

CONSECUENCIAS POLÍTICO CRIMINALES Y DOGMÁTICAS DEL PRINCIPIO DE EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS

*Hernán Hormazábal Malarée**

RESUMEN

El funcionalismo sistémico ha puesto en entredicho el concepto material del delito fundamentado en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. El presente artículo, desde una visión crítica de este modelo, reafirma un Derecho penal orientado en la persona donde la teoría del bien jurídico no sólo limita el poder del Estado sino que legitima su necesaria y constante reforma. Así, y ante el futuro Código Penal chileno, debemos reflexionar sobre las consecuencias político criminales y dogmáticas que se derivan del citado principio.

DERECHO PENAL - BIEN JURÍDICO - POLÍTICA CRIMINAL

1. ¿PROTECCIÓN DE LA VIGENCIA DE LA NORMA O PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS?

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y su inclusión dentro de los Códigos Penales actuales¹ desmarca claramente a estos textos de las posiciones que a partir del funcionalismo sistémico defiende G. Jakobs.² Según este autor, el derecho penal no protege bienes jurídicos, sino que antes que nada garantiza la vigencia de la norma y las

normas garantizan a su vez la expectativa de que las personas actuarán conforme a su rol. De esta forma, sostiene Jakobs, el que lleva a cabo un comportamiento prohibido abandona su rol. El juez que prevarica no lesiona un bien jurídico, sino que al abandonar su rol de juez traiciona la expectativa que se tiene de él de que va a dictar resoluciones justas. La infracción de un rol, la decepción frente a la expectativa social de que la persona va a actuar conforme a su rol, señala Jakobs, es lo primario y no la lesión de un bien jurídico. Critica a la teoría del bien jurídico porque, según lo entiende él, caracteriza a las personas por la posesión de un bien y porque la sociedad no puede ser representada por la suma de bienes jurídicos.

Desde luego, lo que es evidente es el estricto normativismo del planteamiento de Jakobs y, por tanto, su posición acrítica frente al Estado, frente a la sociedad, cual-

* Doctor en Derecho, Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Gerona, España.

¹ Recientemente el art. 4° del Código Penal para el Distrito Federal de México.

² Jakobs, G. (2001) *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, República Argentina, 2001.

quier sociedad, en definitiva.³ El jurista, según Jakobs, ante un sistema social dado no entra a cuestionarse su legitimación ni si el modelo es justo o injusto, problemas que serían ajenos al derecho penal. Lo principal es la construcción de un modelo coherente, sin contradicciones, donde cada una de las piezas encajen perfectamente. Y en este sentido no puede negarse que a partir de su concepción de la infracción de la norma como el abandono de una expectativa que deriva de nuestros roles sociales logra construir dicho modelo, pero al mismo tiempo inaceptable por su visión del hombre como sometido al sistema social, por tanto como objeto dentro de él, y no como actor de los procesos sociales. Todo lo que el modelo puede tener de coherencia sistemática lo pierde en consistencia política. Su modelo, en definitiva, es un modelo cerrado al que al derecho no le cabe otra función que garantizar su incolumidad.

Su concepción de bien jurídico, así como su visión de la sociedad como una suma de todos los bienes jurídicos que serían preexistentes al sistema y en la cual los hombres serían poseedores de bienes jurídicos, aparece construida a su medida, a propósito para cuestionarla y proclamar sobre las ruinas la bondad de su modelo. Desde luego, la teoría del bien jurídico no es una teoría de la sociedad ni nunca ha pretendido serlo. En consecuencia, resulta falso sostener que esta teoría representa a la sociedad como la suma de todos los bienes jurídicos. Tampoco una teoría del bien jurídico puede dar una imagen del hombre como poseedor de bienes jurídicos. Esta perspectiva significaría una subjetivización y patrimonialización de los bienes jurídicos y,

por tanto, la obligación de tener que destacar la disponibilidad de ellos por parte de los sujetos y una desmesurada capacidad para la exclusión del injusto al consentimiento. Tampoco resulta admisible, como lo hace Jakobs, pretender que los bienes jurídicos son preexistentes al sistema penal. Ello sería tanto como señalar el carácter ontológico, por tanto de verdad revelada, a las normas penales.

La teoría del bien jurídico desde luego cumple una función de límite del derecho penal, en la medida que permite constatar que su protección no es fuente de desigualdad ni de discriminación. Ello sólo se puede hacer posible a partir de la identificación de la relación social concreta protegida de que se trate. En este sentido la teoría del bien jurídico se presenta como una teoría abierta, pues no sólo puede legitimar la presencia de una determinada norma sino también al mismo tiempo cuestionarla. Ha sido precisamente este carácter abierto del concepto el que ha permitido que determinadas normas, que en algún momento aparecieron como legítimas, hoy aparezcan anacrónicas e incompatibles con el Estado social y democrático de derecho. Piénsese, sin ir más lejos, en el delito de adulterio. La visión de bien jurídico que tiene Jakobs es puramente formal, tan formal como es su sistema normativo. En cambio, una teoría del delito construida a partir de un concepto material de bien jurídico permite fundamentar una reacción social sobre la materialidad del daño social y no sobre la mera desobediencia de la norma como en último término viene a plantear Jakobs.

La más que probable y por supuesto deseable inclusión de este principio en el futuro Código Penal chileno nos obliga a una reflexión sobre sus consecuencias político criminales y dogmáticas.

³ Jakobs, G. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, 1995.

A continuación, en párrafos separados nos referiremos a estos dos tipos de consecuencias.

2. CONSECUENCIAS POLÍTICO CRIMINALES

Desde una perspectiva político criminal, el principio del bien jurídico implica que las normas penales no pueden proteger otra cosa que no sean bienes jurídicos. Luego, necesariamente, el legislador si quiere ser coherente con su propia declaración, que sistemáticamente deberá estar contenida en un Título Preliminar, tendrá que omitir la penalización de comportamientos cuyo objeto de protección no sea un bien jurídico. De ahí que sea de la máxima importancia tener presente un concepto que junto con definirnos lo que es un bien jurídico, nos permita señalar si un determinado objeto protegido por la norma es o no un bien jurídico, es decir, que nos permita señalar fundada y racionalmente aquellos casos en que la norma no está protegiendo un bien jurídico.⁴

En la década de los 70, Jäger señaló que la moral sexual no podía ser considerada un bien jurídico y, por tanto, que no podía ser objeto de protección penal. Fundamentó su propuesta, que hoy está ampliamente aceptada, en el hecho de que la moral, en definitiva una determinada visión del mundo, es una cuestión puramente personal y que puede o no ser compartida, que hay otras perspectivas respecto de la sexualidad tan merecedoras de protección como las otras. Por tanto, sostuvo, proteger con el recurso del derecho

penal la moral sexual significa arbitrariedad y otorgar privilegios incompatibles con el principio de igualdad.⁵

De esta manera, el concepto de bien jurídico adquirió un carácter negativo en el sentido de establecer un límite al *jus puniendo estatal*, el legislador no podrá penalizar sino conductas que protejan bienes jurídicos, es decir, según la doctrina dominante, “las condiciones de una vida social pacífica en común”⁶

Está claro, y en esto hay consenso, que la moral sexual no puede ser objeto de protección del derecho penal,⁷ pero evidentemente rescatar el concepto de bien jurídico sólo para este propósito constituye una meta bastante pobre. Por su parte, las definiciones de bien jurídico como “condiciones de la vida social en común”,⁸ “interés jurídicamente protegido”⁹ o “estado social que el derecho quie-

⁵ Jäger, H. “Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologischer Untersuchung”, 1957, p. 29 y sgtes.

⁶ Jakobs, G., *op. cit.* Nota 1, pág. 9.

⁷ Debe destacarse que el Título VI del Libro Segundo del CPDF lleva como epígrafe “Delitos contra la moral pública”, lo que podría dar a entender que lo que se protege allí sería la “moral pública” que de acuerdo con lo expresado en el texto no podría ser un bien jurídico. Sin embargo, si se examinan con atención todos y cada uno de los tipos que allí se contienen se puede constatar que los términos “moral pública” no hacen referencia a un bien jurídico común para todo los tipos, sino que cumplen una función puramente sistemática, pues los bienes jurídicos protegidos son diversos, como la libertad sexual, el normal desarrollo psíquico del menor, etc.

⁸ Amelung. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972, págs. 361 y sgtes.

⁹ v. Liszt, F. “Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft”, en *ZStW. T. VIII*, 1888, págs. 134 y sgtes.

⁴ El contenido del concepto no tiene por qué estar en el Código. Técnicamente los Códigos no son tratados ni manuales doctrinales.

re resguardar de lesiones” poco nos ayudan a distinguir lo que es un bien jurídico de lo que no lo es.

Si partimos del hecho indiscutible de que “vida”, “libertad” y “salud”, por ejemplo, son sin lugar a dudas bienes jurídicos y, por tanto, merecedores de protección penal, un concepto material de bien jurídico tiene que poder explicarnos qué es lo que se protege más allá del valor biológico que tienen la vida y la salud y el valor político que tiene la libertad.

Binding decía que el legislador junto con crear la norma creaba el bien jurídico.¹⁰ Con ello evidentemente no ponía ningún límite a la actividad del legislador, pero sí ponía el concepto de bien jurídico en relación con la norma. Las normas van dirigidas a personas y les previenen que si llevan a cabo determinados comportamientos u omiten otros, el Estado reaccionará con la imposición de una pena. Dicho de otra forma y si se quiere visto desde otra perspectiva, el Estado le está diciendo a las personas que en sus conflictos con otros hay ciertos y determinados comportamientos que no pueden llevar a cabo o que no deben omitir por el riesgo que significan para determinados bienes que estima valiosos, como la vida, la salud o la libertad para seguir con los ejemplos propuestos anteriormente. Si se observa detenidamente, estos objetos de protección lo están siendo en relación con comportamientos de otros, esto es, de otras personas. Entonces estos valores, aparte de los valores biológicos y políticos que hemos señalado, tienen valor como *relaciones sociales* concretas, es decir, como relaciones entre personas. La

vida no es sólo un valor biológico, sino también una relación social y en cuanto tal está protegida por el derecho penal. Lo mismo sucede con la salud y la libertad. El derecho penal sólo puede protegerlos en cuanto relaciones sociales concretas que surgen de la propia sociedad que es la que determina qué relaciones sociales concretas son merecedoras de protección en un Estado social y democrático de derecho.¹¹

De esta manera, el concepto de bien jurídico alcanza su dimensión material. Frente a un determinado objeto de protección hay que entrever cuál es la relación entre personas que se está protegiendo y cuál es la posición de esas personas dentro de esa relación y de la relación social global. En este sentido el futuro CP no podrá por coherencia contemplar el delito de adulterio. En la misma línea, la regulación de la tentativa deberá condicionar el castigo a la puesta en peligro del bien jurídico dejando sin pena la tentativa supersticiosa y la absolutamente imposible.¹²

El principio del bien jurídico deslegitima los delitos de peligro abstracto, esto es, aquellos delitos en los que simplemente se castiga una situación provocada por el autor que se presume peligrosa. Con la presunción de peligrosidad se excluye que el peligro sea un elemento típico y, por tanto, que la acusación tenga que acreditar la peligrosidad *ex ante* de la acción para el bien jurídico protegido.

De ahí que resulte criticable el tipo penal contenido en el art. 251 CPDF mexicano que castiga “a quien porte, fabrique, importe o acopie sin un fin lícito instru-

¹⁰ Welzel, H. “Studien zum System des Strafrechts”, en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin, 1976, pág. 184.

¹¹ Binding, K. *Die Normen und ihre Übertretung*, 1916.

¹² En cambio, la tentativa relativamente imposible debería ser a nuestro juicio punible.

mentos que puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas, atendiendo a las referencias de tiempo, modo y lugar...". Como puede observarse, en este tipo penal se está describiendo una situación social de peligro creada por el que lleva a cabo alguna de las acciones típicas. Basta con que el sujeto "porte, fabrique, importe o acopie" los instrumentos para que se presuma un peligro en abstracto, no para un bien jurídico determinado, pues el tipo penal no lo exige. A nuestro juicio, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos obligaría al juez a considerar dentro de las exigencias típicas un peligro concreto para la vida o salud de las personas y, por tanto, a la acusación a acreditar esta exigencia.

En el mismo caso podría encontrarse el art. 332 CPDF mexicano que castiga al que "I. Altere o destruya las señales indicadoras de peligro, de forma que no puedan advertirlas los conductores; o II. Derrame sustancias deslizantes o inflamables." Estos delitos se encuentran en el Capítulo II "Delitos contra la seguridad del tránsito de vehículos" del Título vigésimo tercero del Libro II.

Sin embargo, la presencia de este precepto nos coloca en la situación y en la necesidad de entrar en la discusión doctrinal sobre los llamados bienes jurídicos colectivos.

2.1. *Bienes jurídicos micro y macrosociales*

Erróneamente, a nuestro juicio, la doctrina ha clasificado los bienes jurídicos en individuales y colectivos, según la titularidad de los mismos y según si el interesado en su conservación es una persona individual o el colectivo social. Este punto de partida da una idea falsa del bien

jurídico pues pareciera que respecto de los individuales existiera una suerte de disponibilidad que no se daría en los colectivos¹³. Esta clasificación parte de criterios patrimonialistas que no son asumibles en derecho penal. La incolumidad de un bien jurídico individual, la vida por ejemplo, no sólo es de interés de la víctima, sino de la colectividad toda y, más precisamente, del propio sistema social. Un modelo de sociedad como el actual se define por garantizar la vida, la salud, la libertad, el patrimonio, etc., bienes jurídicos que tendrían, de acuerdo con la definición tradicional, el carácter de individuales. Esta perspectiva nos indica la complejidad de lo que realmente son los bienes jurídicos. Si decíamos que eran relaciones sociales concretas, las relaciones a que se refieren estos bienes jurídicos son relaciones concretas de carácter microsociales que cuya incolumidad es necesaria para la propia existencia del sistema social. Sin vida, libertad, salud y patrimonio garantizado, no podría existir una sociedad de mercado. En cambio, los llamados bienes jurídicos colectivos están referidos a relaciones de carácter macrosociales que están en una relación teleológica con los bienes jurídicos microsociales. De este modo, por ejemplo, cuando el sistema penal protege el medio ambiente o la seguridad del tráfico rodado tipificando conductas que puedan significar un peligro para estos bienes jurídicos, está estableciendo una barrera de protección para los riesgos que significan para la salud y la vida la contaminación o la conducción temeraria de un vehículo de motor.

¹³ Por ejemplo, parte de la doctrina suele fundamentar la eficacia del consentimiento de la víctima sólo respecto de bienes jurídicos individuales.

De este modo, estos delitos son verdaderos delitos de lesión en los que para su consumación se exige la producción de un resultado de lesión del bien jurídico que debe ser la plasmación del riesgo creado por el autor con la realización típica.

A nuestro juicio, no son asumibles las tesis de Kindhäuser¹⁴ ni la de Zieschang.¹⁵ El primero de estos autores señala que en los delitos de peligro abstracto, se protege un bien jurídico de nivel superior, un bien jurídico de primer orden que es la seguridad colectiva. Este planteamiento lleva a un nivel de abstracción el concepto de bien jurídico que prácticamente lo hace desaparecer. Zieschang, por su parte, desarrolla el concepto de “conducta concretamente peligrosa”, siendo ésta la que crea una situación concretamente peligrosa que es un estadio previo de un peligro concreto que produce un resultado que es dañoso. En definitiva, ambos planteamientos se alejan del principio de protección de bienes jurídicos y en lugar de criticar los delitos de peligro abstracto vienen a legitimar su presencia en los CP, pero alejándose del principio del bien jurídico.

3. CONSECUENCIAS DOGMÁTICAS

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos produce también consecuencias dentro de la teoría del delito. Si partimos de la base de que la teoría del delito no es otra cosa que una propuesta metodológica que permite de forma racional, coherente y consistente el examen de

un presupuesto de hecho a fin de establecer si su autor o autores son responsables criminalmente, necesariamente hay que convenir que la introducción del principio del bien jurídico debe conducir a un replanteamiento del contenido de cada uno de los momentos del injusto, es decir, de la tipicidad y de la antijuridicidad.¹⁶

Los tipos penales no hacen otra cosa que señalar formas concretas de infracción de la norma de instrucción. En su esencia valorativa son exactamente desvalores, esto es, situaciones que rechaza la sociedad de que se trate. Pero este juicio de desvalor se formula no a partir de un referente ético o moral que en definitiva podría llevar a la arbitrariedad pues el juez lo haría conforme a sus propias convicciones éticas o morales, sino a partir del bien jurídico protegido por la norma.

En efecto, es el bien jurídico el que le da contenido material al injusto. A diferentes niveles, le da al mismo tiempo contenido material a la tipicidad y a la antijuridicidad. El tipo penal constituye la primera valoración del hecho. En el

¹⁶ A esta conclusión sólo se puede llegar si se conviene que el sistema normativo está compuesto por una parte por normas o reglas de instrucción dentro de las cuales hay que distinguir entre prohibiciones y mandatos y, por la otra, por normas o reglas de reconocimiento. A otra propuesta tienen que llegar los que afirman que el ordenamiento sólo está constituido por imperativos y que las reglas permisivas no tienen existencia independiente y sólo condicionan la existencia de los imperativos. Nosotros, por nuestra parte, en lugar de imperativos preferimos hablar de normas de instrucción, ya que informan sobre cuáles son los medios con los cuales una persona no debe resolver sus conflictos sociales, y normas de reconocimiento, ya que lo que hacen es señalar situaciones en las cuales una persona puede resolver un conflicto lesionando un bien jurídico ajeno sin consecuencias penales.

¹⁴ Kindhäuser. *Gefährdung als Straftat*, 1989, pág. 200 y sgtes.

¹⁵ Zieschang. *Die Gefährdungsdelikte*, 1998, pág. 52.

momento de la tipicidad, se trata de establecer a través de un juicio de atribución si la situación social concreta creada por el autor con su hecho es atribuible a la que en forma abstracta y genérica se encuentra contenida en el tipo penal. El autor de la acción típica ha de actuar en la situación social concreta expresada en el tipo penal y su actuación, para que sea típica llevada a cabo con los demás condicionamientos típicos, ha de significar una situación de riesgo para el bien jurídico. En otras palabras, la acción llevada a cabo ha de ser peligrosa. Esta peligrosidad el intérprete la ha de valorar *ex ante* de acuerdo con criterios de posibilidad: será peligrosa aquella acción que tiene más posibilidades de producir el resultado prohibido.

El tipo penal prohíbe acciones, si se trata de delitos de acción, o manda realizar acciones, si se trata de delitos de omisión, que o bien producen una situación de peligro para el bien jurídico o bien no interrumpen una situación de peligro preexistente cuando el autor tiene el deber jurídico de actuar en los términos del art. 16 CPDF si se trata de un delito de omisión impropia, o del respectivo tipo penal si se trata de un delito de omisión propia.

De esta forma, la tipicidad de la acción se ha de determinar conforme al riesgo que le ha creado al bien jurídico de que se trate. La tipicidad de la conducta mandada omitida se ha de determinar según si la acción concreta mandada y omitida tenía capacidad para neutralizar el peligro preexistente. En los delitos de acción de medios indeterminados, esto es, aquellos que la acción prohibida se expresa a través de verbos desinentes, es decir, aquellos en que el sujeto tiene que llevar a término la acción prohibida como por ejemplo matar o lesionar, la acción típica se determinará conforme a si esa acción

es capaz de producir un riesgo de muerte o de lesión del bien jurídico vida. Por ejemplo, la acción de poner azúcar en el café de una persona creyendo que es veneno puede ser subjetivamente, según la creencia del autor, una acción de matar, pero no lo será objetivamente pues no representa un peligro para el bien jurídico. Del mismo modo, esta conducta será conforme a criterios éticos sociales rechazable, pero no será típica pues no es objetivamente peligrosa.

Como puede apreciarse, es el bien jurídico el que le da contenido material a la tipicidad. Por eso creemos que hay coherencia en el CPDF mexicano cuando en el art. 20 señala que “existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, *pero se pone en peligro el bien jurídico.*” En otras palabras, esto quiere decir que no están prohibidas penalmente, por lo tanto son atípicas, las acciones que no tienen probabilidad alguna de producir el resultado, esto es, las acciones inidóneas, así como tampoco aquellas que siendo idóneas no producen un riesgo para el bien jurídico por no existir éste. Tal sería el caso del que dispara a un cadáver. La acción de disparar puede ser valorada *ex ante* como peligrosa, pero sólo si va dirigida a una persona viva, no a un cadáver.

Bajo el abanico de la exigencia de peligrosidad de la acción para el bien jurídico, surgen supuestos específicos de atipicidad, aparte del señalado anteriormente. Serán atípicas todas las acciones que aunque causen un resultado sin embargo éste ha surgido como consecuencia de una acción destinada a disminuir

el riesgo. Tal sería el caso del empujón que una persona le da a otra para evitar que caiga en un abismo con riesgo para su vida, pero que como consecuencia del empujón sufre una lesión. También dentro de esta categoría caen todos aquellos supuestos en los que si bien el sujeto crea un riesgo para un bien jurídico, este riesgo se encuentra permitido por la relación social. Por ejemplo, la fabricación de automóviles. Dentro de esta categoría también se pueden señalar todos aquellos supuestos en que el riesgo creado es insignificante, esto es un riesgo que no produce desde un punto de vista material una conmoción tan significativa del bien jurídico que haga necesaria la pena.¹⁷

De esta forma, la determinación del injusto surge después de dos valoraciones del hecho. En la primera valoración se trata de establecer la atribución del hecho al tipo penal. En esta primera valoración se trata de establecer si concurren todas las demás exigencias típicas, en un juicio *ex ante* el carácter socialmente desvalorativo de la situación creada por la acción del sujeto. En este juicio de desvalor juega un rol importante el desvalor de la acción que estará determinado por su probabilidad de producir el resultado típico, esto es, por su peligrosidad.

Superado este primer juicio valorativo en el que de la complejidad del hecho sólo se han tomado en cuenta aquellos

aspectos que son típicamente relevantes, el hecho en su globalidad ha de superar un segundo juicio que es el de la antijuridicidad. En esta segunda valoración se toman en cuenta otros aspectos del hecho que para la tipicidad no eran relevantes. En primer lugar, si el peligro para el bien jurídico creado por el autor se plasmó en un resultado efectivo, y en segundo lugar, si al hecho típico acompañaron otros hechos o circunstancias que se correspondan con las exigencias de una causa de justificación.

Respecto del primer problema se ha de tener en cuenta que en la determinación de la tipicidad simplemente se tomó en cuenta el peligro creado por el autor y que ha sido establecido mediante un juicio *ex ante*. Ahora en la antijuridicidad se trata de establecer mediante un juicio *ex post* si ese peligro creado se plasmó en una afeción del bien jurídico. La afeción puede ser bien de lesión efectiva del bien jurídico, lo que sucede en los delitos de lesión, o bien de peligro para el bien jurídico, lo que sucede sólo en los delitos de peligro concreto.¹⁸ Es, en consecuencia, la naturaleza de la prohibición la que establecerá el momento de la consumación del delito, esto es, si se consuma con la lesión efectiva del bien jurídico o bien simplemente con la puesta en peligro. Pero, cualquiera que sea el nivel de la consumación, el hecho cuya probabilidad de afeción al bien jurídico ya se ha establecido en un juicio *ex ante* debe pasar por el juicio *ex post* de si el resultado es el producto del riesgo creado. Dicho de otra forma, si se ha dado la anti-

¹⁷ Para Roxin y también sus seguidores, al poner sólo el acento en el desvalor de resultado e ignorar el desvalor de acto, y al adherir a una definición de delito donde tipicidad y antijuridicidad conforman un solo elemento, lisa y llanamente señala que ausencia de riesgo, disminución del riesgo, etc., son causas que no permiten la imputación objetiva del resultado a la acción. Ver Roxin, C. *Derecho Penal. Parte General I: Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, Madrid, 1997.

¹⁸ En los delitos de peligro abstracto, que como hemos dicho son incompatibles con el principio del bien jurídico, esta exigencia no es necesaria, pues en ellos el peligro simplemente se presume.

juridicidad material y esta antijuridicidad material sólo se dará si el resultado es imputable objetivamente al riesgo creado.

La antijuridicidad material, que es el resultado de la imputación objetiva del resultado al riesgo creado, es especialmente importante. No se trata de que simplemente exista una relación causal entre la acción del sujeto y el resultado, siempre la habrá, sino que es necesario que ese resultado pueda imputarse objetivamente a la acción de riesgo creada por el sujeto. Así, por ejemplo, los supuestos que suelen ser abarcados con el criterio del *dolus generalis* se han de resolver conforme a los criterios de imputación objetiva aquí expuestos. Tal sería el caso del que arroja a una persona del tren creyendo que la ha matado previamente de un golpe y muere posteriormente de frío.

En estos casos la teoría de la equivalencia de las condiciones nunca nos va a señalar que un hecho, en este caso la muerte de la persona, no está vinculado causalmente a la acción del sujeto. Es, por lo tanto, en la medida que con ella nunca se puede señalar que un resultado está vinculado causalmente con una acción, un criterio que no sirve para establecer si el resultado de lesión del bien jurídico fue objetivamente la plasmación de su realización típica. Vincular la realización típica con la lesión del bien jurídico no es un problema que pueda ser resuelto con criterios propios de las ciencias de la naturaleza, sino con criterios de inteligibilidad. A estos criterios recurrió como buen neokantiano Honig cuando planteó que sólo era imputable objetivamente aquel resultado que podía ser pensado como conforme al objetivo¹⁹. Este autor en esta fór-

mula recoge los planteamientos de Kant sobre los “noumena”. El mundo nouménico de Kant no puede ser percibido por nuestros sentidos y, por eso, las cosas que en ese mundo residen sólo pueden ser aprehendidas intelectualmente. Honig quería ofrecer una alternativa a la causalidad que tiene lugar en la realidad física.

La teoría de la causalidad adecuada respecto a la fórmula de Honig, que constituye un criterio general y por lo mismo demasiado amplio, nos ofrece un criterio de inteligibilidad complementario y reductor. Conforme a ella sería imputable objetivamente ese resultado del cual un observador externo inteligente pueda pronosticar *ex ante*, esto es, colocándose en el lugar del autor en el momento de la acción, que ésta es adecuada para producir el resultado o existen probabilidades de que se produzca, conforme a la experiencia.

De esta forma y de acuerdo con lo expuesto, tanto el desvalor de acción (que se expresa dentro de un más amplio desvalor situacional típico) y el desvalor de resultado, ambos determinados en relación con el bien jurídico protegido, constituyen el fundamento material del injusto penal. Esto quiere decir que a la pregunta de por qué un comportamiento es valorado como un injusto penal, en el ámbito de la teoría del delito se ha de responder que lo es porque es un comportamiento que afecta a un bien jurídico.²⁰ Jakobs diría que porque ha infringido la norma y con ello ha frustrado una expectativa.

Habiéndose constatado que el resultado de afección al bien jurídico es la plasmación de la realización típica, se ha dado cumplimiento al principio de lesividad o de antijuridicidad material.

¹⁹ Honig, R. “Kausalität und Objektive Zurechnung”, en Frank Festgabe, Tübingen, 1930.

²⁰ Es obvio que esta respuesta tiene una validez relativa. Políticamente esta respuesta es insuficiente.

4. CONCLUSIONES

- a) El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos tiene importantes consecuencias político criminales y dogmáticas;
- b) Entre las consecuencias político criminales hay que señalar la exclusión del ámbito de la protección penal objetos que no sean bienes jurídicos;
- c) Para poder establecer si un objeto jurídicamente protegido es o no un bien jurídico, es necesaria una definición material de bien jurídico;
- d) Materialmente un bien jurídico es una relación social concreta. La norma penal protege relaciones sociales concretas que tienen su origen dentro de la relación social global;
- e) La definición material de bien jurídico al identificar la posición de las personas dentro de la relación social, permite valorar si el objeto protegido es o no bien jurídico, en definitiva, si es merecedor de protección. Por eso no puede ser objeto de protección la moral pues en la medida que se corresponde con una visión particular del mundo y, por tanto, no general, su protección constituiría una discriminación de algunas personas y fuente de arbitrariedad;
- f) Desde la perspectiva político criminal no es posible penalizar la tentativa absolutamente inidónea ni tampoco establecer delitos de peligro abstracto;
- g) El principio del bien jurídico tiene consecuencias dogmáticas en el injusto;
- h) La determinación de la tipicidad requiere que *ex ante* pueda llegar a establecerse que el autor con su comportamiento creó un riesgo para el bien jurídico. Por tanto, en la medida que los tipos penales establecen desvalores situacionales, en el centro de este juicio valorativo se encuentra el desvalor de acto;
- i) A partir de la exigencia de un desvalor situacional surgen causas de atipicidad como el riesgo permitido o la disminución del riesgo;
- j) En la antijuridicidad se ha de analizar si el resultado valorativo de afeción al bien jurídico producido es la plasmación de la realización típica del autor, o sea, si el resultado puede ser imputado objetivamente a la realización típica;
- k) Para la imputación del resultado debe descartarse la teoría de la equivalencia de las condiciones y, en su lugar, se ha de partir del criterio de ininteligibilidad formulado por Honig;
- l) No obstante, este criterio de inteligibilidad es genérico y necesita especificaciones, como por ejemplo el criterio que ofrece la teoría de la causalidad adecuada.