

VARELA, Luis, “Recensión: BIRNBAUM, Johan Michael Franz, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, Valparaíso: Edeval 2010, 157 páginas. *Polít. Crim.* Vol. 6, N° 11 (Julio 2011), Rec. 1, pp. 209 - 213. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol6N11R1.pdf]

Recensión: BIRNBAUM, Johan Michael Franz, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, traducción directa del alemán y estudio preliminar por José Luis Guzmán Dalbora, Colección «Juristas Perennes» número 14, Valparaíso: Edeval, segundo semestre 2010, 157 páginas.

Luis Varela Ventura
Universidad de Antofagasta
lvarela@uantof.cl

En la vida científica, y particularmente en la parcela del conocimiento que cultivamos, a menudo podemos distinguir dos clases de productos entregados por la labor de investigación del jurista. Primero, las obras que sobre la base del terreno del conocimiento avanzado por otros, *edifican* (en el sentido de *sistematizar*) conocimientos, verbigracia el “*Programa de Derecho Criminal*” de Francesco Carrara, obra, que tuvo la virtud de cristalizar el trabajo previo de los principales representantes de la vieja escuela clásica italiana. Luego, en segundo lugar, encontramos aquellas obras que *expanden* las fronteras de lo conocido, bien porque aportan un *nuevo conocimiento*, o bien porque aportan un *nuevo enfoque* de lo que ya se conoce. En el primer caso estamos frente a un producto del trabajo intelectual que ha cosechado un *descubrimiento científico*, como por ejemplo el hallazgo de la tipicidad como elemento del delito realizado por Ernst Von Beling, mientras que en el segundo caso, estamos frente a un producto del trabajo intelectual que ha cosechado una *innovación científica*, como ocurre por ejemplo con el nuevo enfoque de la culpabilidad propuesto por Reinhard Frank que permitió luego a la doctrina y jurisprudencia enfocar al elemento subjetivo de imputación de responsabilidad penal como un juicio de reproche.

La obra que hoy comentamos, debe ser ubicada dentro del catálogo de aquellas obras que han expandido la frontera de lo conocido, obra, por medio de la cual, se ha cosechado un nuevo enfoque para la ciencia penal. Nuevo enfoque, que luego ha servido de base para nuevos descubrimientos científicos, aportes que en definitiva cambiaron la forma de entender una parte importante de nuestra ciencia.

El libro que pasamos revista en estas líneas, es una traducción hecha por el Profesor Dr. José Luis Guzmán Dalbora de dos estudios realizados por Johan Michael Franz Birnbaum, publicados originalmente en la prestigiosa *Archiv des Criminalrechts* (Halle 1834). El primero de dichos trabajos titulado; “*Ueber das Erfodernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besondere Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*” (traducido como “*Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*”), y el segundo, titulado “*Bemerkungen über den Begriff des natürlichen Verbrechens und die römischen Begriffe von delictum juris civilis, delictum iuris gentium und probum natura*” (traducido como “*Observaciones sobre el concepto de delito natural*”).

VARELA, Luis, “Recensión: BIRNBAUM, Johan Michael Franz, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, Valparaíso: Edeval 2010, 157 páginas.

El texto en cuestión es precedido por un profundo e ilustrativo estudio preliminar, realizado por el mismo traductor, en el que se pasa revista a la trayectoria académica del jurista alemán, iuspenalista perteneciente a la llamada Escuela Clásica del Derecho penal¹ en su versión tudesca. En el mismo estudio, se realza la importancia fundacional de estos opúsculos para la hoy llamada teoría de la antijuridicidad, específicamente para el desarrollo de la teoría del bien jurídico, recalcando el adelanto de conocimiento que las obras traducidas representaron para su tiempo, esto, porque -a juicio del autor del estudio preeliminar- las mismas deben ser consideradas (sobre todo la primera) como causa directa del cambio de paradigma que involucró dejar de entender al delito como ofensa a derechos en sentido subjetivo, para pasar a concebirlo como ofensa (lesión o puesta en peligro) de ciertos bienes de titularidad del sujeto pasivo del ilícito penal.

El estudio preeliminar se cierra con un interesante análisis sobre la *historia de la parábola recorrida por la teoría del bien jurídico*, en la que se pasa revista a los momentos claves de la evolución de la concepción e inteligencia de lo injusto típico. Al analizar el derrotero de la teoría en cuestión, se denuncian los ataques sistemáticos que ha sufrido en nuestros días la misma,² ataques que en definitiva han provocado la defenestración del bien jurídico de la dogmática penal hoy dominante, imponiéndose hoy, propuestas sobre lo injusto, de corte dogmático-sociológico, que cultivan la semilla sembrada por la Teoría de los Sistemas aplicada al Derecho Penal y los postulados de la Teoría de las Normas de Binding.³

Entrando de lleno a la obra del jurista de Bamberg, digamos que la primera obra que contiene el libro; “*Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*”, tiene como punto de partida de su argumentación científica, el problema del “*concepto natural de lesión*” (lesión que se puede concretar en una lesión a la vida, a la propiedad, al honor, etc.). Para acometer esta tarea, el autor, sobre la base de sus vastos conocimientos de Derecho Romano, plantea un concepto amplio de lesión. Así define la misma como; “*aquel nombre con el cual nos referimos a una persona o a una cosa, en especial una cosa que concebimos como nuestra, o a algo que para nosotros es un bien, que la acción de otra persona puede sustraer o disminuir*”.

Sobre la base de lo anterior, Birnbaum presenta como ejemplo, el hecho que la Ley de Baden de 28 de diciembre de 1831 –en su parte referente a las ofensas al honor– establece que son “*acciones mediante las que alguien lesiona intencionalmente el derecho de otro al*

¹ Quien además fue un fructífero iusromanista. Su importancia en dicho campo queda demostrado por el hecho de que el afamado Rudolf Von Ihering le dedica su “*Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*” (*El momento de la culpabilidad en el Derecho Privado Romano*) con motivo de la celebración del quincuagésimo año de profesión universitaria de Birnbaum.

² Denuncia el autor del Estudio Preliminar que dichos ataques han provenido en épocas históricas de penalistas ligados a sistemas totalitarios, que vieron en el concepto de bien jurídico un estorbo a sus aspiraciones de dotar de poder absoluto en el ejercicio del ius puniendi al Estado al cual servían.

³ Cfr. MAYER, Max Ernst, *Normas jurídicas y normas de cultura*, Buenos Aires: Editorial B de F, 2000, traducción directa del alemán por José Luis Guzmán Dalbora, p. 167. “Para el autor de la “Teoría de las normas” (Binding), el delito atenta contra las normas, que son en definitiva órdenes que exigen la obediencia del pueblo frente al Estado”.

honor". A partir de esto, se desarrolla la hipótesis de que el delito no se limita solo a la infracción de normas jurídicas prohibitivas o imperativas, sino que además, debe ser entendido como una ofensa (lesión) de objetos de tutela jurídica, en definitiva de *bienes*. De esta forma –concluye Birnbaum–, la doctrina no solo se debe limitar a estudiar el concepto legal de delito, sino que debe reconstruir un concepto "*natural*" de ilícito penal, entendiendo como natural, no las maniqueas dicotomías entre concepto jurídico o moral de delito, o en palabras del autor "*mala prohibita y mala in se*",⁴ sino como todo acto que según la naturaleza del Derecho Penal "*razonablemente puede ser considerado como punible en la sociedad civil*", concepto que es atravesado por un elemento común y objetivo que es la lesión de bienes.

Así pues, luego de realizar una revisión bibliográfica de la doctrina europea continental de su época, nuestro autor concluye que más allá de fijar un concepto legal de delito –que siempre puede ser incompleto, imperfecto, o simplemente arbitrario– es necesario fijar cual es el elemento esencial que sirva de base a la responsabilidad jurídica por el delito, que sirva de fundamento para la aplicación de una pena. Para acometer la tarea Birnbaum analiza la dualidad entre delito y contravenciones, haciendo presente, que en las segundas en muchos casos no existe lesión de bienes, sino solo normas jurídicas de conducta orientadas al buen gobierno y administración del Estado cuyo fundamento final estaría dado por un pretendido derecho a la obediencia que los órganos del Estado tendrían sobre sus ciudadanos, cuestión que por lo demás –a propósito de las faltas–, es puesta en tela de juicio por nuestro autor, por lo cual, y siempre sobre la base de un concepción que plantea diferencias ontológicas entre delito y contravención, se propone como criterio de diferenciación del nombrado binomio, la lesión de bienes en el caso de los primeros, y el peligro de lesionar bienes en el caso de las segundas, cuestión que en mi opinión no da mayores luces sobre el problema en cuestión.

Del atolladero sale el autor, citando a los juristas prácticos galos, en concreto a Henrion de Panfeu, quien en su obra "*De l'autorité judiciaire en France*", a propósito del fundamento y ejercicio del ius puniendi plantea; "*El objeto de toda ciencia penal es la preservación de aquellos grandes beneficio a que se refiere el fin de toda asociación política, a saber, la vida, el honor, la libertad personal y la propiedad*".

Fundado en dicha afirmación, Birnbaum concluye que lo esencial en la determinación de la naturaleza del concepto de delito es "*que si se quiere considerar al delito como una lesión, este concepto debe referirse naturalmente a una lesión de un bien, y no a la de un derecho*".

De todo lo dicho nuestro autor deduce como corolarios:

Primero, la ofensa detrás de un delito, sea este una lesión o un peligro, siempre irán referidos a bienes y no a derechos.

⁴ Que se expresan en las viejas formulas iusnaturalistas aplicadas a nuestra parcela como los binomios; délits politiques y délits d'imoralité, etc.

VARELA, Luis, “Recensión: BIRNBAUM, Johan Michael Franz, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, Valparaíso: Edeval 2010, 157 páginas.

Segundo, los delitos se pueden clasificar según la naturaleza de los bienes jurídicos ofendidos o puestos en peligro, “...es factible, además, establecer la clasificación de los delitos en general, distinguiendo naturalmente delitos contra el bienestar común y delitos contra los individuos...”.

Tercero, la noción de lesión de bien jurídico es un criterio para trazar el momento de la consumación de un delito, “una lesión del derecho a la vida queda ya consumada con el intento, en otras palabras, el derecho a la vida es lesionado por la tentativa de homicidio ni más ni menos que por el homicidio mismo. No obstante la lesión de la vida no queda consumada con la tentativa de homicidio; el bien de la vida no ha sido sustraído ni disminuido en el tercero de los casos que citamos, sino sólo fue puesto en peligro”.

Cuarto, el ius puniendi se debe ejercer para preservar la sociedad como un todo, pero resguardando los bienes más importantes para los miembros de la misma.

Estas conclusiones, como se comprenderá a primera vista, marcaron un antes y un después en cuanto a la inteligencia del contenido del juicio de antijuridicidad, y muchas de ellas son válidas hasta nuestros días.

La segunda parte del libro, como adelantamos supra, reproduce el artículo “*Observaciones sobre el concepto de delito natural*”, opúsculo cuyo principal objeto de reflexión es la interpretación e integración de la ley penal, y marginalmente el problema de la naturaleza fragmentaria de lo injusto penal.

La argumentación de este segundo artículo, comienza analizando el significado de la distinción romana de *delictum juris civilis* y *delictum juris gentium* y *probum natura*. Sobre la base del examen de dichos conceptos, se dedica los siguientes párrafos a los rendimientos dogmáticos que puede tener la formulación de un concepto natural de delito, que a juicio de Birnbaum serían los siguientes:

En primer lugar, como concepto sobre el cual se puede construir un *tipo penal analógico*, tipo que necesariamente debe edificarse sobre la bases de *la opinión del pueblo*... fórmula que huelga decir, en la primera mitad del siglo XX tendría una macabra realidad en Alemania.

En segundo lugar, como *acción punible según la naturaleza de la cosa*, lo que significa en definitiva razonar el Derecho Penal en clave iusnaturalista, cuestión que implica aceptar el hecho de que una acción -al margen de una prohibición penal expresa establecida por la ley positiva- considerada como ilícita en sí misma (naturalmente ilícita), deba ser tenida en cuenta de todas formas como una conducta merecedora de pena.

Finalmente en tercer lugar, el concepto de delito natural puede ser entendido como *mal moral*, postura que encaja con las doctrinas que a la época de Birnbaum confundían los planos éticos y jurídicos.

A pesar de que en la época del autor el principio de legalidad ya comenzaba a ser consagrado en los Estados más civilizados, sus argumentos en contra de la analogía y la pretensión de un concepto natural de delito que tuviese relevancia jurídico penal, están fundados no en el caro principio, sino en la falta de punibilidad de los actos que no cuentan con sanción penal expresa, resaltando con esto a la punibilidad como un elemento esencial de delito que no se encontraría presente en el delito natural. No obstante lo anterior, el autor no deshecha la posibilidad de que el concepto de delito natural, pueda prodigar un rendimiento político criminal, en el sentido de toma de posición ante la ley penal positiva, que sirva por ejemplo, como criterio criminalización por parte del legislador.

Como palabras finales, se agradece la versión castellana, pues la obra traducida es un verdadero clásico del Derecho Penal, clásico cuya lectura involucra una gran ganancia intelectual no solo para el erudito criminalista, sino también para el estudiante de nuestra ciencia que se inicia en la parte general. Su valor histórico es sin lugar a dudas inestimable, sobre todo para el que se interese en la teoría de lo injusto, y quiera profundizar en el contenido del juicio de antijuridicidad.