

LA RELEVANCIA DEL BIEN JURÍDICO  
PROTEGIDO EN LA JURISPRUDENCIA PENAL DE LA CORTE SUPREMA

CARLOS KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER  
*Universidad Finis Terrae*

*SUMARIO: I. Introducción. II. La relevancia del bien jurídico protegido en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema.*

*PALABRAS CLAVE: bien jurídico, principio de lesividad, jurisprudencia, ley N° 20.000.*

I. INTRODUCCIÓN

Esta comunicación tiene por objetivo, además de colaborar con estas jornadas, magníficamente organizadas por la Universidad de Talca, exponer a los asistentes, mediante un escrito breve, una tendencia jurisprudencial de la Segunda Sala –Penal– de la Excm. Corte Suprema, vinculada precisamente al tema del bien jurídico protegido y al principio capital de lesividad, aceptado unánimemente como limitativo del *ius puniendi* estatal, nociones que no sólo deben orientar al legislador, por exigencias de la política criminal, sino también a los jueces, situados dentro del marco del Estado democrático de Derecho y encargados de aplicar a los casos concretos la normativa penal abstracta.

II. LA RELEVANCIA DEL BIEN JURÍDICO  
PROTEGIDO EN LA JURISPRUDENCIA PENAL DE LA CORTE SUPREMA

I. En mi época de alumno de Derecho Penal, los profesores nos enseñaron que la función del Derecho Penal es proteger los bienes jurídicos fundamentales para la pacífica convivencia social, amenazando con determinadas consecuencias jurídicas la lesión o puesta en peligro de esos bienes.

Esta misma concepción he difundido entre mis estudiantes a través de los largos años dedicados a la tarea académica.

Creo no equivocarme al afirmar que, en general, la doctrina penal chilena está de acuerdo en que el bien jurídico protegido representa una categoría esencial dentro de la teoría del delito y, antes que esto, fundamenta la legitimidad de la intervención punitiva estatal.

Las obras de parte general de más reciente aparición así lo demuestran.

En la 7ª edición de su Parte General, el profesor Cury<sup>1</sup> sostiene que el Derecho Penal cumple con su misión de preservar los valores elementales sobre los que des-

---

<sup>1</sup> CURY, Enrique, Derecho Penal, Parte General (Santiago, 2005).

cansa la convivencia, amenazando con una pena a quien lesiona o pone en peligro un bien jurídico mediante una determinada conducta. A continuación define los bienes jurídicos como estados sociales valiosos, que hacen posible la convivencia y a los que, por eso, el ordenamiento les ha otorgado reconocimiento.

Por su parte, los catedráticos Politoff, Matus y Ramírez<sup>2</sup>, en la Parte General de sus Lecciones de Derecho Penal Chileno, afirman que una visión liberal del derecho penal no puede atribuir a este otra tarea que la de amparar, a través de la fuerza coactiva del Estado, determinados bienes jurídicos, esto es, intereses individuales o colectivos, juzgados indispensables para la convivencia social. Como consecuencia de vincular el principio limitativo de lesividad a la tutela de bienes jurídicos, postulan que ha de ser el daño social el fundamento y medida de la pena prevista por la ley en un Estado de Derecho, y no consideraciones respecto a la fidelidad o al sentimiento de las personas frente a dicha organización estatal.

Hace ya largos años, en su prólogo al excelente libro de Hernán Hormazábal, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, Muñoz Conde<sup>3</sup> inicia su presentación señalando que en la ciencia del Derecho Penal reina desde hace tiempo acuerdo en que el Derecho Penal debe limitarse a la protección de bienes jurídicos. Pero este acuerdo se rompe –dice– cuando se trata de determinar qué es lo que debe entenderse por bien jurídico, tema discutido desde los tiempos de Birnbaum en el siglo XIX.

Polaino Navarrete<sup>4</sup>, autor de un excelente texto sobre el bien jurídico en el Derecho Penal, presenta como opinión mayoritaria en la dogmática penal contemporánea que el Derecho Penal cumple una función de tutela o protección de los bienes y valores fundamentales, imprescindibles para el pacífico desarrollo de la vida en sociedad, frente a las graves formas de agresión, los delitos. El concepto de bien jurídico se convierte en un concepto esencial del Derecho Penal, el bien jurídico constituye el objeto típico de protección de las normas penales. El reconocimiento del bien jurídico es un presupuesto básico para la justificación del ordenamiento penal.

Rudolphi<sup>5</sup> expresó en la década de 1970 que el bien jurídico, a pesar de que sus contornos aún no se encuentran perfectamente delimitados, se ha asegurado desde hace tiempo un puesto firme en el arsenal conceptual del Derecho Penal,

---

<sup>2</sup> POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho penal chileno, Parte especial (Santiago, 2005).

<sup>3</sup> HORMAZÁBAL MALAAREE, Hernán, Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (Santiago, 1992).

<sup>4</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, El bien jurídico en el derecho penal (Sevilla, 1974).

<sup>5</sup> RUDOLPHI, Hans Joachim, Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico, en *Nuevo pensamiento penal* (1975) pp. 329-347.

constatación que Hormazábal sindicaba como imposible de confirmar tan categóricamente en la época actual. Nos dice nuestro querido amigo Hernán que si se impone el funcionalismo sistémico con sus conocidos postulados sobre la defensa de la vigencia de la norma, posiblemente el Derecho Penal pierda lo que Muñoz Conde denomina el último apoyo que le queda para la crítica del Derecho Penal positivo. Como corolario de su profundo estudio, Hormazábal nos expresa que un Derecho Penal de exclusiva protección de bienes jurídicos, más que un planteamiento político criminal y, por tanto, sujeto a la discrecionalidad del poder, constituye una exigencia en el Estado social y democrático de Derecho, que centra su actividad y desarrollo en el hombre como fin. La política penal fundada en la protección de bienes jurídicos constituye una realización material del reconocimiento del hombre, titular de libertad y dignidad, como sujeto participativo en los procesos sociales<sup>6</sup>.

Quintero Olivares<sup>7</sup>, en su libro, pequeño de formato pero muy grande en contenido, *Adonde va el derecho penal*, alude a este tema, señalando que no puede haber duda alguna acerca de la importancia de un concepto como el de bien jurídico, que da sentido y legitimidad al derecho penal, pero, a pesar de ello, un repaso a la literatura jurídico penal basta para verificar que se ofrecen tantos conceptos de bien jurídico casi como autores se proponen describir o definir lo que es. Advierde, además, que las propias legislaciones demuestran en ciertos casos que es un determinado deber –tributario, por ejemplo– el que ocupa directamente el lugar reservado para el bien jurídico, con evidentes consecuencias para la precisión del contenido material de la antijuridicidad.

Roxin<sup>8</sup>, al definir los bienes jurídicos, nos dice que son circunstancias dadas o finalidades, no intereses, y que con esto se quiere decir que el concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el derecho, como los deberes de cumplimiento de normas creados sólo por el mismo.

II. El connotado penalista español Silva Sánchez<sup>9</sup> nos dice en su obra *En busca del Derecho Penal*, de reciente aparición, que hace más de cinco lustros el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, como elemento integrante de una teoría de la legitimación del Derecho Penal, se halla en crisis. Esta crisis surgió, en opinión de nuestro apreciado colega y amigo, tan pronto como la doctrina del bien jurídico hubo de afrontar la realidad de los nuevos procesos de criminalización, para los que –debe convenirse– no estaba preparada, tras décadas de cómoda convivencia con los procesos de despenalización. Agrega el jurista español, invocando a Hefendehl,

---

<sup>6</sup> HORMAZÁBAL MALAAREE, *op. cit.*

<sup>7</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Adonde va el Derecho penal. Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles* (Madrid, 2004).

<sup>8</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, Tomo I (Madrid, 2007).

<sup>9</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *En busca del Derecho penal* (Montevideo-Buenos Aires, 2015).

destacado estudioso de la teoría del bien jurídico, que la pluralidad de doctrinas modernas acerca de qué es exactamente un bien jurídico ha hecho perder fuerza expresiva al concepto y que, por lo demás, las distintas concepciones se mueven con frecuencia en el voluntarismo, el intuicionismo o, sin más, constituyen meras peticiones de principios.

III. Un concepto como el de bien jurídico, que debe servir para controlar la actividad del legislador –el control democrático del que habla Hassemer<sup>10</sup>–, se halla puesto en duda en cuanto a su naturaleza, si se sitúa en el plano suprallegal, o deriva de la Constitución Política, o se extrae del Derecho Penal. Silva Sánchez<sup>11</sup> postula que las normas vigentes en cuanto destinatarias de protección penal también podrían denominarse bienes jurídicos, haciendo referencia de un conocido trabajo de Tiedemann, publicado en la *JuristenZeitung*, 1980, pp. 489 y ss.

IV. La crítica a la teoría del bien jurídico viene dada, no tanto por la negación de su capacidad limitadora del *ius puniendi*, sino principalmente por la posibilidad de que el Derecho Penal tenga que dejar de sujetarse a éste para cumplir con sus necesarias funciones protectoras.

Lo que se pretende sostener es que no todas las normas jurídico-penales legítimas se basan en bienes jurídicos.

V. Más allá de las interesantes discusiones dogmáticas en materia de bien jurídico y su trascendencia y funciones, que probablemente darían para un seminario dedicado por completo a ellas, es objetivo de esta comunicación exponer brevemente los criterios que ha desarrollado una parte de la Sala Penal de la Corte Suprema –constitutiva de voto de mayoría en numerosos asuntos– en torno al objeto jurídico del delito de tráfico ilícito de estupefacientes y a la naturaleza de éste, en cuanto delito de peligro, todo ello vinculado directamente al principio capital de lesividad u ofensividad social de la conducta.

VI. El principio de lesividad u ofensividad –*nullum crimen sine injuria*– busca asegurar que para la existencia de un delito es preciso que se vulnere un bien jurídico protegido, cuestión que entronca de lleno con el concepto material de antijuridicidad penal. La violación de la norma a través de la conducta debe producir una incidencia típica de lesión o de peligro sobre un bien jurídico tutelado.

La noción de bien jurídico en un Estado de Derecho liberal supone, puntualiza Hassemer<sup>12</sup>, el reexamen, fundado metodológicamente, del daño efectivo que se espera de un comportamiento incriminado y que es motivo de la incriminación.

---

<sup>10</sup> HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción a la criminología y al derecho penal, (Valencia, 1989), HASSEMER, Winfried, Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico, 46, en *Doctrina Penal* (1989).

<sup>11</sup> SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*

<sup>12</sup> HASSEMER, Winfried, Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico, *op. cit.*

Durante los años 2014 y 2015, la Segunda Sala ha conocido de numerosos recursos de nulidad interpuestos por la Defensoría Penal Pública, en contra de sentencias condenatorias por el delito del art. 4° de la ley N° 20.000 –tráfico ilegal de pequeñas cantidades de estupefacientes–, alegando, en mérito de la causal del art. 373 b) del Código Procesal Penal, infracción de ley en la configuración del tipo penal, por no haberse establecido en el protocolo requerido en el art. 43 de la ley del ramo la pureza de la droga incautada.

Los recurrentes invocan la ausencia de antijuridicidad material de la conducta, al no existir prueba de la efectiva idoneidad de la sustancia incautada para lesionar, en el caso concreto, el bien jurídico protegido. Es preciso estar frente a una sustancia capaz de generar graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública, evidencia que está ausente cuando la pericia no determina el grado de pureza de la droga y sólo manifiesta genéricamente que es pasta base o cocaína.

VII. Entre nosotros existe acuerdo en que el bien jurídico principalmente protegido por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes es la salud pública, esto es, la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas.

Secundariamente, se menciona la libertad de los individuos afectados, de resultas de la eventual dependencia física o síquica a que el consumo frecuente de las mismas puede conducir, con las derivaciones negativas de marginación social que lleva consigo la drogadicción.

Si estamos de acuerdo con Hassemer en que mientras no se haya mostrado con claridad que una determinada conducta humana produce efectos socialmente dañosos debe quedar libre de amenaza penal, mientras no esté acreditada en el proceso la real lesividad de la conducta incriminada, representada por el peligro concreto que reviste la sustancia estupefaciente respectiva –no olvidemos que es una pequeña cantidad– para el bien jurídico salud pública, no podrá ser apreciada como un injusto punible.

En esta opinión, que conforma la decisión de mayoría y ha acogido los recursos, se califica el tráfico ilícito de estupefacientes como de peligro concreto, caracterización que no sólo tiene importante incidencia en el ámbito dogmático y político-criminal, sino también –y muy directa– en el ámbito del enjuiciamiento.

El Ministerio Público sostiene, en cambio, que se trata de un delito de peligro abstracto, en que el riesgo de lesión del objeto jurídico de tutela es simplemente presumido por la ley.

Ya Von Hippel nos advertía que deben preferirse los delitos de peligro concreto sobre los de peligro abstracto. Anteriormente Binding<sup>13</sup> había denunciado que en los delitos de peligro abstracto existe una presunción de derecho de la peligrasi-

---

<sup>13</sup> VON HIPPEL, Robert *Deutsches Strafrecht*, Scientia Verlag (Berlin, 1930), *passim*.

dad del comportamiento, de suerte que un gran número de hechos no delictivos terminaría incluido en el ámbito de lo delictivo.

En estos casos, se presumiría justamente la base misma sobre la que se estructura el injusto, esto es, su antijuridicidad material.

Exigir la realidad del peligro, su prueba en el caso enjuiciado, implica requerir algo tan elemental como la seguridad de que la acción ha podido conducir al resultado dañoso cuya evitación ha tenido en mira el legislador. Si esta certeza no se alcanza, la acción debe quedar excluida de lo punible.

En su artículo sobre los delitos de peligro –*Revista de Ciencias Penales 1969*– Bustos y Politoff, a la par que reconocen la omnipotencia del legislador para configurar conductas delictivas, razonan con lógica irrefutable, que si el fundamento de la punibilidad en los delitos de peligro es el peligro, no se pueden castigar delitos de peligro sin peligro. En cuanto el peligro pertenece al núcleo del tipo y es por ende fundante de la ilicitud, ninguna interpretación puede prescindir de verificar su presencia. Finalizan su artículo señalando que los delitos de peligro son siempre delitos de resultado, es decir, requieren de una situación peligrosa efectiva y rechazando la noción de los delitos de peligro abstracto, que se fundan solamente en un desvalor de acción.

Al uso y abuso de los delitos de peligro abstracto por el legislador de nuestro tiempo se refiere críticamente Quintero Olivares<sup>14</sup> en su obra ya citada, *Adonde va el Derecho Penal*, figuras que sus defensores justifican por ser fruto de una necesidad de la época moderna. Es claro que resulta más fácil la aplicación de estos tipos de peligro abstracto, mucho más aliviados de problemas probatorios, pero se pone en cuestión la vigencia del principio de ofensividad, que no resulta inoperante en estas infracciones, sino que debe ser entendido de otra manera que en los delitos de lesión.

Es conveniente señalar que la historia fidedigna del art. 43 de la ley N° 20.000 nos informa que la obligación de indicar en los respectivos protocolos de análisis de droga la determinación de la pureza de la misma, fue incluida en la normativa a propuesta del entonces Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes –Conace– a sugerencia del Ministerio Público.

Con esta modificación el legislador del año 2005 insistió en la identificación de la salud pública como bien jurídico tutelado por el delito de que se trata, al requerir del ente acusador que pruebe en el juicio la peligrosidad para la salud pública de la sustancia específica requisada, mediante el informe técnico que, entre otros elementos, debe expresar la composición y grado de pureza de la sustancia examinada.

---

<sup>14</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan y POLITOFF, Sergio, Los delitos de peligro en *Revista de Ciencias Penales N° 1*. (Santiago, 1969), pp. 328 y ss.

De modo que la ausencia de este dictamen o la falta en éste de todas las verificaciones requeridas por la ley, obsta a esa acreditación y acarreará consecuencias relevantes en el Derecho Penal material y en el Derecho Penal adjetivo, esto es, no realización del tipo de injusto y decisión absolutoria, respectivamente.

Los colegas que discrepan de esta opinión estiman que la disposición del art. 43 de la ley N° 20.000 tiene un carácter meramente administrativo, por estar encaminada a facilitar la investigación del Ministerio Público, bastando que la sustancia incautada sea de aquellas prohibidas legalmente, para tener por concurrente el requisito de peligro para la salud pública, en mérito a una presunción de este resultado.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y POLITOFF, Sergio, Los delitos de peligro en *Revista de Ciencias Penales N° 1*. (Santiago, 1969).
- CURY, Enrique, Derecho Penal, Parte General (Santiago, 2005).
- HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción a la criminología y al derecho penal, (Valencia, 1989).
- HASSEMER, Winfried, Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico, 46, en *Doctrina Penal* (1989).
- HORMAZÁBAL MALAAREE, Hernán, Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (Santiago, 1992).
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, El bien jurídico en el derecho penal (Sevilla, 1974).
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho penal chileno, Parte especial (Santiago, 2005).
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Adonde va el Derecho penal. Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles (Madrid, 2004).
- ROXIN, Claus, Derecho penal. Parte general, Tomo I (Madrid, 2007).
- RUDOLPHI, Hans Joachim, Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico, en *Nuevo pensamiento penal* (1975), pp. 329-347.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús, En busca del Derecho penal (Montevideo-Buenos Aires, 2015).
- VON HIPPEL, Robert *Deutsches Strafrecht*, Scientia Verlag (Berlin, 1930).