

EL BIEN JURÍDICO COMO OBJETO DE PROTECCIÓN Y CREACIÓN DE TIPOS PENALES

GERARDO JUVENAL JIMÉNEZ ALEMÁN¹

Sumario

1. Introducción. 2. Tipo penal. 3. Bien jurídico como objeto de protección del tipo penal. 4. Normativismo. 5. ¿Protección de bienes jurídicos o normativismo? 6. Conclusiones.

Resumen: ¿Cuál debe ser el fundamento y objeto de protección de un tipo penal?, ¿se debe atender al normativismo o a la protección de bienes jurídicos concretos? En la actualidad es necesario reafirmar el estudio sobre esta interrogante, cada día diversos factores llevan a la creación de tipos penales, y se debe tener claro el fundamento para ello, a través del tiempo se ha afirmado que la protección de bienes jurídicos concretos es el objeto de protección para los tipos penales, por lo otro lado la creación de los tipos penales se justifica con base a una “estrategia” del Estado para tratar de inhibir la comisión de delitos y mantener un orden social.

Palabras clave: Tipo penal, objeto de protección, bien jurídico, normativismo.

Abstract: What should be the basis and object of protection of a criminal type? At present it is necessary to reaffirm the study on this question, every day various factors lead to the creation of criminal types, and the basis for this must be clear, over

¹ Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Universidad De La Salle Bajío, Campus Campestre.
Contacto: lic.gerardo.jimenez@gmail.com

time it has been affirmed that the protection of specific legal assets is the object of protection for criminal types, on the other hand the creation of criminal types is justified on the basis of a “strategy” of the State to try to inhibit the commission of crimes and maintain a social order.

Keywords: Penal type, object of protection, legal good, normativism.

1. Introducción

La teoría de la norma penal como parte del estudio de la Ciencia del Derecho Penal tiene como objetivo el estudio de los fundamentos, objeto y finalidad de protección de la norma. En el presente trabajo se desarrollará el cuestionamiento en torno a cuál debe ser el fundamento y objeto de protección de un tipo penal, si se debe atender al normativismo o a la protección de bienes jurídicos concretos.

En la actualidad y debido al grave problema de inseguridad que impera en nuestro país, es necesario el replanteamiento de esta interrogante, pues por un lado nuestro sistema jurídico con la reforma de Derechos Humanos de 2011 representa un nuevo modelo de protección a los Derechos Humanos de los gobernados, ello por supuesto incluye a las personas sujetas a un proceso penal. Por otro lado, la creación de delitos o agravar los ya existentes, atiende a una “estrategia” del Estado para tratar de inhibir la comisión de delitos y mantener un orden social.

Ante estas dos posturas surge la duda: los tipos penales deben ser creados y deberán buscar la protección de los bienes jurídicos concretos, o su creación y fin de protección simplemente obedece a mantener un “contrato social” o inhibir el quebrantamiento del orden social, y con ello preservar el sentido normativo de nuestro sistema jurídico.

2. Tipo penal

El tipo es la descripción de un hecho prohibido por la norma penal, en la definición de Castellanos “el tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales”.² Para Polaino Navarrete el tipo penal sirve de “exponente de la reprobación jurídica de determinadas conductas por el legislador penal, descritas en el tipo legal en cuanto a objeto de los juicios reprobatorios

² Castellanos, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, cuadragésimo cuarta edición, Porrúa, México, 2003, p. 167.

de la antijuridicidad y de la culpabilidad, así como de la conminación penal de las mismas”.³

Así pues, queda entendido que el delito de homicidio, lesiones, violación, secuestro, etcétera, son tipos penales, los mismos establecen supuestos de hecho y una consecuencia jurídica, los cuales son establecidos por el legislador en una norma penal y en ocasiones en normas que no son de carácter penal (Ley General de Salud, Código Fiscal, Ley de la Propiedad Industrial, etc.), con la intención de imponer una pena a la persona que actualice el supuesto contenido en el mismo, esto en concordancia con el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, pues no podría imponer una pena como consecuencia de un delito si este no está previsto en la ley.

El tipo penal es uno de los principales objetos de estudio del Derecho Penal, y como tal ha sido abordado por diversos autores a lo largo del tiempo, temas tan extensos como los elementos que lo integran (el tipo objetivo, el tipo subjetivo), mismos que no son materia de análisis en este trabajo, pues lo que aquí se intenta es abordar cuál debe ser el fundamento para la creación de los tipos penales y cuál debe ser su objeto de protección, específicamente si se tiene que atender a la protección de bienes jurídicos o a la salvaguarda del orden social exclusivamente.

3. Bien jurídico como objeto de protección del tipo penal

Para Muñoz Conde los bienes jurídicos “son aquellos presupuestos que la persona necesita para la autorrealización en la vida social”.⁴ Esta primera aproximación nos lleva a concebir al bien jurídico como aquel presupuesto necesario para el desarrollo correcto de una persona, es decir, que la persona pueda gozar, por ejemplo, de libertad, salud, patrimonio, sin que estos bienes sean coartados o lesionados y así poder desarrollarse integralmente en la sociedad con el estricto respeto a los mismos.

El derecho penal es el encargado de preservar los bienes jurídicos de especial relevancia cuando estos sean trasgredidos, entonces ahí tendrá intervención, como es expuesto por Bauman;⁵ cabe hacer énfasis que el derecho penal tendrá cabida precisamente solo cuando se trate de aquellos bienes jurídicos que sean de especial

³ Polaino Navarrete, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, segunda edición, Porrúa, México, 2010, p. 327.

⁴ Muñoz Conde, Francisco *Introducción al Derecho Penal*, segunda edición, B de F, Buenos Aires, 2001, p. 90.

⁵ Bauman, Jürgen, *Derecho Penal: conceptos fundamentales y sistema*, cuarta edición, De Palma, Buenos Aires, 1973, p. 7: “en el ámbito de la totalidad del derecho corresponde al derecho penal la especial misión de proteger con singular energía esferas particularmente importantes de la convivencia social o los intereses más importantes en el aspecto social (no, indefectiblemente, los valores morales más elevados). No siempre basta la protección otorgada por otros ámbitos jurídicos”.

relevancia, pues para otros supuestos existen diversas ramas del derecho que se encargaran de los restantes (derecho civil, derecho laboral, etc.).

De lo anterior nos da cuenta el principio de subsidiaridad como lo señala Miguel Ontiveros “de conformidad con este principio, el derecho penal deber ser la última opción a la cual puede acudir el Estado para reaccionar ante un comportamiento que lesiones o ponga en peligro un bien jurídico”.⁶ Lo anterior en concordancia con el principio penal de *ultima ratio*, el cual establece que: “el derecho penal solo debe ser utilizado como recurso de ultima ratio, cuando otros medios resultan ineficaces; impone la necesidad de agotar previamente los recursos no penales, cuyas consecuencias sean menos drásticas, pero que puedan resultar más eficaces que las penales para la protección de bienes jurídicos”.⁷

Debe señalarse además que la protección al bien jurídico es un principio que rige el derecho penal, este principio establece que

en ningún caso deberá imponerse pena alguna si no es por la realización de una conducta que haya lesionado o, por lo menos, puesto en peligro un determinado bien jurídico, por otra parte, a nivel legislativo exige al legislador que en sus regulaciones penales no deberá prohibir u ordenar conductas si no existe de por medio un bien jurídico que proteger.⁸

Este principio tiene como finalidad que los tipos penales se deben justificar solo si buscan la protección de algún bien jurídico, y esto por supuesto debe ser considerado desde su tipificación en nuestra normatividad, es decir, este principio debe ser observado tanto por el legislador como por los encargados de la procuración y administración de la justicia. Bajo este contexto es de importancia resaltar el pensamiento de Roxin al respecto, ya que este aborda la axiología como contenido de la normal penal y al respecto señala: “los bienes jurídicos son como circunstancias dadas y finalidades útiles al individuo y a su libre desarrollo dentro de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”.⁹

De lo anterior expuesto claramente se puede vislumbrar que el derecho penal atiende pues a la protección del bien jurídico relevante, esto a través de la tipifi-

⁶ Ontiveros Alonso, Miguel, *Derecho Penal Parte General*, primera reimpresión, Ubijus, Ciudad de México, 2018, p. 61.

⁷ Moreno Hernández, Moisés, *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, formato HTML. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/117/26.pdf>, ISBN 968-36-6778-83, pp. 121 y 122.

⁸ *Ibid.*, p. 123.

⁹ Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, segunda edición, Civitas, Madrid, 1997, p. 56.

cación de las conductas que resultan ser trasgresoras de los mismos, conducta que además tiene que ser antijurídica y culpable, no solo basta que sean consideradas inadecuadas o inmorales, pues como lo señala Ferrajoli: “para que puedan prohibirse y castigarse conductas, el principio utilitarista de la separación entre el derecho y la moral exige además como necesario que dañen de un modo concreto bienes jurídicos ajenos, cuya tutela es la única justificación de las leyes penales como técnicas de prevención de su lesión”.¹⁰

Es importante destacar que el bien jurídico tiene un contenido axiológico, ya que precisamente es este el que le da substancia, un bien jurídico no puede ser entendido como aquel que no tenga intrínsecamente un valor que se intente resguardar. La protección del bien jurídico conlleva un resguardo de los valores que se encuentran inherentes a este, como es expuesto por Ferrajoli:

una obligación tan condicionada en relación con leyes que colisionen con valores morales o civiles que se estimen particularmente relevantes no tiene ningún espacio. En estos casos, más allá de la obligatoriedad jurídica apoyada por la eficacia disuasoria de la sanción, prevalecen siempre —en el plano moral— valores superiores a los del orden, ya porque coinciden con él o bien porque lo contradicen. En efecto, son estos valores y no el valor del orden los que justifican moralmente la obediencia no menos que la desobediencia: por ejemplo, no es ciertamente el valor moral del orden o de la legalidad, sino el de la vida, el prevaleciente, en el plano moral, en caso de obediencia a la norma penal sobre el homicidio; y no es el escaso valor asociado al orden, sino el valor de la libertad de opinión, el que prevalece en el mismo plano en el caso de desobediencia a las normas sobre delitos de opinión.¹¹

Así, desde esta perspectiva queda claro que la creación de tipos penales y la intromisión del derecho penal, solamente tiene justificación cuando sea para salvaguardar bienes jurídicos concretos con contenido axiológico.

4. Normativismo

El derecho penal entendido bajo una óptica normativista es la herramienta por la cual se mantiene el orden social y el Estado de Derecho, es decir, conserva la vigencia del contrato al que todos nos sujetamos al permanecer como miembros de una sociedad: “a través de las normas (sociales y jurídicas) se imponen modelos de comportamiento a los integrantes del grupo social para permitir el buen funciona-

¹⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 223.

¹¹ *Ibid.*, pp. 923 y 924.

miento de las relaciones sociales y mantener sus formas de vida (política y económica) y su cultura, vinculando sanciones a su incumplimiento”.¹² Al efecto, Kelsen establece:

lo que hace que una determinada conducta sea antijurídica y constituya un delito, no es una cualidad inmanente de la misma, ni tampoco la relación con una norma metajurídica, moral, es decir trascendente al Derecho positivo; si no única y exclusivamente el hecho de que un precepto jurídico la establece como condición de una consecuencia específica.¹³

Las ideas anteriores parecen dejar de lado el bien jurídico como objeto de protección del derecho penal, interesándose primordialmente por el cumplimiento de una sanción, por el hecho de estar establecida en una norma y que al actualizarse su aplicación está cobrando su vigencia como medio de protección; no del bien jurídico como un derecho, si no del bien jurídico entendido como una norma.

En el pensamiento de Jakobs: “la pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de la sociedad, por ello, el Derecho Penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino solo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma”.¹⁴

Se infiere que bajo la óptica normativista el tipificar una conducta como delito no atiende a salvaguardar el bien jurídico de terceros, sino a mantener vigente la identidad normativa a través de la imposición de la tipificación de una conducta y la imposición de una pena como consecuencia de esta, al efecto este tema es abordado por Jakobs.¹⁵ Lo cual conlleva al normativismo de un alejamiento de contenido axiológico, pues bajo su planteamiento no se aborda la protección de valores, sino simplemente estos se dejan de lado para la justificación de la protección de la norma penal y su aplicación.

¹² Zugaldia, José Miguel, *Fundamentos de Derecho Penal, parte general*, cuarta edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 40.

¹³ Hans, Kelsen, *La teoría pura del derecho, el método y los conceptos fundamentales*, Colofón, México, 2012, p. 29.

¹⁴ Jakobs, Günter, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996, p. 11.

¹⁵ Jakobs, Günter, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 25: “la pena es coacción; es coacción —que aquí solo será abordada de manera sectorial— de diversas clases, mezcladas en íntima combinación. En primer lugar, está la coacción en cuanto portadora de un significado, portadora de la respuesta al hecho: el hecho, como hecho de una persona racional, significa algo, significa una desautorización de la norma, un ataque a su vigencia, y la pena también significa algo, significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose, por lo tanto, la configuración de la sociedad”.

5. ¿Protección de bienes jurídicos o normativismo?

Se puede observar, por tanto, que estas dos posturas se contraponen, pues abordan el tema de fundamento y protección de la norma penal con diferentes justificaciones. El tema en cuestión ha sido estudiado desde las dos diferentes posturas y por diversidad de autores, aunque de manera generalizada hay una comunión en cuanto que el tipo penal debe tener como objeto y fin de protección el bien jurídico con contenido axiológico.¹⁶

Abordado lo anterior desde el bien jurídico, pareciera atender una corriente con fundamentos *iusnaturalistas*, pues estos toman como justificación de la creación del tipo penal la protección de los bienes jurídicos con un contenido axiológico, pues pone en el centro del basamento la protección a la vida, la salud, la libertad, etc., como conceptos fundamentales para el desarrollo del hombre en la sociedad y el respeto a estos derechos, y la creación del tipo penal atendiendo a la protección de los mismos, entendido como un instrumento para su preservación desde un punto de vista individual.

Sin embargo, el normativismo aborda el tema desde otra perspectiva y centra su atención hacia la protección del tipo penal, no por el resguardo a los bienes jurídicos de las personas, sino con el fin de la protección de la sociedad a través de la creación y aplicación de la norma penal. El normativismo lleva intrínseco un matiz *iuspositivista*, pues este parece atender a la aplicación de la norma con el primordial fin de mantener su vigencia y el orden del sistema jurídico que la contiene.

6. Conclusiones

A manera de conclusión se opta por resolver que el fundamento y objeto de protección de los tipos penales debe ser la protección del bien jurídico. De inicio es preciso resaltar que un principio que rige el derecho penal es el de la protección del bien jurídico, entendido este como el principio que establece que todo tipo penal debe proteger un bien jurídico de terceros y que el derecho penal solo entrará en acción cuando este bien jurídico sea trasgredido de manera grave, pues la protección del mismo es precisamente lo que le da contenido a los tipos penales.

Dicho de otra manera, no se puede concebir un tipo penal que no tiene como objetivo el resguardo de un bien jurídico, pues se caería en el absurdo de crear tipos penales para cualquier situación que se presentara en la vida cotidiana y represen-

¹⁶ Muñoz, Conde, *op. cit.*, p. 90.

tara un peligro para nuestro entorno, pues el derecho penal no debe ser concebido como el primer recurso para solución de conflictos.

El bien jurídico debe tener un contenido axiológico, entendido esto como la protección a los valores y la búsqueda de la preservación de estos, puesto que no se debe recurrir a la sanción que conlleva un tipo penal por el simple hecho de que una conducta sea contraria a lo establecido por el mismo, sino precisamente la sanción debe actualizarse por ser la conducta trasgresora de los valores que tiene implícito el bien jurídico; dicho a manera de ejemplo, no se debe sancionar porque el tipo penal dice que al que prive de la vida a otra se le castigara, sino se debe sancionar por la trasgresión que se hizo al bien jurídico del tercero. Aunque se haya concluido de la anterior forma, esto no es obstáculo para reconocer la importancia que tiene el normativismo como sistema de protección social.

No se soslaya la relevancia que posee el mantener el Estado de Derecho a través de la creación y aplicación de normas, con lo que no se concuerda es que de hecho esta creación de normas penales y su consecuente aplicación sea vista como un mero instrumento para el mantenimiento del orden social, y sobre todo que este sea el fundamento para la creación de tipos penales, pues si bien es cierto se busca la permanencia del Estado de Derecho, esta debe partir desde el individuo, es decir, el objeto de protección de la norma penal debe partir como medio para la protección del bien jurídico de la persona, pues ¿de qué otra cosa se estructura una sociedad si no es de personas?

Referencias

Bauman, Jürgen, *Derecho Penal: conceptos fundamentales y sistema*, cuarta edición, De Palma, Buenos Aires, 1973

Castellanos, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, cuadragésimo cuarta edición, Porrúa, México, 2003.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.

Hans, Kelsen, *La teoría pura del derecho, el método y los conceptos fundamentales*, Colofón, México, 2012.

Jakobs, Günter, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996.

Jakobs, Günter, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003.

Moreno Hernández, Moisés, *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, formato HTML. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/117/26.pdf>, ISBN 968-36-6778-83

Muñoz Conde, Francisco *Introducción al Derecho Penal*, segunda edición, B de F, Buenos Aires, 2001.

Ontiveros Alonso, Miguel, *Derecho Penal Parte General*, primera reimpresión, Ubijus, Ciudad de México, 2018.

Polaino Navarrete, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, segunda edición, Porrúa, México, 2010.

Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, segunda edición, Civitas, Madrid, 1997.

Zugaldia, José Miguel, *Fundamentos de Derecho Penal, parte general*, cuarta edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.