente en función de entidades observables. Su identificación con expectativas, intereses, etcétera, está determinada por un lenguaje metafórico originado en el pensamiento analógico que recién mencionamos.^{19 bis}

No es posible reemplazar, en la mayor parte de los usos dogmáticos, la expresión "bien jurídico", por otro conjunto de palabras que haga referencia a observables, como ser "expectativas protegidas", "intereses garantizados", "normas secundarias", etcétera.

El significado de la expresión "bien jurídico" está determinada por

¹⁸ Canap, Rudolf, *op cit.*, p. 317.

¹⁹ *Op. cit.*, pp. 89 y 109.

^{19 bis} El doctor Carrió, en una comunicación verbal, me ha señalado la relevancia que tiene para este tema el artículo de H. L. A. Hart "Definición y teoría en la ciencia jurídica", "deber jurídico", etcétera para señalar que el error de todas las teorías sobre el significado de los mismos es ir a la zaga de definiciones que pretenden hacer corresponder a los mismos un conjunto definido de entidades, ya sean reales, ficticias o supraempíricas. No hay tal cosa, como no la hay respecto a otros términos de lenguaje cotidiano. Siguiendo las ideas de Bentham, el profesor de Oxford propone estudiar las condiciones de aplicabilidad de las frases en las que estos términos aparecen. Estas frases no describen nada, sino que son conclusiones de derecho hechas a partir de ciertas reglas jurídicas y determinados hechos, extraen una conclusión de derecho de esas reglas o hechos, presupuestos pero no afirmados. Es evidente que hay una remarcable convergencia entre el desarrollo de Hart y el que aquí realizamos. Lo que Hart afirma de las expresiones fundamentales del derecho, es extensible a la expresión "bien jurídico" protegido. Aunque con menos claridad, también aquí es posible advertir la triada de teorías que desde una perspectiva realista (mediante la identificación con una determinada expectativa del titular del bien), ficcionalista (atribuyendo un interés a la colectividad o al individuo, sin verificar si en realidad están interesados) o metafísica (identificando al bien con derechos innatos de los individuos o de la colectividad, independientes de las prescripciones positivas), pretenden atribuir significados a esta expresión. Ninguna de estas posibilidades resultan ser satisfactorias. Por otra parte, es asimismo válido respecto a la expresión "bien jurídico", la prescripción de Hart de analizarla dentro del contexto de la frase que está usada e investigar las condiciones de aplicabilidad de la misma. Esto último es precisamente lo que hicimos a continuación de las consideraciones generales precedentemente expuestas.

el conjunto de enunciados teóricos en que la misma aparece. Creemos que uno de los procedimientos recurrentes de establecer una correlación empírica para la expresión "bien jurídico" es vinculándola con la anti-juridicidad. Grisolíá²⁰ afirma que "no hay ilicitud sin un efectivo y externo quebrantamiento de los bienes jurídicos". Esta sentencia parece requerir la comprobación del real perjuicio a un bien jurídico para determinar la antijuridicidad de una conducta. Pero si analizamos el contexto en que está formulada, observaremos que la lesión a un bien jurídico generalmente no puede ser verificada con independencia del carácter antijurídico de un comportamiento. Para Grisolíá el bien jurídico no es la cosa sobre la que actúa el delincuente, no es un interés, no es un derecho subjetivo. Este autor afirma, con bastante confusión expositiva, que la norma jurídica encierra un valor y que ese valor cuando se concreta en un objeto, constituye un bien jurídico.²¹

No es nuestra intención discutir aquí la presunta objetividad de los valores, alegada por el autor chileno citado.²² Solamente diremos que, entendida de este modo el significado de la expresión "bien jurídico", la afirmación de que se ha lesionado un bien jurídico puede, en la generalidad de los contextos, estar vinculada con la afirmación de que una conducta es antijurídica. Una acción es antijurídica cuando infringe una norma prohibitiva del sistema jurídico, ya sea que ella esté formulada explícitamente por el legislador, o ya sea que la establezca el jurista o el juez en contradicción o en ausencia de la formulación legislativa. Las normas prohibitivas generalmente se formulan en atención a las valoraciones vigentes en el grupo social dominante.²³ Es posible que tenga sentido afirmar que el grupo social se equivoca al formular sus valoraciones, o que el legislador, el juez o el jurista se apartan de las valoraciones vigentes al formular las normas prohibitivas; pero esta conclusión es independiente del hecho de que la dogmática usa, generalmente, la expresión "lesión a un bien jurídico" cuando está frente a una conducta antijurídica, es decir, a una conducta que infringe una norma de prohibición. El supuesto carácter objetivo de los valores no influye, pues, en los juicios dogmáticos acerca de si se lesionó o no un bien jurídico, que dependen de qué normas de prohibición incluye el sistema coincidan éstas o no con las valoraciones postuladas como absolutas.

La fórmula "una conducta lesiona un bien jurídico cuando esa conducta es antijurídica" sería una definición coordinadora en el sentido que expusimos. Esta regla no desarrolla el significado de la expresión "bien

²⁰ *Op. cit.*, pp. 54 y 79.

²¹ *Op. cit.*, p. 52.

²² *Op. cit.*, p. 50.

²³ *Vid.*, Nino, Carlos S., *op. cit.*, p.

jurídico". Pero brinda una condición suficiente para utilizar la expresión "lesión a un bien jurídico".

Las funciones de la teoría del bien jurídico

En las ciencias empíricas el valor de una ley teórica se determina por su capacidad para explicar las leyes empíricas establecidas, y fundamentalmente para predecir nuevas leyes empíricas.²⁴ Si de una teoría sólo pueden derivarse leyes empíricas conocidas, entonces la teoría no es nada más que una formulación más simplificada de esas leyes.²⁵

La pregunta que cabe es si las teorías jurídicas cumplen un papel que tiene cierta analogía con el de las teorías de la física, la biología, etcétera. Por ahora la respuesta sólo puede darse en relación a la teoría del bien jurídico.

La teoría del bien jurídico sirve para explicar algunos casos importante de justificación de una conducta típica (ciertos autores afirman que explica *todos* los casos de justificación).²⁶ Esto parece una perogrullada, desde que hemos establecido como regla de correspondencia que una conducta lesiona un bien jurídico cuando es antijurídica. Pero la trivialidad desaparece si tenemos en cuenta que ésta no es una definición explícita de "bien jurídico", es decir que no agota su significado. Siempre es posible establecer nuevas reglas de correspondencia para un término teórico.

Las elaboraciones en torno al concepto de "bien jurídico" se relacionan con dos causas de justificación sumamente importantes en la teoría general del delito: el estado de necesidad y el consentimiento del sujeto pasivo. Maurach²⁷ afirma:

Por regla general, todo bien jurídico requiere y merece la protección *valorativa* y *determinante* de la norma. Existen, sin embargo, situaciones en las que el bien atacado renuncia libremente a la protección de la norma, o es desplazado por la presión de intereses contrapuestos, dotados de mayor importancia en el supuesto concreto. El bien que retrocede por no ser merecedor de protección en el caso concreto, arrastra tras de sí a la norma.

²⁴ *Ibid.*, Carnap, Rudolf, *op. cit.*, p. 307.

²⁵ *Ibid.*, Carnap, Rudolf, *op. cit.*, p. 308.

²⁶ Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal*. Ariel, Barcelona, t. I, 1962, p. 361. Grisolia, *op. cit.*, p. 81, afirma: "La raíz de los tipos de ilicitud está en ciertas situaciones deducibles del ordenamiento jurídico total en que no existen las razones que determinan la protección, sea por una ausencia de interés o por la concurrencia de un interés preponderante, es decir, que no existe la calidad positiva de la antijuridicidad o lesión a los bienes jurídicos protegidos."

²⁷ Maurach, Reinhart, *op. cit.*, p. 394.

El estado de necesidad como causal de exclusión de pena está previsto en la mayoría de los códigos penales contemporáneos; en el argentino figura en el artículo 34, inciso 3º: "No es punible . . . el que causare un mal para evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño."

¿Es esta una causal de justificación o de exclusión de la culpabilidad? La mayoría de la doctrina se inclina por la primera alternativa, sin perjuicio de admitir un estado de necesidad excusante para casos distintos del previsto en la norma citada. El fundamento de la tesis se desarrolla teniendo en cuenta el concepto de bien jurídico: El derecho, se afirma, tiene como función la protección de los bienes jurídicos. El procedimiento que utiliza es el castigo de los actos que los lesionan o que los ponen en peligro. Pero la función de esos actos se fundamenta en el supuesto de que el agente al lesionar un bien jurídico eligió la peor alternativa de las que se le presentaban como posibilidades de acción, porque las otras eran, por lo menos, indiferentes en relación a los bienes jurídicos. Sin embargo, hay casos en que el agente se le presenta como alternativa forzosa, la lesión de uno u otro bien jurídico. En tal circunstancia si el agente elige la lesión del bien de menor jerarquía para preservar el otro más valioso, no actúa antijurídicamente, ya que obra tal como quiere el derecho. Esto es así, porque el derecho pretende, en principio, la conservación de todos los bienes jurídicos, pero si esto no es posible, prefiere que se preserven los de mayor valor, aun a costa de los inferiores.

El anterior desarrollo, refleja aproximadamente la elaboración dogmática acerca del fundamento de esta exención de pena.

En esta elaboración la teoría del bien jurídico juega un papel importante, explicando esta solución jurídica y clasificándola como causa de justificación, con las consecuencias que tiene esto en el contexto de la teoría general del delito.

Las dificultades comiezan a cernirse cuando se trata de establecer el criterio de evaluación de los bienes jurídicos. Porque esto supone saber qué objetos o fenómenos hay que evaluar, y, como hemos dicho, a la expresión "bien jurídico" no le corresponde en el uso dogmático ningún conjunto definido de entidades observables. Sin embargo, de acuerdo a lo que tenemos dicho sobre el carácter de la expresión "bien jurídico" debe ser posible la vinculación de las elaboraciones dogmáticas acerca de la graduación de los bienes, con proposiciones respecto a observables.

Para la dogmática uno de los criterios más adecuados, aunque no el único,²⁸ de evaluar los bienes jurídicos es atendiendo a las escalas penales que la parte especial del Código Penal imputa para su lesión.

²⁸ Maurach, Reinhart, *op. cit.*, p. 401.

Creemos que una forma de traducir esta proposición en términos de observables sería la siguiente: Las conductas típicas pueden ser evaluadas de acuerdo a la magnitud de las sanciones que se le imputan. De tal forma, es posible construir una escala valorativa de los actos típicos, considerando como criterio de estimación el monto de la pena imputada: a mayor sanción, menor valor relativo del acto respecto a los otros.

También pueden ser evaluadas las conductas opuestas a las descripciones en los tipos penales, formando otra escala valorativa: a mayor sanción de la conducta típica, mayor valor relativo del acto opuesto con respecto a los otros opuestos de conductas típicas.

Estas dos escalas no sólo permiten comparar los actos que cada una de ellas clasifica, sino también comparar un acto clasificado en la primera, con otro clasificado en la última: un acto será más valioso que otros si a su contrario se le imputa mayor sanción que la que se le imputa al contrario de otro. A la inversa, un acto será menos valioso que otro, si se le imputa una sanción menor de la que se le imputa al acto opuesto de otro.

Un comportamiento puede estar constituido a la vez por un acto al que se le imputa una sanción y por un acto opuesto de otro al que también se le imputa sanción.

Hay ocasiones en que el primero de los actos mencionados es condición necesaria del último. Entre esos casos, hay algunos en los cuales el acto opuesto al que se imputa sanción consiste en la destrucción o supresión de un estado de cosas en cuya creación o conservación no intervino el agente. Aun entre estos casos se puede distinguir la situación, en la cual la comisión del acto típico no sólo es condición necesaria para la comisión del opuesto de otro punible, sino que el agente tiene como finalidad cometer el segundo, utilizando como medio la comisión del primero.

En este último caso, si el acto-medio es menos valioso que acto-fin, el comportamiento del agente estará justificado.^{28 bis}

^{28 bis} En los dos párrafos anteriores no se formula una regla para valorar la elección entre un acto típico y el opuesto de otro acto sometido a pena —por cierto, que si se tratara de esta situación, el segundo siempre sería preferible. En cambio, lo que aquí consideramos es la evaluación de un comportamiento integrado por un acto típico y el opuesto de otro acto típico-robar para no matar por omisión (no proveyéndoles sustento a los hijos), por ejemplo— o sea que no se trata de alternativas hipotéticas sino de actos que se realizan sucesivamente. Para valorar el comportamiento total del agente, hay que evaluar cada uno de los actos integrantes. La regla aplicable para realizar tal evaluación varía de acuerdo a las relaciones que se den entre los actos que componen la conducta del agente. Si el segundo acto no es querido por el agente, pero es una consecuencia necesaria del primer acto, sí deseado, la justificación del comportamiento total dependerá del mayor valor del primero en relación al segundo acto. Aquí tratamos de situaciones opuestas, en las que el primer acto es condición necesaria del segundo y el único motivo de su comisión es la finalidad de realizar el último. La regla de evaluación es, pues, la inversa de la anterior. Decimos en el texto que, para la procedencia de la justificación, el acto-

Esta reconstrucción del pensamiento dogmático alrededor del estado de necesidad, en la cual se prescinde de la utilización del concepto de bien jurídico, recoge parcialmente los casos que la dogmática incluye en la referencia de esta justificante. En particular cubre las situaciones llamadas de "colisión de deberes", las que para la mayoría de los escritores constituye una especie del estado de necesidad.²⁹

Pero el esquema no recoge las situaciones, quizá más frecuentes, en que las alternativas que se le presentan al agente no son la comisión de un acto típico u otro acto típico, sino la comisión de un acto típico o de otro acto que no está sujeto a pena. Los ejemplos clásicos de esta circunstancia son el hurto famélico y el de la *tabula unius capax*.

Ni dejarse morir de hambre, ni dejarse morir ahogado, constituyen actos tipificados en figuras delictivas. Para estos casos no es operativa la traducción del principio de la evaluación de los bienes jurídicos por la fórmula que aquí expusimos, a menos que se introduzca alguna regla adicional.

¿Cómo puede compararse por la magnitud de la pena, un acto punible con otro que no está el mismo, ni su opuesto, sujeto a pena? El único procedimiento para hacerlo parecer es equiparando por analogía el último acto con otro que tenga el mismo resultado y que esté sujeto a pena. El resultado del dejarse morir es el mismo que el de matar. También tiene el mismo resultado el acto de mantener a otro privado de su libertad, que el de privarlo de su libertad.

Mientras la mayoría de los actos tipificados como delitos consisten en la creación o la destrucción de un estado de cosas, la mayor parte de los actos que originan la situación de necesidad justificante consisten en la conservación o en la supresión de un estado de cosas.

fin debe consistir en la supresión o conservación de un estado de cosas en cuya creación no intervino el agente. Respecto a esto hay que hacer algunas aclaraciones:

Hemos utilizado la clasificación de Von Wright (*Norma y acción, una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970, p. 57), quien clasifica a los actos, de acuerdo a los cambios que producen, en: de *creación*, cuando se hace aparecer un estado de cosas inexistente; de *conservación* cuando se mantiene un estado de cosas preexistente y de *supresión*, cuando se impide la aparición de un estado de cosas inexistente.

La mayor parte de los casos, aunque no todos, en los que tiene relevancia esta justificante son de supresión, por ejemplo, impedir que los hijos mueran; o de destrucción, por ejemplo, apagar un incendio.

La restricción que señalamos en el texto para la procedencia de la justificante —que el agente no haya intervenido en la creación o conservación del estado de cosas que destruye o suprime—, responde a la exigencia del inciso 3º del artículo 34 del C. P. argentino ("... para evitar un mal mayor inminente *al que ha sido extraño*; de este modo, quien, por ejemplo, causó el incendio o conservó la situación de desnutrición de sus hijos (lo que implica, de acuerdo a la terminología de Von Wright, que actuó para impedir que aquella desapareciera), no pueden alegar justificación para el delito cometido romper una ventana, *resque* con la finalidad de destruir o suprimir tales estados de cosas.

²⁹ Vid. Maurach, Reinhart, *op. cit.*, p. 390.

En ciertas circunstancias esa conservación o supresión pueden ser el contenido de un deber jurídico. En tales casos, que lo son de colisión de deberes, se ve bien clara la analogía entre la omisión de creación y la supresión de un estado de cosas, y entre la omisión de destrucción de un estado de cosas y su conservación. Aun en los casos en que la conservación o la supresión de un estado de cosas no sean el contenido de un deber, puede estipularse que tendrán el mismo valor que la omisión de creación, y la omisión de destrucción del mismo estado de cosas, cuyos opuestos están sujetos a pena. De acuerdo a esta regla impedir un incendio tiene el mismo valor jurídico que no provocarlo, aunque el opuesto del primero no sea un acto punible y sí lo sea el del último.

Por medio de los distintos pasos expuestos es posible comparar por las escalas penales, por ejemplo: el acto de romper una ventana, con el acto de impedir la propagación de un incendio y concluir que el último es más valioso que el primero; por lo cual, si el primero es condición necesaria del segundo y fue realizado con la intención de realizar el segundo, el comportamiento del agente estará justificado.

Seguramente los dogmáticos cuando hablan del estado de necesidad justificante y determinan como criterio estimativo el de las escalas penales no tienen en cuenta toda esta complicada elaboración que, sin embargo, parece estar implicada por el principio que desarrollan. Esto es demostrativo del gran poder simplificador de la teoría del bien jurídico y de su fuerza explicativa.

La regla de correspondencia que presuntamente usan los juristas para vincular la expresión "bien jurídico" con las conductas sujetas a sanción, sería la siguiente:

Un bien jurídico es más valioso que otro, cuando los actos que el legislador clasifica como perjudiciales al primero están conminados con penas mayores que las que se imputan a los actos clasificados como perjudiciales al segundo. En el caso que haya varios actos clasificados como perjudiciales a un bien jurídico, se tomará, para establecer la comparación, el acto conminado con pena mayor.

Para usar esta regla de correspondencia no es necesario conocer la referencia de las distintas especies de bienes jurídicos, ni comprobar que, efectivamente, los actos clasificados por el legislador como perjudiciales a ellos, los lesionan o no. Así, no es necesario saber cuál es la referencia de las expresiones "vida" y "propiedad" y si los actos clasificados como perjudiciales a estos bienes jurídicos realmente los lesionan, para concluir que el primer bien es más valioso que el segundo.

Para la aplicación de la fórmula del estado de necesidad solamente hay que averiguar con qué clase de bienes jurídicos se relacionan los

actos que se encuentran en disyunción exhaustiva, con el fin de determinar si el comportamiento está justificado o no.

En el caso del estado de necesidad, la teoría del bien jurídico sirve para explicar, un principio establecido por el legislador.

Pero también sirve para deducir principios no establecidos por el derecho positivo. Uno de ellos es el del consentimiento del sujeto pasivo.

Esta situación de impunidad no está prevista por la mayoría de los códigos penales contemporáneos, entre ellos el nuestro. Sin embargo, de la teoría del bien jurídico la dogmática deduce este principio justificante:

El fundamento de la eficacia del consentimiento está en que los bienes jurídicos a los cuales la tutela se refiere son bienes jurídicos (objeto de tutela) en cuanto el privado los considera y trata como valiosos, de modo que al otorgar "permiso" para su destrucción ellos se tornan "inidóneos como objetos de protección jurídica", ya que no son materialidad para el derecho, sino en tanto cuanto son objeto de interés por parte del privado. Por eso, el consentimiento, dentro de su esfera de validez, quita al acto consentido su contenido de ilicitud en un sentido objetivo...³⁰

La dogmática clasifica los bienes jurídicos en indisponibles y disponibles. Los primeros son aquellos en cuya conservación está interesado el ordenamiento jurídico, con independencia de la voluntad del titular, por ejemplo: la vida.

Los bienes disponibles son aquellos que están protegidos jurídicamente en tanto y en cuanto el titular no renuncie a la protección consintiendo con la lesión, por ejemplo: la propiedad.

Estará justificada, de acuerdo a este principio, una conducta típica que se realice mediante consentimiento del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico lesionado sea de aquellos de los que el titular pueda disponer.

La regla de correspondencia presupuesta por esta elaboración, podría ser la siguiente: Un bien jurídico es disponible cuando los actos clasificados por el derecho como perjudiciales al mismo tienen como resultado un estado de cosas que si fuera el resultado de un acto del titular del bien jurídico, no sería disvalioso en el sentido jurídico. A la inversa, un bien jurídico es indisponible, si los actos que se clasifican como agravantes del mismo, tienen como resultado un estado de cosas que haría disvalioso a un acto realizado por el titular del bien jurídico que tuviera el mismo resultado. De este modo la libertad ambulatoria (de tránsito), por ejemplo, es un bien disponible, porque el sujeto que se encierra o

³⁰ Soler, Sebastián, *op. cit.*, t. I, p. 373.

se encadena a sí mismo no infringe ninguna norma secundaria, mientras la vida es indispensable porque el individuo que se suicida o se bate a duelo, sí infringe una norma secundaria, no importando que ese comportamiento sea condición de una sanción, como en el último caso, o no lo sea, como en el primero.

Aparte de explicar circunstancias de impunidad y clasificarlas como causas de justificación establecidas por el derecho positivo, y de permitir fundamentar otras circunstancias justificantes no previstas en el sistema legislativo, la teoría del bien jurídico cumple otras funciones importantes en el contexto de la teoría general del delito.

Una de esas funciones es brindar un criterio para la distinción entre actos preparatorios y comienzo de ejecución punible, entre la tentativa y la consumación de un delito, y entre la tentativa idónea y la inidónea. Para la teoría denominada "objetiva",³¹ el peligro a un "bien jurídico" establece la demarcación entre los actos preparatorios y la tentativa, y entre la tentativa idónea y la inidónea. Por otra parte, la distinción entre lesión y peligro a un "bien jurídico" fundamenta el límite entre consumación y tentativa.

También la teoría del bien jurídico sirve para establecer la distinción entre el concurso ideal o real, y el delito continuado, ya que la heterogeneidad u homogeneidad de los hechos se define en base a si se le ha lesionado distintos bienes jurídicos o el mismo bien.³²

Otra función de la teoría del bien jurídico consiste en fundamentar determinadas clases de concursos de leyes no previstas, especialmente el problema de los actos "copenados" posteriores al delito. La dogmática afirma que un acto posterior al delito es impune cuando afecta al mismo "bien jurídico" que el acto principal y no lesiona a otros titulares del bien jurídico. No es impune el acto posterior cuando afecta otro "bien jurídico" o cuando afecta al mismo "bien jurídico" pero con otro titular.³³

Una de las funciones más importantes que cumple la teoría del bien jurídico es la de servir como fundamento para la interpretación de las distintas figuras de la parte especial del Código Penal.

Un ejemplo: con respecto al delito de violación, Jiménez de Asúa³⁴ restringe el ámbito personal de los sujetos pasivos posibles de este delito a las personas honestas con el argumento de que esta figura está clasificada entre los delitos contra la honestidad, lo cual sería demostrativo que sólo los individuos honestos están protegidos. De acuerdo a esto

³¹ Vid. Maurach, Reinhart, *op. cit.*, t. II, p. 177.

³² Vid. Maurach Reinhart, *op. cit.*, t. II, p. 434.

³³ Vid. Maurach Reinhart, *op. cit.*, t. II, p. 467.

³⁴ Jiménez de Asúa, Luis. *El criminalista*. "La Ley", Buenos Aires, t. VI, 1947, p. 138 y x, p. 229.

concluye que la violación de una prostituta no es punible. Soler, por el contrario, afirma que, a pesar de la clasificación legislativa, el delito de violación afecta la libertad personal en el terreno sexual, de lo que se infiere que la punibilidad de este hecho es independiente de la honestidad del sujeto pasivo.³⁵ Este ejemplo nos pone ante la cuestión acerca de si es obligatoria o no, para la dogmática, las clasificaciones hechas por el legislador, la cual excede los límites de este trabajo.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LAS TEORÍAS DOGMÁTICAS

El análisis que hicimos sobre la teoría del bien jurídico nos permite formular ciertas hipótesis acerca de la estructura de algunas teorías dogmáticas. Sería imprudente extender las conclusiones a *todas* las construcciones que los juristas denominan "teorías" debido a la diversidad de características que presentan las mismas.

Cárácter normativo de las teorías dogmáticas. Si analizamos las teorías que ocupan un lugar central en la labor dogmática, advertiremos que, a pesar de su presentación aparente como descripciones de algún aspecto de la realidad, las mismas tienen una serie de consecuencias normativas.

No es sencillo establecer las causas por las cuales estas construcciones normativas se presentan bajo un ropaje descriptivo.

Una de las funciones manifiestas más importantes de las elaboraciones teóricas de la dogmática consiste en establecer la "naturaleza" de diversos institutos jurídicos.³⁶ La teoría del bien jurídico, por ejemplo, intenta determinar en primer lugar, cuál es la "naturaleza" del "bien jurídico". Lo mismo ocurre con otras teorías como la de la acción, la de la persona jurídica, la de la posesión, etcétera. No es nuevo decir que la búsqueda de "naturaleza jurídica" es una pretensión vana, pues se basa en la falta de comprensión del hecho de que cuando se pregunta, por ejemplo, ¿qué es el delito?, ¿qué es la posesión?, ¿qué es el bien jurídico?, etcétera, sólo hay dos tipos de respuestas válidas: dar el significado de las palabras "delito", "posesión", "bien jurídico", etcétera, o, presupuesto el significado de estas palabras, dar una descripción fáctica de los fenómenos denotados por estas expresiones; la pregunta por la "naturaleza jurídica" de un instituto lleva implícita la intención de obtener una respuesta diferente a las dos alternativas mencionadas.

³⁵ Soler, Sebastián, *op. cit.*, t. III, p. 343, también Núñez, Ricardo C., *Vid., op. cit.*, t. IV, p. 251.

³⁶ Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 74.

Como dice Carrió³⁷ se pretende buscar una especie de "llave" que permita inferir una serie de principios relevantes.

Esta tarea se presenta como una descripción de hechos, pero de hechos muy especiales. En primer lugar no son cognoscibles por la experiencia. En segundo lugar son hechos que permiten explicar todos los otros relevantes acerca de un instituto jurídico. En tercer lugar son hechos de los cuales es posible deducir consecuencias normativas, sin presuponer ninguna premisa normativa.

Esta concepción está marcadamente impresionada por el pensamiento iusnaturalista metafísico. En especial por la idea que de una proposición fáctica, es posible inferir pautas normativas.

El esquema básico de una teoría dogmática está constituido, pues, por una descripción acerca de una presunta realidad. Las preguntas que debe resolver una teoría jurídica son de este tipo: ¿cuál es la "naturaleza" del contrato?, ¿cuál es la esencia de la posesión?, ¿qué es "realmente" un bien jurídico? Una vez que se cree haber respondido adecuadamente, no hay más que inferir el conjunto de principios normativos que están implicados en tal "esencia" o "naturaleza".

El carácter normativo de la teoría se encubre detrás de una apariencia descriptiva.

Este encubrimiento no responde generalmente a un propósito consciente de los juristas, sino a la adhesión sincera a la concepción que comentamos. Sin embargo, esta forma de presentación sirve muy bien para la conservación, no en los hechos sino en las creencias, de la ideología básica de la dogmática que hemos referido en el capítulo II: la aceptación no crítica del orden jurídico tal como fue sancionado por el legislador. Carrió³⁸ explica, con particular acierto, cómo es útil a esta ideología la búsqueda de "naturalezas jurídicas": el hallazgo de un principio al que responden un conjunto de normas no establecidas por el legislador permite presentarlas como implicadas de algún modo misterioso por las normas positivas. De este modo se oculta el carácter creativo de la labor dogmática y se hace aparecer a ésta como una actividad consistente en descubrir lo que ya estaba implícito en el derecho legislado. Como consecuencia de lo expuesto, se pueden distinguir dos funciones de las teorías dogmáticas.

a) *Función explicativa de las teorías dogmáticas*

La primera función de las teorías dogmáticas es servir como explicación de las normas positivas. Una teoría no es válida si contradice

³⁷ *Op. cit.*, p. 76.

³⁸ *Vid.*, Maurach, Reinhart, *op. cit.*, t. II, p. 18.

abiertamente el derecho legislado. Pero la falta de contradicción con el derecho positivo no es suficiente; el valor de la teoría dogmática estará determinado por la posibilidad de ser inferidas de ellas reglas o principios pertenecientes al sistema del legislador. Las teorías que ocupan el núcleo de la labor dogmática son aquellas que tienen capacidad para explicar amplios conjuntos de normas positivas.

En relación a la teoría del bien jurídico, hemos visto que permite explicar, entre otras cosas, algunas de las causas de impunidad establecidas por el legislador, como el estado de necesidad y el cumplimiento de un deber.

Si tomamos como ejemplo la teoría normativa de la culpabilidad, advertiremos que permite explicar la punibilidad de los hechos realizados mediando culpa inconsciente y hacer compatible esta solución con el principio que establece que no hay pena sin culpa.³⁹ Ésta es quizá la razón principal por la cual es preferida esta teoría a la psicología, pues la última se encuentra en graves dificultades al pretender la existencia de culpabilidad en los casos en que no hay ningún hecho psicológico vinculado al resultado típico, sino simplemente un deber de previsión.

Para dar un caso de otra rama jurídica, la teoría del enriquecimiento sin causa, verbigracia, permite explicar una serie de normas del Código Civil. Da fundamento, por ejemplo, a las disposiciones de los artículos 2301 y 2302 que regulan la gestión de negocios, explica la validez del pago hecho a un incapaz cuando éste lo hubiera aprovechado (art. 734 y concordantes), fundamenta la regulación del empleo útil (art. 2306), etcétera.

Los ejemplos de esta función de las teorías dogmáticas podrían multiplicarse largamente.

b) *Función legislativa de las teorías dogmáticas*⁴⁰

Si las teorías dogmáticas sólo sirvieran para explicar normas positivas consistirían meramente en una versión simplificada de éstas. Pero el contenido de estas elaboraciones no queda agotado con la deducción de reglas del sistema positivo. Además, las teorías de la dogmática permiten la inferencia de reglas y principios no incluidas en el sistema del legislador. La fecundidad de una teoría dogmática está en relación directa con la mayor o menor posibilidad de deducir de ella reglas que no forman parte del orden positivo.

³⁹ Vid., Rezzonico, Luis María, *Estudio de las obligaciones*, t. II. Depalma, Buenos Aires, 1961, pp. 1287 y ss.

⁴⁰ Preferimos usar aquí la palabra "legislativa" para calificar a esta función, en lugar de usar el término "predictiva" que Carnap emplea en relación a las teorías de la ciencia

Hemos visto que de la teoría del bien jurídico es posible deducir causas de justificación no previstas en el Código Penal, como el consentimiento del sujeto pasivo, la inferencia de criterios que completan reglas positivas, como el establecimiento de los límites entre los actos preparatorios impunes y la tentativa punible y entre la tentativa idónea y la inidónea, la impunidad de ciertos actos posteriores al delito no son punibles, el establecimiento de pautas para interpretar el alcance de las figuras delictivas de la parte especial del Código Penal, etcétera.

Para dar otros ejemplos:

La teoría del concurso de leyes ofrece criterios de segundo nivel para resolver casos de conflicto entre normas del derecho legislado.

La teoría de la acción permite extender las descripciones de los tipos penales para los casos en que el resultado se produce por una omisión.

En derecho civil, la teoría del abuso del derecho tiene una fecundidad extraordinaria, ya que ha permitido a la doctrina y a la jurisprudencia inferir una serie de soluciones jurídicas no incluidas en el sistema legislado: la represión de molestias extraordinarias producidas por un propietario a los vecinos, el rechazo de la prosecución de los trámites de ejecución a pesar del depósito de la deuda por el demandado, la nulidad de cláusulas penales y pactos comisorios establecidos en contratos, etcétera.

En el derecho internacional privado, la teoría del reenvío, por ejemplo, permite solucionar casos de conflictos entre dos órdenes jurídicos distintos.

De esta forma, las teorías jurídicas permiten reconstruir el sistema legislado, ya sea mediante el establecimiento de reglas que completan las lagunas del mismo, sea estipulando criterios para resolver conflictos entre normas de ese sistema o aún extendiendo o restringiendo los alcances de las mismas.

3. CONCLUSIONES

Hemos intentado dar algunas pautas muy generales acerca de la estructura de las teorías dogmáticas. Constituiría una simplificación imperdonable pretender que lo que hemos dicho sea aplicable a todas las elaboraciones que los juristas denominan "teorías". Las construcciones denominadas de esta forma presentan una variedad muy grande y es

empírica. Respecto a estas últimas, podría justificarse el uso de tal término, pues la posibilidad de derivar nuevas leyes permite la predicción de futuros acontecimientos. Pero, como me lo ha hecho notar el profesor Genaro Carrió, hablar de "función predictiva" de las teorías dogmáticas es totalmente inadecuado. La palabra "legislativa" no es quizá la más feliz, pero es la única que se nos ocurre para calificar la función de las teorías dogmáticas que aquí se explica.

imposible encontrar un conjunto de propiedades que sea común a todas ellas. Los juristas utilizan el término "teoría" con mucha generosidad, a veces para referirse simplemente a cada una de varias opiniones encontradas acerca de la interpretación de una norma jurídica.

El ejemplo que hemos desarrollado acerca de la teoría del bien jurídico, es demostrativo porque permite advertir la utilización que hace la dogmática de términos teóricos, es decir, de términos a los cuales no les corresponden un conjunto definido de hechos observables; aunque los juristas, en general, no advierten el carácter de estos términos y pretenden otorgarles una referencia semántica precisa, forzando el significado que tienen los mismos en el uso. Más aún, los dogmáticos no perciben que la tarea que realizan es la de estipular un significado para un término, entendiéndola como una búsqueda de la verdadera "naturaleza" o "esencia" de un cierto instituto jurídico, cuyo hallazgo tendrá como resultado habilitar la deducción de principios jurídicos relevantes.

La característica principal de las teorías jurídicas, que hemos referido, consiste en su capacidad para presentar las reglas creadas por la dogmática como derivadas del derecho positivo. De las teorías jurídicas, tenemos dicho, es posible deducir normas que forman parte del sistema legislado, pero también posibilitan la inferencia de normas no pertenecientes a ese sistema. Esa doble vinculación con las normas legisladas y las reglas originadas en la misma dogmática permite presentar a estas últimas como derivadas de los mismos presupuestos que aceptó el legislador al formular su sistema. A esos presupuestos se los hace figurar como formando parte del sistema del legislador, por lo cual también se presentan como integrando ese sistema las normas generales que es posible inferir en ellos.

Es obvio que la presentación de normas originales, como si estuvieran incluidas de algún modo misterioso en el derecho legislado, no constituye una descripción admisible del sistema del legislador. Pero es el caso que tampoco se pretende hacerlo, a pesar de las manifestaciones sinceras de los juristas en sentido contrario, sino construir un sistema distinto, que tiene como base el legislativo, pero adecuado a pautas valorativas y a ideales racionales. Con las prevenciones que nos merece la generalización que acabamos de realizar, a causa del amplio espectro de elaboraciones dogmáticas que se cubre con el término "teoría", podemos contestar ahora afirmativamente a la pregunta acerca de si es posible encontrar una cierta analogía entre las teorías de las ciencias empíricas y las teorías de la dogmática.

Ya hemos dicho, citando a Carnap, que las teorías científicas, por un lado, permiten explicar leyes empíricas establecidas y que, por el otro, habilitan la inferencia de nuevas leyes empíricas no confirmadas todavía.⁴¹

⁴¹ *Op. cit.*, p. 306.

Según Carnap, la confirmación de las leyes empíricas por medio de los hechos constituye una confirmación indirecta de las leyes teóricas, de la cual derivan las primeras. Pero el valor de una ley teórica, que permite la derivación de leyes empíricas conocidas, es sólo secundario; una teoría que sólo permitiera esta posibilidad sería una mera simplificación elegante de las leyes empíricas conocidas: el valor supremo de una ley teórica está dado por la posibilidad de derivar nuevas leyes empíricas. La teoría de Einstein acerca de la relatividad tiene el carácter revolucionario que se le reconoce, por su fecundidad, todavía no agotada, en permitir la inferencia de leyes desconocidas.

Por cierto que las teorías de la ciencia empírica son descriptivas y las teorías dogmáticas lo son fundamentalmente normativas, aunque, como vimos, se las suele presentar como si fueran descripciones de hechos muy especiales. También es obvio que los enunciados que las teorías científicas permiten inferir son del mismo carácter descriptivo, o sea leyes verificadas o hipótesis no establecidas; mientras que los enunciados que es posible deducir de las teorías dogmáticas, son normas, ya sean pertenecientes al sistema del legislador o normas originales del jurista.

Pero la diferencia señalada recién, que sin duda es relevante, no debe oscurecer la analogía metodológica entre la formulación de las teorías científicas y la de las elaboraciones teóricas de la dogmática.

En los dos ámbitos de la actividad intelectual, se pretende encontrar principios de gran generalidad que permitan explicar enunciados cuya verdad o validez se admite, y que generen nuevas hipótesis empíricas o normativas que deben ser contrastadas.

La sugerencia de una analogía metodológica, entre las teorías científicas y algunas teorías de la dogmática jurídica, así como la presentación de una diferencia en cuanto al carácter descriptivo de las primeras y fundamentalmente normativo de la última clase, permite respuestas más fecundas en relación a las preocupaciones de los juristas acerca de las relaciones de su actividad con la que desarrollan los científicos reconocidos, que las que puede proporcionar la inútil búsqueda de la "cientificidad" de la dogmática jurídica de la que hablamos en el primer capítulo.

En el capítulo VI se dice algo más respecto a la comparación que aquí se insinúa. Pero antes de ello, debemos mostrar cómo se compagina la actividad del jurista de reformular el derecho positivo, estudiado en el ensayo anterior en relación a la interpretación de normas particulares y profundizada en la presente nota respecto a teorías que se refieren a amplios conjuntos de normas, con la adhesión formal, estudiada en el capítulo II, al sistema legislado. Creemos que ambas actitudes pueden

ser explicadas en el marco de un modelo acerca de las presuntas cualidades racionales del legislador. Al desarrollo de este tema está destinado el próximo capítulo.