

BIEN JURIDICO Y LEGITIMIDAD DE LA INTERVENCION PENAL*

Juan Antonio Lascurain Sánchez

Profesor titular de Derecho Penal de la Universidad Autónoma
de Madrid (España) y Letrado del Tribunal Constitucional de España.

Dr. Willman Durán Ribera, Presidente de la Sociedad de Ciencias Penales
de Santa Cruz de la Sierra.

Miembros de esta ilustre Sociedad.

Señoras y señores:

Deseo expresar, ante todo y en primer lugar, mi hondo sentimiento de satisfacción por recibir el inmerecido honor de ingresar en ese selecto grupo de juristas: satisfacción, porque refuerza aún más los estrechos lazos que, ya desde 1987, me unen a Bolivia; satisfacción, porque voy a estar acompañado y presidido por Willman Durán, entrañable compañero de viaje doctoral; satisfacción, en fin, porque me va a permitir continuar con mis compañeros cruceños la reflexión jurídica que desde hace más de un año nos ocupa en pro de la libertad y la profundización democrática. Quiero manifestarles mi sincera gratitud del modo que mejor sé y que es el más apropiado para esta sede: con estas breves reflexiones personales en torno al bien jurídico.

I. INTRODUCCION

1. "Quien se ocupa con cierta profundidad del desarrollo del problema del bien jurídico en los últimos tiempos, no se libra de una considerable desazón (...). El bien jurídico ha llegado a ser un auténtico proteo que se transforma repentinamente en otra cosa entre las manos que creen sostenerlo con firmeza". Estas afirmaciones, que Welzel incluyó en sus clásicos "Estudios acerca del sistema del Derecho Penal", de 1939, mantienen hoy plena vigencia. En efecto: el bien jurídico resulta ser en la actualidad un concepto dogmáticamente consolidado y cotidianamente utilizado por los operadores jurídicos; paradójicamente, sin embargo, constituye aún un foco permanente de confusión y de discrepancia de consecuencias teóricas y prácticas de no desdeñable trascendencia. Repárese en que el bien jurídico no constituye tan sólo un instrumento teórico a disposición de los jueces y de los estudiosos del Derecho Penal para la comprensión del sistema y para la extracción del mismo de nuevos mecanismos de resolución de conflictos, sino que, debido a su presencia expresa en la regulación del estado de necesidad y del delito continuado en el Código Penal

* El texto corresponde al discurso de ingreso en la Sociedad de Ciencias Penales de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), leído el día 9 de noviembre de 1995.

español (arts. 8.7° y 69 bis) y en la del cumplimiento de un deber en el boliviano (art. 11.3), se trata de una categoría legal de ambos ordenamientos. Obsérvese, asimismo, que el bien jurídico es utilizado por el legislador como instrumento para el discurso legitimador de sus opciones de regulación.

Ejemplifiquemos lo anterior acudiendo al tipo legal español de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, o al boliviano de conducción peligrosa de vehículos. El primero sanciona la citada conducta sin alusión expresa a efecto alguno de peligro para las personas (art. 340 bis a) del Código Penal); el segundo, a quien "al conducir un vehículo, por inobservancia de las disposiciones de tránsito o por cualquier otra causa originare o diere lugar a un peligro para la seguridad común" (art. 210 del Código Penal). Si hiciéramos una pequeña encuesta entre los jueces y los dogmáticos acerca del bien jurídico protegido por los mismos, obtendríamos probablemente hasta cuatro tipos diferentes de respuestas. Unos considerarían que el bien jurídico-penal es la mera regularidad de la conducta indicada o cierto tipo de obediencia a la Administración; otros optarían por la seguridad de la vida y de la integridad física de las personas; un tercer grupo afirmaría que los bienes jurídicos de los tipos reseñados son directamente la vida y la integridad física; cabría todavía una cuarta opción, consistente en alegar la ilegitimidad de los preceptos debido a la ausencia de una tarea de protección de bienes jurídicos.

Esta pluralidad no se debe únicamente a un problema de interpretación de los términos legales, sino que se sustenta también, como fácilmente puede deducirse, sobre diferentes concepciones del bien jurídico. Por otra parte, las divergencias no se detienen en una mera cuestión estética, sino que deparan una correlativa pluralidad de consecuencias. Así, por ejemplo, quien defienda que el bien jurídico-penal del tipo analizado es la vida y la integridad física se enfrentará con dificultades en España para aplicar al comportamiento típico tanto la regulación del estado de necesidad por la vía de la "lesión del bien jurídico" –y la del cumplimiento de un deber en Bolivia, que requiere que se "vulnere un bien jurídico"– como la del delito continuado, que el Código Penal español excluye para las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales. En cambio, dispondrá de un primer instrumento teórico para defender la legitimidad de la norma en función de las coherencia del objeto de protección con las condiciones esenciales de vida comunitaria.

Si pasamos al plano puramente teórico, encontraremos contradicciones no menos desalentadoras. Así, se expresará en unos lugares que la lesión del bien jurídico constituye la esencia del delito, mientras que en otros se afirmará la existencia de tipos delictivos sin bien jurídico; algunos autores defenderán que la protección de bienes jurídicos es requisito de legitimidad de la norma jurídico-penal, mientras que Amelung, por ejemplo, autor de indiscutible talla intelectual y talante liberal, concluirá con buenas dosis de razón que la raza aria fue el bien jurídico de las tristes leyes de Nuremberg. Resultará también sorprendente toparse con críticas a ciertas posturas relativas al bien jurídico por el hecho de que no cumplen algunas funciones que nunca pretendieron cumplir. Se configura así un panorama en torno al concepto de bien jurídico y a los enunciados teóricos que intentan describir o estipular su contenido que, lejos de la virtud, requiere, por su trascendencia, ser desbrozado con urgencia. A este empeño quisiera contribuir la reflexión que ahora se inicia.

2. La razón por la que el diálogo dogmático en torno al bien jurídico dista aún del consenso y por la que su utilización despierta frecuentemente más inseguridad que utilidad radica en la elección de un mismo concepto para la denominación de contenidos diferentes y para la instrumentación de distintas funciones. A este factor, sin duda el más relevante, se añade en ocasiones la diferencia de planos, descriptivo y normativo, en el que se mueven las tesis que pretenden confrontarse. En la primera parte de mi intervención expondré los rasgos principales de los dos tipos de teorías del bien jurídico que ha desarrollado históricamente la doctrina penal. Constatada la disparidad de contenidos en la unidad de continente, procederé a continuación a exponer dos necesidades: en primer lugar, la necesidad de los dos tipos de funciones que del bien jurídico se reclaman —la descripción y comprensión del sistema jurídico-penal—, y el establecimiento de límites político-criminales a la generación de normas penales— y, en segundo lugar, la necesidad de su instrumentación a través de distintas vías expresivas. En este marco se defenderá la conveniencia de reservar la expresión “bien jurídico” para la denominación de un concepto formal, cuyas funciones se reducen a las que acabo de señalar en primer lugar: la descripción y la comprensión del sistema jurídico-penal. Diferenciadas teóricamente la teoría del bien jurídico-penal y la teoría de los objetos legítimamente protegibles a través del Derecho Penal, dedicaré el final de mi exposición a una reflexión personal en torno a las mismas.

II. DIVERGENCIAS ESENCIALES ENTRE LAS AUTODENOMINADAS TEORIAS DEL BIEN JURIDICO

1. Se pueden escindir en dos las teorías que pretenden definir el bien jurídico. La primera de ellas, que, en alusión al contenido o a la misión del concepto definido se ha denominado formal, metodológica, dogmática o inmanente al sistema, concibe fundamentalmente el bien jurídico como el objeto de protección de la norma penal. No estipula, en principio, rasgo material alguno. Es frecuente, sin embargo, que los autores que propugnan una definición formal de este tipo, en función de la situación del bien jurídico en el sistema conceptual que explica el delito, añadan nuevos rasgos de tipo material. Esta operación la realizan, bien desde la perspectiva de su inherencia lógica, bien desde la descripción de los objetos a los que se refiere aquella definición en un determinado ordenamiento, con lo que constituirían en este último caso rasgos materiales contingentes. La tarea fundamental que se le asigna es, como sucede con otros conceptos puramente dogmáticos, como ha destacado Nino, la de facilitar el conocimiento del sistema jurídico-penal y la derivación de sus consecuencias. En otras palabras: la de instrumentar la expresión sintética del fin primordial de protección de la norma, para coadyuvar a la sistematización de los tipos penales, en primer lugar; a la delimitación del contenido de los mismos, en segundo lugar, y, finalmente, a la extracción del sistema normativo de consecuencias no explícitamente previstas por el legislador. Nos encontramos, pues, ante un instrumento dogmático que cifra su virtud en su utilidad universal para la comprensión de cualquier concreto ordenamiento jurídico-penal y que margina cualquier pretensión inmediata de evaluación de legitimidad del sistema al que se refiera.

La línea de pensamiento que atribuye un contenido formal al concepto de bien jurídico hunde sus raíces en el pensamiento de Birnbaum. Como ha demos-

trado el exhaustivo estudio de Amelung, el propósito del creador del concepto fue el de definir la esencia del delito frente a la insuficiente teoría de la lesión de derechos subjetivos. Esta tesis, de hondo arraigo iluminista, fuerza el significado del término lesión y deja fuera del Derecho Penal los delitos contra la religión y la moral, que tampoco podrían quedar lógicamente encuadrados dentro de las infracciones de policía. La valiosa aportación de Birnbaum para la determinación del objeto del delito hubiera pasado probablemente inadvertida de no haber sido por su recepción y consolidación en la obra racional-positivista de Binding. El camino por el que llega este autor al concepto de bien jurídico parte de la necesidad de diferenciar los múltiples tipos de actividades delictivas, cuyo rasgo formal común radica en la infracción, culpable y amenazada con pena, de una norma. La característica material que sirve a tal propósito tiene que enlazar con el fin de las normas, que es la garantía de los presupuestos de una vida jurídica pacífica y sana. Los bienes jurídicos quedan así definidos como "todo lo que a los ojos del legislador es de valor como condición de la vida sana de la comunidad jurídica".

El auge de la reflexión en torno a un concepto formal de bien jurídico no se produjo, sin embargo, hasta el apogeo de la influencia de la escuela neokantiana en la dogmática jurídico-penal. En 1930, Erich Schwinge llega a señalar que "el moderno concepto de bien jurídico se ha despojado de todo su contenido de Derecho natural; improcedente es toda apreciación de *lege ferenda* en torno a él". En relación con la sólida construcción de Binding, la nueva perspectiva aporta dos conclusiones originales a la indagación dogmática acerca del bien jurídico: la definición de los objetos de protección como valores y, frente a la mera función diferenciadora y clasificatoria de los tipos delictivos, su relevante aportación a la interpretación teleológica de los concretos preceptos penales de la parte especial.

2. El segundo grupo de teorías ha recibido las denominaciones de material, crítica, liberal, político-criminal y trascendente al sistema. Su rasgo común reside en la selección, a partir de ciertas pautas de origen ético, sociológico, político o jurídico-constitucional, de determinados bienes, y en el condicionamiento posterior de la legitimidad o incluso de la validez de las normas jurídico-penales a la protección de los mismos. Como se puede observar, la materialización del contenido del bien jurídico abre paso a un principio de legitimidad de las normas que sirve a la crítica del sistema y a la orientación de su futura conformación. Del plano de la comprensión del sistema en el que se ubica el concepto formal hemos pasado de la mano de una misma formulación lingüística al plano de la evaluación político-criminal del mismo. Dada la equívocidad constatada del concepto de bien jurídico y dado que lo que es no tiene por ello por qué deber ser, no es de extrañar que determinados objetos sean bienes jurídicos en el primer sentido del término y, a la vez, no lo sean en la segunda de las acepciones, y viceversa.

En cuanto a la finalidad crítica y limitadora de la labor legislativa, las teorías que definen un concepto material de bien jurídico hunden sus raíces en el Iluminismo y en sus tesis de la infracción de derechos subjetivos como contenido esencial del delito. Su origen como concepto suelen atribuirlo también al propio introductor del mismo, Birnbaum, lo que no debe extrañar, pues en su pionero trabajo de 1834, tras la elaboración de un concepto formal, se traslada al plano prepositivo y señala, si bien con gran amplitud, determinados rasgos materiales que debe reunir el objeto de protección: bienes que les son dados al

hombre por naturaleza o que son el resultado de su desarrollo social. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos del pensamiento de Liszt y de su teoría del delito como lesión de intereses, habrá que esperar a la discusión penal posterior a la Segunda Guerra Mundial para contemplar una significativa diversificación y profundización de la reflexión científica en torno al bien jurídico, como concepto material orientativo de la tarea de creación de normas penales y fiscalizador de la aplicación de las existentes. Este vigoroso rebrote viene alentado, en primer lugar, por la, al menos, parcial aceptación del pensamiento formal del bien jurídico por parte de los penalistas proclives al nacionalsocialismo. Un segundo factor impulsor lo constituyó la necesidad de pautas orientativas de tipo político-criminal para la reforma del Derecho Penal alemán, especialmente en materia de Derecho Penal sexual y de diferenciación entre el área de protección penal y el área de protección administrativa.

Por lo demás, so pena de convertir mi intervención en una reflexión histórico-dogmática, no puedo entrar a analizar la interesante construcción de Amelung acerca del delito como perturbación del sistema social constitucionalmente conformado, las definiciones personalistas de bien jurídico de Michael Marx y de Hassemer, ni la vinculación entre el bien jurídico y el orden constitucional de valores que proponen Sax y Bricola.

III. LA CUESTION TERMINOLOGICA: BIEN JURIDICO-PENAL Y OBJETO PENALMENTE PROTEGIBLE

1. Del esbozo anterior acerca de las características y las finalidades que se atribuyen al bien jurídico cabe extraer una primera conclusión: buena parte de la controversia y de los malentendidos que suscita este concepto, e incluso algunas de las consecuencias prácticas perniciosas que puede acarrear su aplicación, serían fácilmente evitables con una simple especificación lexicológica de conceptos tan diferentes como el que intenta captar el objeto de protección de la norma y el que quiere comprender los objetos cuya protección se estima legítima. No se trata, por lo tanto, de optar por un tipo de teorías del bien jurídico con exclusión del otro. Ambas corrientes dirigen el concepto al cumplimiento de una serie de funciones necesarias, ya para la mejor comprensión y delimitación del sistema, ya para su racional construcción. Se trata fundamentalmente de asignar distintos significantes, y, por lo tanto, de reservar la expresión "bien jurídico" a uno de éstos.

2. Se impone, pues, una diferenciación terminológica entre el objeto de protección de la norma, con independencia de su valor o de su oportunidad, y el objeto legítimamente protegible, con independencia de su efectiva juridicidad. La tesis que aquí se defiende es la de que se ha de reservar la expresión "bien jurídico" para la denominación del primer objeto. Apoyan la mismas razones principalmente semánticas, corroboradas por argumentos históricos, legales y consecuencialistas. Al segundo objeto cabe referirse con la locución "bien protegible" o, preferiblemente, "objeto protegible".

- a) En primer lugar: un análisis lingüístico de la expresión nos revela inmediatamente que el vocablo "bien" hace referencia al objeto de una valoración positiva y que el adjetivo que le acompaña alude al sujeto de dicho juicio. De ahí la íntima conexión del significado de la expresión con el Derecho

positivo y la utilización espontánea de la misma en un sentido formal. De ahí también las dificultades semánticas que ha de superar un contenido material de corte político-criminal para revestirse de la citada locución. En efecto, la definición de bien jurídico en clave crítico-material conduce a forzar el significado habitual de las palabras y, salvo especificación previa, hace extraño el uso del concepto en el discurso. Así, en contra del sentido común del lenguaje, resultará que un objeto de efectiva protección jurídica podrá no ser un bien jurídico y que existirán bienes jurídicos que no ostentan entre sus características la de ser objeto de efectiva consideración positiva por parte del Derecho. Sucederá también que existirán delitos sin bien jurídico, incluso en el caso de que la norma de valoración se refiera inequívocadamente a un objeto como referencia descriptiva de las conductas no deseadas. Quedará así desmentida la generalizada opinión de que todo delito supone la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico. Como puede observarse, la definición material de bien jurídico genera un embrollo lingüístico nada desdeñable, e incita a la confusión acerca de la condición jurídica de un objeto del que la misma se desea. Esta afirmación, por cierto, recuerda a la que generaba potencialmente la denostada teoría del delito natural.

- b) El segundo argumento, el histórico, se resume en la conclusión del documentado estudio histórico de Amelung: "Históricamente el dogma de la protección de bienes jurídicos es un producto del positivismo". La reflexión posterior en torno al bien jurídico se dirigió fundamentalmente a la configuración de un concepto de tipo formal, con funciones exclusivamente intrasistemáticas, como lo demostró paradigmáticamente su pervivencia en el período nacionalsocialista. Sólo tras la Segunda Guerra Mundial, como ya se ha señalado, se producen sólidos intentos de dotar de contenido material al bien jurídico y de instrumentar a través del mismo determinadas estrategias político-criminales.
- c) El concepto crítico-material se ve envuelto en algunas dificultades teóricas en la aplicación del estado de necesidad en el ordenamiento español. Si un sujeto lesiona típicamente un objeto de protección de una norma injusta en estado de necesidad, la aplicación de éste se verá dificultada por la ausencia de "lesión de un bien jurídico". Cabrá alegar, desde luego, que "infringe un deber", pero no dejaría de ser una curiosa contradicción la de considerar que el objeto de su lesión no alcanza la dignidad jurídica, mientras que al mismo tiempo sí lo hace el deber que infringe por lesionarlo o por no preservarlo.

3. Buena parte de los inconvenientes que presenta la atribución de un contenido crítico-material al concepto de bien jurídico se desvanecen con su orientación constitucional. Al condicionarse la calificación de un objeto como bien jurídico a su reconocimiento por la Ley Fundamental, se está afirmando su indiscutible juridicidad y, por lo tanto, la irreprochable sintonía entre expresión y contenido. Además, si la Constitución contempla la posibilidad y los mecanismos necesarios para expulsar del ordenamiento aquellas normas penales cuyo objeto de protección no sea un "bien jurídico", un bien constitucional, regirá sin excepciones la asignación a cada norma penal de un bien jurídico.

El reencuentro entre contenido y lenguaje se sustenta sobre una coincidencia contingente entre los objetos de protección y los objetos protegibles. La

adecuación del concepto material al lenguaje desaparecerá, sin embargo, obviamente, en Estados sin Constitución, en los que pareceríamos abocados a reconocer un ordenamiento jurídico-penal sin bienes jurídicos. En los ordenamientos con Constitución no democrática parece lingüísticamente sostenible un concepto constitucional de bien jurídico, pero éste habrá perdido toda la carga crítica que constituye su razón de ser y que radica en el control del constituyente democrático sobre el legislador penal: esta tarea se desvanece en un concepto de corte neopositivista si el control lo realiza el constituyente autoritario sobre el legislador a su servicio.

4. A la corrección lingüística que se busca con la asignación de un contenido formal al concepto de bien jurídico puede añadirse la virtud de la precisión si, como ha propuesto Mir Puig, se refiere la expresión al ámbito específicamente penal. El bien jurídico-penal denominaría así al objeto de protección de la norma penal. De este modo, además, la calificación de un determinado objeto no sólo como bien jurídico, sino como bien jurídico-penal nos suministrará datos añadidos del mismo en función de la política criminal efectiva que oriente el sistema jurídico de que se trate. Así, por ejemplo, si se trata de un ordenamiento jurídico democrático, la calificación penal del bien jurídico nos indicará, en principio, que estamos ante una condición fundamental de la vida social en libertad, que el objeto de protección no era eficazmente protegible a través de medios de menor intensidad coactiva, y que su efectiva protección a través del Derecho Penal es posible sin vulneración de los elementales principios de legalidad, igualdad, culpabilidad, proporcionalidad y humanidad de las penas.

Las mismas razones que abogan por una enriquecedora distinción entre bien jurídico y bien jurídico-penal lo hacen por la especificación entre objeto jurídicamente protegible y objeto penalmente protegible.

IV. TEORIA DEL BIEN JURIDICO-PENAL

1. Me propongo, a partir de este momento, concretar los puntos de partida señalados en una teoría del bien jurídico-penal. Razones de funcionalidad, de coherencia con el uso habitual del lenguaje y de conformidad con la utilización legal del término me inclinan a estipular el siguiente contenido para el concepto de bien jurídico-penal: el objeto inmediato de protección de la norma penal. El bien jurídico-penal expresa la razón de ser de la norma y su finalidad primordial. La norma penal es una directriz coactiva de conducta que, por una parte, aísla conceptualmente un determinado tipo de comportamientos y, por otra, pretende su evitación o su realización a través de la amenaza de la pena. El bien jurídico-penal indica sintéticamente la razón principal de la coacción, al expresar el objeto afectado por los comportamientos amenazados y cuya protección es el fin que ha motivado la puesta en marcha del mecanismo instrumental penal.

2. La definición de bien jurídico-penal que aquí se defiende es una definición formal en el sentido de que la característica que contiene y que, por lo tanto, permite que se califique una entidad como bien jurídico-penal, es puramente externa: la de ser objeto de protección a través de cierto mecanismo. La cuestión que ahora nos interesa y que de hecho ha suscitado las más variadas respuestas es la de la determinación de otros caracteres formales o materiales comunes a los bienes jurídico-penales. El bien jurídico se ha definido como "situación o estado de cosas positivamente valorado" (Jakobs), "valor" (Jäger), "objeto en su relación con la persona" (Michael Marx), "posibilidad de partici-

pación” (Callies y Mir Puig), “interés” (Hassemer) o “unidad de función valiosa” (Rudolphi).

A partir de la definición del bien jurídico-penal como el objeto inmediato de protección de la norma penal y de la consideración de ésta como una regla de conducta consecuente a una valoración, se colige que la conducta contemplada por la norma es, desde su perspectiva, una conducta disvaliosa y que el rasgo común de los objetos cuya protección fundamenta la tipificación tiene que estar constituido por la posesión de alguna propiedad valiosa que el ordenamiento desea mantener o producir. De ahí que la lesividad de una conducta consista precisamente en el empeoramiento –o, en ciertos casos, en el no-mejoramiento– de la realidad desde una determinada perspectiva axiológica. Y de ahí que se pueda ampliar la caracterización del bien jurídico-penal, siguiendo a Kindhäuser, como propiedad valiosa de la realidad, según el criterio de valoración del ordenamiento jurídico-penal. Si el bien es una propiedad valiosa de un derecho o de una norma, continúa este autor, su lesión se produce cuando disminuye su valor en relación con dicha propiedad. Si el bien es una propiedad del hombre, la lesión podrá consistir en una influencia sobre su organismo o sobre su psique cuando la propiedad se refiera a su esencia vital, y en el menoscabo de sus derechos cuando la propiedad se refiera a su condición de persona. La protección de los bienes que consistan en propiedades naturales supone así la protección de su existencia; la de los que consisten en propiedades normativas o convencionales, la de su vigencia fáctica.

El uso habitual del lenguaje parece confirmar la adscripción al bien jurídico de la característica de constituir una propiedad valiosa. Términos como “libertad”, “honor” o “propiedad” son cotidianamente utilizados para hacer referencia a bienes jurídico-penales. Parece patente, sin embargo, que estos sustantivos no designan realidades concretas, sino lo que tienen en común múltiples realidades concretas en cuanto portadoras de una propiedad relevantemente valiosa: designan, pues, la propiedad misma. Debe recordarse, sin embargo, de nuevo con Kindhäuser, que la necesaria utilización de nombres abstractos para la denominación de los bienes jurídico-penales, pues se trata de comprender los múltiples objetos amenazados por un cierto tipo de conducta, no debe inducir a la comprensión de que el objeto de protección está constituido por entidades ideales. Objeto de protección de las normas penales no son meras abstracciones, sino concretas propiedades de concretas realidades portadoras de valor.

Si el bien jurídico-penal sintetiza el fin de protección de la norma penal y si, además, queda definido como propiedad valiosa desde la perspectiva del ordenamiento, habremos de constatar la confluencia entre fin del Derecho Penal y valor. Se ha de advertir de nuevo que la tarea del Derecho Penal no consiste en la protección de ciertas entidades ideales, sino de la configuración de la realidad, de la vida social, conforme a ciertos valores. La protección de la conservación del valor de la vida social, según cierta configuración, motiva la discriminación de ciertas conductas y su coactivo desaliento a través de la amenaza y la imposición de la pena, que sirve, además, de aliento y reafirmación del ejercicio vital conforme al ordenamiento, y de la vigencia de la regulación que éste impone. El fin del Derecho Penal es, en suma, la protección de ciertas propiedades valiosas que configuran un determinado modo de vida en común. La especificación del tipo de bienes y del tipo de ataque dependerá en gran medida del criterio político-criminal que inspire el ordenamiento y, con ello, en última instancia, de la función y fin del Estado del que el Derecho Penal emana.

3. La íntima conexión existente entre norma penal y bien jurídico-penal fuerza a que el hallazgo de éste pase por la interpretación de los términos con que la norma se enuncia. La determinación del bien jurídico-penal es, pues, fruto de la interpretación de la norma, aunque, curiosamente, colabore después a la delimitación del ámbito de la misma. Para alcanzar la precisión del objeto de inmediata protección habrá que reflexionar acerca de la propiedad relevantemente valiosa de la realidad que queda aminorada o no sustentada por el comportamiento que describe el precepto de la norma. La operación será relativamente sencilla cuando el tipo penal incluya un resultado consecuente a la conducta que describe, pues dicho resultado reflejará la transformación negativa de la realidad que se pretende evitar. Más afinado deberá tornarse el análisis de las consecuencias valorativas de las normas que se limitan a prohibir u ordenar un determinado comportamiento y que, en última instancia, podrán reducirse a la mera regularidad de un cierto tipo de conductas. Como afirma el profesor Bajo Fernández, "sólo una visión material del bien jurídico puede negar la existencia de la lesión de un bien jurídico en estos casos".

El estudio de la literalidad del precepto podrá permitir la consideración alternativa de diversos bienes jurídicos. Habrá de recurrirse en estos casos a las reglas de la interpretación jurídica que se describieron ya en el primer ejercicio.

4. De la asunción de la definición propuesta del concepto "bien jurídico-penal" se infiere una serie de consecuencias trascendentes para el conocimiento de nuestro sistema jurídico-penal. La más inmediata se puede resumir en el siguiente enunciado: toda norma penal protege un bien jurídico-penal, aunque un mismo bien jurídico-penal puede ser protegido por distintas normas penales que diferencien modalidades de ataque a dicho bien. A esta consecuencia debe sumarse la conclusión del carácter tautológico de la expresión que denomina el contenido del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. La mayor o menor dificultad en la determinación del bien o en su expresión no deben confundirse con su propia existencia.

El concepto útil de bien jurídico-penal presenta unos contornos tan amplios que es capaz de abarcar en su seno cualquier cualidad de la realidad disminuable o sostenible por el quehacer humano. Así, la cualidad podría hipotéticamente consistir en la existencia de una realidad natural, en la vigencia fáctica de una norma o de un derecho, en el funcionamiento de una institución, o, con independencia de su evaluación como objeto legítimamente protegible, en la vigencia fáctica de una concepción moral o en el respeto a un símbolo. Si el bien jurídico-penal es lo protegido por la norma penal, protegida puede ser cualquier cosa lesionable por aquello de lo que se ocupa el Derecho, que es el comportamiento humano. Por ello disiento del planteamiento de Jakobs, que le conduce a la conclusión de que "el rico contenido normativo del Derecho vigente no queda explicado si el fin de la norma se busca tan sólo en la protección de bienes jurídicos (...); las normas que pasan el filtro de la dañosidad social son normas que protegen bienes jurídicos, normas que producen bienes jurídicos (delitos especiales y delitos de propia mano) y normas que protegen la paz social".

5. La inmediatez de la protección penal no constituye dato en absoluto baladí, pues selecciona entre los distintos objetos que pueden quedar simultáneamente amparados por la norma en una misma línea de protección, aquél cuya incolumidad centra el sentido de la norma. Lejos de su mera consideración en función de la protección de otro bien, el bien jurídico-penal merece la atención incondicional del legislador penal. Considero que esta reflexión es importante

no sólo para la indagación del bien jurídico-penal de los delitos de peligro, que, como señala el profesor Rodríguez Mourullo, es la seguridad de otro bien, pero no este bien mismo, sino para el estudio de tantos delitos que protegen objetos que en mayor o menor medidas sirven instrumentalmente a las necesidades esenciales de la persona humana. La estimación en todos estos delitos de que bienes jurídicos son tanto la seguridad de los bienes "de atrás" como estos mismos o sólo éstos, o de que lo son tanto el bien instrumental como el bien final, o sólo éste, plantea serios inconvenientes. Diluye la capacidad instrumental general del concepto, pues en última instancia el bien jurídico-penal se reduciría al hombre. En segundo lugar, puede conducir a equívocos en el análisis de legitimidad de la norma, pues hasta los delitos de peligro más lejano y menos grave podrían aferrarse a un bien jurídico de especial trascendencia para adquirir legitimación. Finalmente, genera consecuencias inadecuadas en la apreciación del estado de necesidad y del delito continuado. No se entiende, en general, por otra parte, por qué sólo los delitos de peligro despiertan el afán de acercar el bien jurídico penalmente protegido a los intereses individuales. Sólo en ellos parece suscitarse la necesidad de indagar más allá del objeto inmediato de protección para el hallazgo de aquél. Sorprende que, coherentemente, no alienten dicha inquietud otros delitos en los que se reconoce sin más que el bien jurídico es la libertad de competencia, el poder ordenador de la administración en materia de precios, el modelo económico, la seguridad del tráfico mercantil, la solidaridad, la economía nacional o el erario público.

6. Analizada la definición del concepto "bien jurídico-penal", corresponde ahora el análisis, aunque sea breve, de sus principales funciones. La funcionalidad del concepto "bien jurídico-penal" radica sobre todo en su capacidad de síntesis. El bien jurídico-penal es el elemento de la teoría del delito que nos permite conocer de manera simple el objeto cuya protección motivó la elaboración de la norma y alrededor del cual gira buena parte de los elementos de la misma. La constatación sintética del objeto inmediato de protección es de radical importancia, en primer lugar, para el estudio de la legitimidad de la norma, pues facilita extraordinariamente el análisis de coherencia de su defensa con los principios del modelo de Estado al que el concreto ordenamiento penal sirve y, en general, con las valoraciones ético-sociales.

El concepto de bien jurídico es, en segundo lugar, un instrumento que orienta de un modo racional y previsible la interpretación de los tipos penales. Es cierto que son precisamente dichos términos el vehículo principal que conduce a la determinación del bien jurídico. No obsta este hecho a que, constatado éste, aquéllos orienten su significado, en una segunda operación, al cumplimiento del fin de protección señalado como adecuado. Por otra parte, el ámbito normativo quedará limitado a aquellos comportamientos que de hecho menoscaban el bien jurídico-penal, cuando dicho menoscabo era un resultado objetivamente previsible en el momento de su realización. Sólo cabe afirmar el juicio de tipicidad de un comportamiento cuando a éste le es objetivamente imputable el menoscabo del bien jurídico-penal.

La tercera función que quisiera destacar del concepto se sitúa en el ámbito de la resolución del concurso aparente de normas. En el análisis de la intervención o el desplazamiento de una norma penal por la retirada o la aplicación preferente de otra, jugará un importante papel la determinación de los bienes jurídicos protegidos y de las relaciones entre ellos. A falta de una diferencia relevante en las modalidades de ataque, la resolución de la concurrencia de

normas podrá producirse a partir del hecho de que el bien jurídico-penal de una de las misma no sea más que una especificación del de la otra, de que la lesión de uno de los objetos de protección presuponga la del otro, o del valor desproporcionadamente superior de uno de los bienes jurídicos.

La cuarta y última función a la que haré referencia tiene estrecha relación con la espinosa cuestión de la ubicación sistemática del consentimiento. Una cuidadosa determinación del jurídico penalmente protegido por una norma pone también de manifiesto cómo ciertos comportamientos que lesionan materialmente un objeto no son comportamientos sujetos a responsabilidad penal, pues no acompaña a dicha lesividad una correlativa lesividad desde la perspectiva jurídica: no se produce un menoscabo del bien jurídico-penal en cuestión. Se trata de tipos penales que el legislador crea para la protección de la capacidad de disposición de los sujetos sobre determinados objetos y no para la protección de la integridad de los mismos, cuyo detrimento será jurídicamente irrelevante si es consentido por su titular. No estaremos entonces en estos supuestos ante la lesión justificada de un bien jurídico-penal, sino ante la inexistencia de dicha lesión.

V. TEORIA DE LOS OBJETOS PENALMENTE PROTEGIBLES

1. La parte final de mi exposición se dedica a la teoría de los objetos penalmente protegibles. Esta teoría, en cuanto que pretende poner de relieve no aquello que el Estado puede proteger fácticamente a través del Derecho Penal, sino aquello que puede racionalmente con este instrumento, ha de partir de algún criterio de legitimidad. Punto de partida es la adopción de un criterio democrático de legitimidad como informador de la política criminal, que exige al Derecho Penal la protección exclusiva de objetos que constituyen condiciones fundamentales de libertad del sistema y que, siendo amparables eficazmente por el Derecho Penal con respeto a los elementales principios informadores del mismo, no lo son por medios de menos intensidad coactiva.

2. El criterio de legitimidad democrática se sustenta sobre los valores de la libertad y de la dignidad igual de todos los hombres. Su plasmación jurídico-organizativa en un modelo estatal se puede desmenuzar en una serie de condiciones de convivencia, que constituyen así condiciones de libertad: posibilidades de comportamiento, circunstancias vitales, prestaciones del Estado o de otros individuos. El Derecho sancionador del Estado democrático, la coerción en la libertad, encuentra su justificación y su sentido, por de pronto, en la preservación de aquellas condiciones. De este modo, el elenco de las mismas conforma la base sobre la que edificar el catálogo de los objetos protegibles. Cabrá entonces afirmar que una norma coactiva será ilegítima en cuanto tal si la norma de comportamiento que prescribe no sirve a la ampliación de los márgenes propios de un sistema democrático de convivencia: si su fin de protección no se proyecta sobre alguno de los objetos que dimanen del criterio de legitimidad democrática. La concreción de estos objetos puede realizarse a partir de los derechos subjetivos y de los mecanismos de organización política propios de un Estado social y democrático de Derecho, plasmación organizativa del criterio democrático de legitimidad. Debe quedar claro en todo caso que no cabe legitimación democrática de los preceptos sancionadores puramente caprichosos, ni de aquellos que se limitan a proteger una determinada concep-

ción moral de la sociedad, ni de los que protegen un objeto incompatible con un derecho o libertad fundamental, ni los que sancionan el ejercicio adecuado de los mismos sin justificación en la tutela de un derecho o libertad prevalente.

3. El rasgo de constituir una condición de vida comunitaria en libertad es, pues, el que comparten los objetos protegibles por un Estado democrático y el que conforma un primer círculo de objetos de entre los que espigan los penalmente protegibles. El segundo filtro es el que provee el principio de estricta necesidad de la intervención. Si el Derecho Penal es un mecanismo coactivo y si su finalidad es el aumento de las cotas de libertad, la optimización del balance final en términos de libertad empujará al Estado Democrático a su utilización sólo cuando constituya un mecanismo eficaz y sólo cuando constituya el mecanismo eficaz menos gravoso. De ahí que sólo deba merecer la consideración de objeto penalmente protegido aquel que sea eficazmente amparable por el Derecho Penal, sin que, a su vez, lo sea por un medio de menor intensidad coactiva.

La segunda restricción que impone el criterio democrático de legitimidad a la intervención penal protectora de las condiciones esenciales de libertad del sistema proviene del necesario respeto que debe procurar la misma a los esenciales principios de legalidad, igualdad, culpabilidad, proporcionalidad y humanidad de las penas. Esta limitación tiene una importancia bifronte para filtrar de nuevo los objetos protegibles en busca de los penalmente protegibles. Por una parte, habremos de excluir de este grupo los que no sean susceptibles de protección penal eficaz sin la vulneración de los principios reseñados: por otra, el principio de proporcionalidad supone que sólo podrá procederse a la imposición de una sanción grave, como lo es en todo caso la pena, cuando se realice una conducta gravemente disvaliosa, lo que, a su vez, implicará cierta trascendencia del bien menoscabado. De ahí y de las conclusiones anteriores que podamos afirmar que sólo podrán ser penalmente protegibles en un sistema democrático aquellos objetos que constituyen condiciones fundamentales de libertad del mismo y que, siendo amparables eficazmente por el Derecho Penal con respeto a los elementales principios informadores de dicho sistema, no lo son por medios de menor intensidad coactiva.

4. Las reflexiones precedentes introducen la interesante cuestión de la relación que han de mantener los bienes jurídico-penales y, en general, los bienes jurídicos, respecto de los bienes jurídico-constitucionales en los Estados democráticos. Si los bienes jurídico-constitucionales de los Estados democráticos no son sino la expresión de las condiciones esenciales de convivencia en libertad, resultará que el texto constitucional establece un panorama de protección vinculante para la justificación inicial de la limitación de la autonomía individual que supone siempre la vigencia de un precepto penal. No debemos, sin embargo, precipitarnos a la hora de extraer conclusiones del razonamiento anterior. Como destacó inicialmente Sax, ambos órdenes de bienes jurídicos, constitucional y penal, no pueden ni deben coincidir a la vista de la diversidad de objetivos del constituyente y de legislador penal: el primero pretende afirmar las condiciones esenciales de la vida comunitaria, fundamentalmente para definir el papel del Estado en cuanto a su respeto y garantía; el segundo, asegurar las mismas, sus presupuestos y derivaciones siempre que sean fundamentales y que esta tarea sea imprescindible. La relación no ha de ser, pues, de coincidencia, sino de coherencia. El Derecho Penal, y, en general, el Derecho sancionador,

sólo puede afectar al principio esencial de libertad, valor frontal del sistema constitucional, para servir a este sistema de valores. En este sentido ha declarado el Tribunal Constitucional que la libertad general de actuación o la libertad general de autodeterminación individual es un valor superior del ordenamiento jurídico derivado del art. 1.1 de la Constitución y, cito textualmente, que “ha de considerarse necesario, asimismo, que la restricción de la libertad individual que toda norma general comporta se realice con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses, que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho”.

Del planteamiento expuesto quisiera exponer dos implicaciones. La primera tiene que ver con su flexibilidad, que permite la justificación de la intervención penal para la protección de objetos no explícitamente reflejados en la Constitución. Objetos protegidos son también los implícitamente reconocidos por la Ley Fundamental, aquéllos a los que la misma se refiere por remisión a textos internacionales y también bienes que son presupuesto o derivación necesaria de todos los objetos anteriormente reseñados. La laxitud de la vinculación responde adecuadamente a la crítica de Pedrazzi del bloqueo del recurso a la pena ante “necesidades nuevas e imprevisibles de tutela que la rápida evolución de la sociedad pueda exigir”. La segunda consecuencia del planteamiento expuesto repara en que el legislador no está obligado, en principio, a proteger todos y cada uno de los bienes constitucionales. Esta obligación no sólo quedaría deslegitimada por el postulado de *ultima ratio*, sino que sería, además, normalmente inexigible jurídicamente, al presuponer el control constitucional de disposiciones legales la existencia de éstas. La Constitución no impone la protección penal, sino que suministra pautas vinculantes acerca de los bienes susceptibles de ser objeto de la misma.

VI. CONCLUSIONES

1. Concluyo y resumo. Al comienzo de mi intervención he destacado la confusión teórica y las consecuencias prácticas negativas que genera la utilización del concepto “bien jurídico”. Estimo que la causa de estos efectos radica en la elección de una misma expresión para la denominación de contenidos diferentes y para la instrumentación de distintas funciones. De ahí que, por razones lingüísticas, históricas y de consecuencias prácticas, se deba reservar la expresión “bien jurídico” a la denominación del objeto inmediato de protección de la norma. Sus funciones se reducen a la descripción y a la comprensión del sistema jurídico-penal. La expresión de lo que se puede proteger en coherencia con un determinado criterio de legitimidad quedará asignada a una teoría de los objetos penalmente protegibles.

2. El bien jurídico es el objeto inmediato de protección de la norma penal. Se caracteriza, además, por constituir una propiedad valiosa de la realidad. Implicación de estas afirmaciones es la de que todo tipo penal protege un bien jurídico-penal, lo que convierte en tautológica la expresión del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. En los tipos de peligro el bien jurídico-penal queda constituido por la seguridad de otro bien. La funcionalidad del concepto “bien jurídico-penal”, tal como ha quedado definido, radica en su capacidad de síntesis del sentido y fin de la norma, de gran trascendencia para el análisis de legitimidad de la misma, para su interpretación, como referente del

juicio de imputación objetiva, para el análisis de la eficacia del consentimiento o para la resolución de los concursos aparentes de normas.

3. El Estado democrático sólo puede proteger aquellos objetos que constituyen condiciones fundamentales de libertad del sistema y que, siendo amparables eficazmente por el Derecho Penal con respeto a los elementales principios informadores del mismo, no lo son por medios de menor intensidad coactiva. Este principio y la misión constitucional de la Ley Fundamental imponen una relación de coherencia entre los bienes jurídico-penales y el orden constitucional de valores.

Muchas gracias.