



Bien jurídico “penal”. Contenido procedimental y nuevo contenido material

Justo Fernando Balmaceda Quirós¹

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO	RESUMEN
<p>Historia del artículo: Recibido el 23 de mayo de 2011 Aceptado el 15 de julio de 2011</p> <hr/> <p>Palabras clave: Bien jurídico penal. Cosa justa abstracta. Principio de lesividad. Ultima ratio. Fragmentariedad. Subsidiariedad. Contenido material. Lesión del deber.</p>	<p>El clásico objeto de protección del Derecho penal, el bien jurídico, aún se presenta como dogma de la teoría del delito, a pesar de la incursión funcionalista de la idea de lesión del deber como objeto de protección del Derecho penal. El paso del tiempo, con los variadísimos ensayos para dotar al bien jurídico de un concepto material universal, pero adaptable a los cambios sociales, aunque ninguno concluyente (tanto en sí mismo, como por opinión de todos los doctrinarios) nos ha puesto en el trabajo de buscar en la Filosofía del Derecho alguna propuesta con esas características: creemos que la hemos encontrado en la idea del derecho como <i>cosa justa abstracta</i>.</p> <p>Dividiremos este trabajo en dos partes, tratando en la primera de exponer todo el tema, para en la segunda poder plantear nuestra propuesta conceptual.</p>

"Criminal" legal good. Procedural content and new material content

Introducción

El título de ésta investigación es polémico por sí mismo, pues se han ensayado varias propuestas sobre el concreto contenido material o sustancial del concepto de *bien jurídico*: bien, interés, valor, valor ideal, valor socialmente reconocido, facultad o derecho subjetivo; y ya otras ideas se alejan de él: infracción de un deber, respeto a los sistemas sociales, entre otras; pero la Doctrina no lo ha determinado concluyentemente, ni se ha logrado un consenso para los aspectos político-criminales necesarios para concretar su adopción y protección; el concreto contenido que plantearemos lo será un poco más.

El legislador tampoco demuestra un orden sistemático, o coherencia clasificatoria, al momento de ubicar los respectivos tipos penales en el Código. Algunas veces argumenta que se relacionan mucho con tal o cual figura ya regulada, las más por la prisa de promulgar una norma ante la demanda social de seguridad (ante una u otra manifestación social de moda, *v. gr.* secuestros, lavado de activos, etc.), y algunas veces nos plantea bienes jurídicos tan amplios que se difumina una protección real de lo que se haya querido proteger, pero casi siempre echamos de menos una explicación profunda de porqué se defiende tal o cual realidad ante tal o cual conducta (su política-criminal).

¹ Profesor de Derecho Penal en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (USAT) – Chiclayo (Perú). Doctorando en Derecho Penal en la Universidad de Navarra (España), Becario de la USAT y de la Asociación de Amigos de la Universidad de Navarra (ADA).

2. Por eso, nos *proponemos investigar y plantear*, de manera introductoria, crítica y sin ánimo de una exhaustiva descripción histórica –para lo cual nos remitimos a lo ya escrito sobre la materia–, pero sí con el de proponer una solución o de renovar la discusión, sobre *¿cuál es el contenido –material– del concepto de bien jurídico? ¿A qué nos referimos cuando hablamos del bien jurídico –y de “bien jurídico penal”– protegido?* Al menos vamos a tratar de averiguar nuevas respuestas.

3. Plantearemos ideas que nos ayudarán a *contextualizar el trabajo*, para poder entender las novedades que introduciremos. Las ideas contextualizadoras serán muy resumidas en función a lo mucho y respetable que ya se ha dicho sobre ellas (y remito a las obras que sobre estos temas ya existen, pues no pretendo realizar un resumen total de ellas, sino aportar ideas nuevas; en todo caso siempre existirán aquellas para ser consultadas). Así, empezaremos tratando la vigencia del principio de lesividad y el bien jurídico como objeto de protección del Derecho penal, luego revisaremos los aspectos adjetivos o procedimentales y las funciones del bien jurídico: límite, interpretación y política criminal, que hasta ahora han conseguido un consenso doctrinal; finalmente presentaremos nuestra propuesta de contenido material del bien jurídico “penal”.

4. Pero debemos admitir –primero– que es verdad la relación estrecha entre el Derecho penal y la Filosofía del Derecho, para dejarse guiar por el planteamiento que enunciaremos.

² MIR PUIG, Santiago, “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites al *ius puniendi*”, *EPC XIV* (1989-1990), ed. Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela-España, p. 205: “[...] principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Se hace hincapié en la exigencia de que el Derecho Penal castigue únicamente ataques a bienes jurídicos. Ello es una de las manifestaciones de un planteamiento político-criminal más global: el que parte de la necesidad de postular un uso lo más restrictivo posible del Derecho penal”. También GÓMEZ PAVÓN, Pilar, “El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento”, *CPC 53* (1994), Edersa, Madrid-España, pp. 459-450: “[...] la finalidad del Derecho Penal, o su función, vendría dada por la salvaguarda de bienes jurídicos [...], determinación del interés digno de protección”. *Vid.* también SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, ed. Bosch, Barcelona-España, 1992, p. 286: “La teoría de los procesos de incriminación, que desembocan en la tipificación de una determinada conducta como delictiva (punible), se halla presidida por dos aspectos: en primer lugar, por la determinación de cuales hayan de ser los «bienes jurídicos penalmente protegibles»; en segundo lugar, por la creación práctica del *principio de fragmentariedad* [...], una conducta no puede ser incriminada si no

1. PRINCIPIO DE LESIVIDAD: ASPECTOS MATERIALES DEL BIEN JURÍDICO YA DETERMINADOS.

1. Primero, sobre el principio de lesividad podemos decir que algo de mucha entidad (o valoración) *debe verse afectado*² de manera muy grave para que el Estado actúe, con su manifestación más agresiva, para defender a los individuos y a la colectividad, y pretender regresar o mantener la estabilidad y tranquilidad de la sociedad (entendida como convivencia pacífica de seres libres y responsables), sino el Estado perdería legitimidad, la pena no tendría sentido, pues trata con personas³ ¿Sobre qué se construye todo el sistema Jurídico? ¿Cuál es su objeto de protección? Ante una situación conflictiva “muy grave” intervendrá el Estado para restaurar la obediencia al sistema jurídico, la tranquilidad social, pudiendo, también, dejar aspectos que involucran a la sociedad en manos de los particulares, cuando se deba –casos menos graves-. Así, el principio de lesividad se relaciona intrínsecamente con los principios de *última ratio* y *fragmentariedad*. Es decir, que el Derecho penal gana legitimidad de intervenir –en un Estado de Derecho– cuando efectivamente algo que merece protección ha sido lesionado, o corre peligro de serlo, pero sólo si las otras ramas del Derecho (y de su Estado protector) no han podido protegerlo con las armas con que éstas cuentan, sólo entonces el Derecho penal intervendrá para tratar de poner orden y paz con la coerción y coacción que lo caracteriza, y con sus armas: las penas. El poder de imponer penas por parte del Estado debe verse limitado⁴ –y esa es una de las funciones que cumple el bien jurídico, y que veremos más adelante–, como una manifestación del *carácter fragmentario*⁵ del

se dirige contra un «bien jurídico-penal»; sin embargo, aun constituyendo una agresión contra un bien que presente tal naturaleza, cabe que no sea susceptible de ser incriminada, si no supone una forma de ataque tan grave como para requerir su tipificación penal”.

³ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, ed. Colex, Madrid-España, 1998, p. 174: “TERRADILLOS considera que la máxima *nullum crimen sine iniuria* adquiere categoría constitucional en el art. 10.1 [Constitución española], en el que se consagra la dignidad de la persona como fundamento del orden político, estimando que ello implica «la imposibilidad de restringir sus derechos cuando no sea imprescindible»”.

⁴ En un matiz muy interesante: “[...] los denominados «límites» son fines del Derecho penal, no ya por razón de que todo lo que limita de hecho co-fundamenta, sino porque el Derecho penal moderno se justifica básicamente, frente a otros modelos anteriores y otros medios de control social, por el cumplimiento de tales finalidades garantísticas [...]”, en SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 281.

⁵ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, ed. Bosch, Barcelona-España, 1976, p. 126: “[...] el *ius puniendi* ha de ejercerse en la sola medida exigida por la protección de la sociedad, es el llamado “*carácter fragmentario*” del Derecho penal.

Derecho penal, cuando pretende limitar la libertad de la persona.

2. Esta realidad funcional del Estado, en su manifestación más gravosa, como es el *Derecho penal*, suele privar a los hombres del don máspreciado después de la vida que es la libertad, y, cuando no, a veces –aún, en algunos sistemas jurídicos– de la vida misma, por lo que debe andarse con cuidado cuando se determinen sus límites (política-criminal)⁶. Ya que ésta realidad funcional es así de importante, ¿qué debe tener una “entidad” tan alta que obligue al Estado a intervenir para restaurar el orden? ¿Qué objeto de la decisión político-criminal estatal deberá ser protegido con el Derecho penal –cuál es el objeto de éste: ya que toda ciencia se especifica por su objeto–?

Aunque respetamos las posiciones modernas (sin que por ello nos calificuemos de anticuados, sino de realistas, como ya veremos), estimamos que sus explicaciones basadas en que el Derecho penal vela por *mantener la estabilidad de la norma* o la *vigencia normativa*⁷ no es una explicación contundente –ni material– para darnos respuestas a las preguntas planteadas, a lo mucho serán una explicación instrumental –basadas, normalmente en la defensa de la norma en sí misma, y no en la persona–, bastante útil si no se quiere averiguar la subjetividad (dolo) o culpabilidad del autor de los ilícitos –teniendo en cuenta lo difícil que a veces resulta probar el dolo o la culpa–, sino que se limita a “imputarle” –que ya es bastante– la conducta y su resultado al sujeto por haber *desestabilizado la norma*, el mandato normativo –las más de las veces dependiente de las concepciones sociales, psicológicas o políticas de las mayorías–, y así sigue manteniendo el orden social y a la comunidad al

Significa que el Derecho penal no sanciona todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos”. Que el Derecho penal sea *ultima ratio* también es el otro de los límites al *ius puniendi*. Sobre el bien jurídico como límite al *ius puniendi*, vid. también ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel/OTROS, ed. Civitas, Madrid-España, 1997, p. 64: “[...] prudente criterio del legislador decidir si quiere proteger un bien jurídico jurídicamente o con medios del Derecho civil y del Derecho público; e incluso tienen prioridad las posibilidades de protección extra penal que sean suficientemente eficaces”; y, entre otros, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, *El delito contable tributario. Interpretación y análisis dogmático del artículo 350 bis del Código penal*, ed. Aranzadi, Pamplona-España, 1995, p. 206.

⁶ “[El] Derecho penal debe contribuir a vencer el caos en el mundo y a poner coto a la arbitrariedad de las personas a través de una limitación graduable de su libertad, pero únicamente puede hacerlo de modo que sea compatible con el estado de cultura del pueblo y con los derechos de los individuos”, en JESCHECK, Hans

castigar las conductas graves –que sería lo único importante para estas posiciones, en contraposición con la protección que merece individuo humano, según la influencia de HEGEL–. Y es que la norma jurídica –y el Derecho en general y completo– no tiene razón de ser sin un bien o conducta que lo determine. Pero que quede claro que este no depende de la existencia de aquella, sino al revés.

Para que el Estado deba intervenir con su *ultima ratio*, la política-criminal⁸ debe ser eficaz, y así sólo castigarse los ataques más graves a los bienes más importantes de la sociedad, y los ataques que, a pesar de que se han puesto los medios necesarios, no se logran evitar.

Graves, ¿para quién? Los ataques que causen más estragos –que los dejen totalmente indefensos– a los sujetos pasivos o titulares de los bienes jurídicos –de que son desprovistos o lesionados–. Porque es a ellos a quienes afectan las conductas delictivas, no a los bienes jurídicos en sí mismos (ni a la comunidad en sí misma), es a ellos a quienes tiene que proteger el Estado, y, luego, lo importante para ellos es lo que debe proteger el Estado: sus bienes jurídicos.

Por otro lado, la referencia a un *ataque “grave”* nos pone en el campo de una nueva distinción doctrinal, pues, entonces, el bien jurídico podría ser *lesionado* de una manera *formal* o de una *material*. Es *formal* si la conducta cumple con todos los elementos del tipo penal, pero, por política-criminal (único factor contundente de ésta distinción), a un bien jurídico lo considera afectado insuficientemente (así, el ataque podría ser considerado una falta, más que un delito, o ni siquiera falta penal, sino infracción administrativa, o quizás hasta ser atípico); por ejemplo, la cuantía en el “delito” de hurto o en la “falta” de hurto. En cambio, la

Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal: Parte general*, trad. OLMEDO CARDENETE, Miguel, 5ta ed., ed. Comares, Granada-España, 2002, p. 3

⁷ JESCHECK y WEIGEND comentan que las “normas jurídico-penales no protegen a los bienes jurídicos sencillamente en su existencia, sino únicamente frente a **acciones humanas** [...]. De significado jurídico-penal son únicamente las consecuencias de la voluntad humana que desatienden la **pretensión de validez del bien jurídico**, socavando así la base de confianza necesaria en la convivencia de las personas” Así vemos una nueva visión ecléctica en estos autores, tratando de conjugar las dos teorías que tratan de explicar al delito: la del bien jurídico, y la de la vigencia de la norma; en JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 2002, p. 8. No hay que legislar y penalizar por una presión internacional sino porque las acciones humanas afectan realmente a los bienes jurídicos y con ello al orden social y al sistema jurídico.

⁸ GÓMEZ PAVÓN, CPC 53 (1994), p. 459: “Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Sólo la delimitación de aquello que requiere protección, hace posible una eficaz política-criminal y, en consecuencia, penal”.

lesión *material* acontece cuando la entidad de la gravedad es valorada de manera suficiente por la política-criminal (según los límites intrínsecos contenidos en cada derecho o bien jurídico), para que se cumpla el principio de lesividad. Es este último matiz –la lesión material– el que determina la gravedad o no del ataque.

3. Todo sistema jurídico garantista (de la libertad de los individuos, que buscan, sin poder evitarlo, su desarrollo en sociedad, y siempre con el apoyo de los otros) y moderno prevé, como un *principio rector*⁹ de la teoría del delito¹⁰ y de la intervención penal del Estado: el *principio de lesividad*, el cual objetiviza la actuación del Derecho penal –permite dejar de lado el Derecho penal de autor–, y nos introduce en el mundo objetivo de la acción lesiva – lesión efectiva o en tentativa¹¹– de un bien que el legislador aprecia como tal bien y luego determina y valora que merece ser protegido –ya matizaremos este *poder* del legislador *ut supra* §5–: el bien jurídico. Así que estamos ante el *dogma del bien jurídico*¹², aún vigente. Aunque los Sistemas jurídicos difieren en la regulación de este principio normativamente – algunos lo contienen expresamente en los Códigos penales, y otros no, como en el caso de

España–, sin embargo, todos lo mantienen como principio inspirador del Derecho penal. El sistema jurídico peruano sí lo regula expresamente –sin negarle con ello su valor de principio– en una norma del Título Preliminar (Art. IV) del Código penal: "*La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley*".

4. Si el *bien jurídico* se contempla como dogma –o como importantísimo– para el Derecho penal, hay que tener cuidado en definirlo correctamente, en fijarle sus fronteras, porque si no, desprovisto de todo contenido real y efectivo, el bien jurídico es susceptible de convertirse en una suerte de «dogma polivalente» a través del cual, cualquier tipo de

Estado –ya sea democrático o totalitario–, dotándolo del contenido que le convenga, puede disfrazar de legitimidad cualquier decisión ordenada a tutelar mediante amenaza de pena, aquellos bienes que estime más valiosos en perjuicio y exclusión de otros contrarios a sus intereses¹³ –que pueden ser realmente los importantes–¹⁴.

⁹ Cfr. ROXIN, DP. PG. I., p. 51: "[...] cometido del Derecho penal [...] «protección subsidiaria de bienes jurídicos»". El principio de *ultima ratio* también es llamado de *subsidiariedad*, pero para él –podríamos decir– es subsidiaria porque ha ocurrido una evolución doctrinal desde el *principio de bien jurídico protegido* a la idea de *infracción del deber* (vigencia normativa para JAKOBS), en donde lo primordial es la conducta protegida en la norma (desvalor del acto) y subsidiariamente el bien jurídico (desvalor del resultado, bien jurídico visto, en este idea, como el objeto material). Cfr. ALCÁCER GUIRAO, Rafael, en *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, ed. Atelier, Barcelona-España, 2003, *passim*. Por otro lado, para entender la teoría del delito, en nuestro tiempo, hay que tener el objeto de protección del sistema constitucional –o estatal– en vigor, que al mismo tiempo será el objeto de protección del Derecho penal: el individuo o la comunidad. El derecho no tiene razón de ser sin el ser humano –en sí mismo– y regular sus conductas.

¹⁰ "También V. LISZT trasladó el peso específico del concepto de bien jurídico desde el derecho subjetivo al «interés protegido jurídicamente» pero, a diferencia de BINDING que sólo trató el bien jurídico de modo accesorio, vio en él el concepto central de la estructura del delito", en JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 2002, pp. 274 s. Vid. BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*, Volumen II, ed. Trotta, Valladolid-España, 1999, p. 28: "[...] el bien jurídico no tiene sólo esta dimensión político-criminal de carácter garantista, sino que también cumple una importante función de carácter dogmático en la teoría del delito. En la teoría del delito se constituye en el fundamento del injusto".

¹¹ GÓMEZ PAVÓN, CPC 53 (1994), p. 472: "La Interpretación penal exige, de forma obligada, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico [...]". También, pero en sentido funcionalista y teniendo en cuenta que para él el bien jurídico no es tan gravitante para la construcción del delito, vid. ROXIN, DP. PG. I, p. 60: "La vinculación

del derecho penal a la protección de bienes jurídicos no exige que sólo haya punibilidad en caso de **lesión** de bienes jurídicos. Es suficiente una puesta en peligro de bienes jurídicos [...]". Para una opinión sobre que la Constitución alemana tiene como uno de sus fines la protección de bienes jurídicos, vid. BLANCO CORDERO, Isidro, *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, ed. Comares, Granada- España, 2001, p. 80.

¹² ORTS BERENGUER, Enrique/GONZÁLEZ CUSSAC, José, *Compendio de Derecho penal. Parte general y Parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2004, p. 157: "En la actualidad, la importancia del bien jurídico es tal en el Derecho penal, que se habla incluso del *dogma del bien jurídico*". Se exige que las conductas dañen bienes jurídicos para que el Estado pueda intervenir, idea que está vigente, y estimo que lo seguirá estando, porque es lo que materialmente –la realidad debe verse afectada, y no sólo las posibilidades normativas– justifica la intervención estatal con penas. Desde el inicio, los que introdujeron esta idea se preguntaron por el fundamento del Derecho Penal, y la idea del bien jurídico es la respuesta.

¹³ SILVA, *Aproximación*, pp. 267 s: "[...] tienen razón [COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN], cuando afirman que «el énfasis en torno a la función garantizadora del bien jurídico no debe ser exagerado». En efecto, el cumplimiento de la referida finalidad de garantía exige una adecuada determinación del contenido del concepto de bien jurídico. Esta habrá de impedir que él mismo sirva de mera pantalla para la protección penal de todo tipo de intereses, estrategias o convicciones morales [...]".

¹⁴ No se me mal intérprete, la norma jurídica también es importantísima para el Derecho, en general, pero no puede contener o regular de cualquier manera a la realidad: a los bienes jurídicos.

5. Pero el legislador *no se inventa*¹⁵ los bienes jurídicos, o no debería, sino que debe apreciar la realidad social necesitada de protección, los bienes jurídicos inherentes a las personas, los más vulnerables y que las otras ramas del Derecho no pueden proteger, y entonces –en su mayoría, y en cuanto más inherentes a la naturaleza humana sean– los declara¹⁶ como dignos de ser protegidos.

Es así como se determina los bienes jurídicos; claro, previo juicio de valor que sustente la necesidad de proteger tal bien jurídico en éste u otro momento histórico, y de tal o cual manera, ya que –y esto es propio de la política-criminal– ante la posibilidad de encontrarnos con bienes que no merezcan protección penal debe quedar claro que “el principio de fragmentariedad [también] está sometido a una variabilidad en el tiempo [...], es el principio de fragmentariedad el que explica que, ante bienes jurídico-penales que no ocupan un lugar nuclear en el ámbito de lo penalmente protegible, sólo se incriminen las formas de consumación o sólo las formas dolosas de comisión”¹⁷, y, por ejemplo, ya no penar más la bigamia, pues se decide dejar al ámbito estrictamente civil su protección, etc. VON LISZT¹⁸ afirmaba que el ordenamiento jurídico no crea los bienes jurídicos sino que se los encuentra y se limita a reconocerlos y protegerlos.

El principio de lesividad nos enseña que el “Derecho penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos. Todas las normas jurídico-penales están basadas en un juicio de valor positivo sobre bienes

vitales que son imprescindibles para la convivencia de las personas en la comunidad y que, por ello, deben ser protegidos a través de la coacción estatal mediante el recurso a la pena pública [...]. A través de la asunción de estos valores por el ámbito de protección del ordenamiento jurídico, aquellos se convierten en bienes jurídicos”¹⁹. Es una manera de entenderlo, bastante aceptable. Pero debemos matizarla. En sus más características manifestaciones, el Derecho penal económico refleja y sanciona opciones hechas por el legislador nacional, históricamente condicionadas. Objeto de tutela son, entonces, bienes de creación positiva: bienes que no tienen naturaleza pre-jurídica, sino que derivan de principios constitucionales y legislativos, a su vez expresión de las fuerzas político-sociales dominantes²⁰.

6. Por otro lado, ese dogma del bien jurídico podría perder sustancia, si, como dice GARCÍA CAVERO, no todos los tipos penales en sí mismos protegen un bien jurídico, ya sea de una lesión concreta o de una puesta en peligro, como ocurre con los *delitos de peligro abstracto*²¹, en donde no ocurre ni una ni otra, en sus palabras. Ese *dogma* perdería fuerza, por tanto, ante la insuficiente doctrina que no lo dota de un contenido concreto y claro, que sirva para seguir sustentando al Derecho penal y su defensa del individuo. Ahora bien, en éste caso parece que no hay bien jurídico a defender, pero nosotros creemos que también en estos lo hay, como veremos más adelante.

En palabras de SUÁREZ GONZÁLEZ: “El adelanto de las barreras punitivas al ámbito previo a la lesión del bien

¹⁵ MIR, EPC 14 (1990), p. 206: “[...] los bienes jurídicos serían [...], previos al Derecho penal”. Desde otro objeto de análisis: “En el procedimiento de creación del Derecho Penal lo deseable sería que la determinación del bien jurídico precediese a la propia descripción típica [...], y que ésta fuese llevada a cabo por el legislador una vez tuviese conciencia de qué es lo que quiere realmente proteger”, en PALMA HERRERA, José Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Edersa, Madrid-España, 2000, p. 277.

¹⁶ Sobre todo, después de los años veinte, se deja de considerar que el bien jurídico es inherente al hombre, y previo a toda legislación positiva: “El gran proceso de transformación de la Dogmática penal de los años veinte [...] condujo a que el bien jurídico dejara de ser entendido en el sentido de un interés concreto preexistente a la norma; el bien jurídico se convirtió más bien en un simple medio de auxilio de la interpretación [...]”, en JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 2002, pp. 274-275. Pero a pesar de este cambio, más bien social y político, el legislador debe seguir declarándolos, no inventándolos; ya que de hecho son previos a las normas, en su gran mayoría. Aunque ellos opinan que “[El bien jurídico] debe poseer en sí mismo un decidido contenido real preexistente a la norma penal, ya que de lo contrario no podría cumplir con su función sistemática como criterio para el contenido, significado y delimitación de la disposición penal”, p. 275.

¹⁷ SILVA, *Aproximación*, p. 290.

¹⁸ Citado por FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo*, p. 165.

¹⁹ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 2002, p. 8: “Todas las disposiciones penales del Derecho positivo alemán tienen por objeto la protección de uno o de varios bienes jurídicos”. También en FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, «El blanqueo de capitales. Contexto, razones de su penalización, evolución en nuestro entorno de las iniciativas supranacionales», en DIEGO DÍAZ-SANTOS, María Rosario (coord.)/FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (coord.), *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, ed. Colex, Madrid-España, 2003, p. 171.

²⁰ PEDRAZZI, Cesare, “El bien jurídico en los delitos económicos”, en BARBERO SANTOS, Marino, *La Reforma Penal: delitos socio-económicos*, ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid-España, 1985, p. 286.

²¹ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte general*, ed. Ara-Udep, Piura-Perú, 2003, pp. 302-303: “La comprensión del injusto como lesión de un bien jurídico concreto realizada por una acción individual, ha llevado a exigir que la redacción de los tipos penales se ajuste al llamado principio de lesividad u ofensividad, esto es, que la acción prohibida debe lesionar o, cuando menos, poner en peligro un bien jurídico [...]. Desde este punto de vista los llamados delitos de peligro abstracto, en tanto constituyen conductas que no representan (aún) una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, muy difícilmente encontrarían justificación dogmática”.

jurídico sólo debería tener cabida en supuestos excepcionales en los que existiese la certeza de la eficacia de la respuesta penal y en los que el hecho previo punible tuviera, a mayores, una vinculación *directa* y no sólo presuntamente mediata, con el eventual bien jurídico afectado. Curiosamente, la eficacia de esa respuesta en el ámbito que nos ocupa [el lavado de activos] ha sido recientemente puesta en entredicho [por la doctrina alemana: BOOKE y PRITTWITZ]²².

Y en una sorprendente intervención JAKOBS argumenta a favor del bien jurídico, con respecto a los delitos de peligro, reconociendo que ahí hay –debe haber– un bien jurídico, con su teoría de las *normas de flaqueo*²³: en un gran resumen se podría explicar –hasta donde llego– como las normas que tienen que ver con los actos preparatorios y los tipos de peligro, ya que debido a que la frontera dogmática de la consumación²⁴ no está clara podrían existir vulneraciones al ordenamiento jurídico mucho antes de la efectiva lesión al bien jurídico, pero que ya tienen trascendencia externa relevante para crear, en los posibles afectados, una duda sobre la vigencia de la norma y del sistema jurídico en sí mismo; siendo viable, entonces, que el sistema jurídico se proteja con normas (tipos de peligro o adelantamientos de barreras, o previendo actos preparatorios punibles), que permitan afianzar el elemento cognitivo del valor de dicho sistema. «Estas normas se pueden fundamentar del modo siguiente: la confianza en la norma no existe, al menos por lo que respecta a la protección de bienes jurídicos importantes, sin una base cognitiva»²⁵. El Derecho penal del enemigo²⁶ adelanta las barreras de protección del Derecho penal, y se mueve en el ámbito de los delitos de peligro

(abstracto y concreto)²⁷, y en el de la criminalización de los actos preparatorios (o actos de accesoriedad limitada cuantitativa)²⁸, pero como no se pueden adelantar las barreras de protección constante ni indiscriminadamente, busca el argumento dogmático para justificar esa pretensión político-criminal en la partición del bien jurídico: «[...], si bien el comportamiento delictivo no se puede anticipar discrecionalmente a la lesión de un bien jurídico, quizá resulte posible anticipar la propia lesión de un bien jurídico. En este punto no se está pensando en rebajar el ataque al bien jurídico de la lesión a la puesta en peligro, sino en un fraccionamiento del bien jurídico. Se puede fragmentar el injusto correspondiente al estadio de la lesión en diversos injustos parciales y, renunciando a la completa reunión de todos los injustos parciales, definir el injusto hecho por algunos fragmentos de injusto producidos precozmente o, incluso, por uno solo de ellos [ej. La amenazas contra la paz social, la afectan cuando se crean climas propicios para delinquir, que se crea con las apologías, etc.]»²⁹.

Lo interesante de esta parte de su propuesta, es que un funcionalista sigue viendo como necesaria la función del bien jurídico. Así, para evitar que el Derecho penal actúe en el vacío, protegiendo la nada cuando pretende adelantar las barreras de protección del ordenamiento jurídico (como podría decirse que sucede con los tipos de peligro), argumenta que será mejor partir, diseccionar, el bien jurídico –creando *normas de flaqueo* que contengan como su objeto de protección dichas particiones–, para así considerar lesionadas esas particiones iniciales del bien jurídico –protegidas y que dan sentido y fundamento a las *normas de flaqueo*– con la puesta en marcha de actos

²² SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, «Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española», *CPC* 58 (1996), p. 153.

²³ JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho penal*, trad. y estudio preliminar PEÑARANDA RAMOS, Enrique/SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos/CANCIO MELIÁ, Manuel, Civitas, Madrid-España, 1997, p. 306.

²⁴ JAKOBS, *Estudios de derecho penal*, p. 293: «[...]: el estado de la dogmática al respecto es, predominantemente, de un despreocupado positivismo. El extendido descuido con que se trata esta materia se hace visible en el instrumental conceptual de la dogmática del Derecho penal: significativamente el concepto de consumación es un concepto formal, esto es, la consumación se orienta a la formulación del tipo, no a criterios materiales, y en correspondencia con ello resulta materialmente inseguro determinar ya en términos generales qué es el estadio previo».

Para más sobre la consumación, y su poco clara frontera, *vid.* BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 2da ed., ed. Aranzadi, Pamplona-España, 2002, p. 474; entre otros.

²⁵ JAKOBS, *Estudios de derecho penal*, p. 315.

²⁶ *Idem*, pp. 322-323: «[...] el **Derecho penal de enemigos** sólo se puede legitimar como un Derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente. Los preceptos penales a él correspondientes tienen por ello que ser separados estrictamente del **Derecho penal de ciudadanos**, preferiblemente también en su presencia externa». El resaltado en negrita es nuestro.

²⁷ *Idem*, p. 323: «f) Para la legitimación de los delitos de peligro abstracto hay que distinguir: aa) si se presume que la conducta típica daría lugar *per se* a un peligro *indominable* (ejemplo: la conducción en estado de embriaguez) o bb) si se trata del peligro de daños futuros, que por su parte aún *dominables* (ejemplo: la falsificación de documentos, en sus variantes de producción de documentos ilegítimos y de falsificación de documentos legítimos)».

²⁸ *Idem*, p. 298.

²⁹ *Idem*, p. 313

preparatorios o de tipos de peligro; y así no ceñirse al momento o criterio de consumación o no del tipo, o lesión formal o material del bien jurídico. Continúa, llamando “injustos parciales” a los que se protegen con *normas de flaqueo*, dónde no se infringen las normas principales (los bienes jurídicos de manera completa), sino que se protegen, se defienden adelantadamente³⁰, los mismos bienes jurídicos principales pero parcialmente; aunque no sea eso lo relevante³¹: “En los delitos con un injusto meramente parcial no se infringen las normas principales (las normas de los delitos de lesión), sino normas de flaqueo cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales”³².

7. Criticando a JESCHECK³³ y PEDRAZZI podemos decir que se convierten en *bienes jurídicos lo que antes ya eran derechos de los sujetos*; por eso, esta asunción o valoración realizada por el sistema jurídico, debe ser objetiva. Salvo que, lo que se asumirá como bien jurídico, no tenga nada que ver con lo intrínseco del hombre, entonces sí se puede decir que el ordenamiento jurídico los “crea” absolutamente: derechos positivos en sí mismos.

La norma jurídica sólo tiene relación con el ser humano (la persona) y todo lo que se refiera a él, pues sólo las normas justas, las que regulan la realidad de manera

racional (ya sea el uso de las cosas justas –derechos o facultades– o de las conductas), demandarán la obediencia de los sujetos a ellas. Así, la norma jurídica puede ser irracional porque se presenta como torpe (atenta contra la naturaleza humana, el bien común o contra la naturaleza de las cosas), perniciosa (no cumple con su naturaleza jurídica, que es ordenar la realidad, o atenta contra el bien común) o imperita (atenta contra la naturaleza de las cosas porque se basa en reglas técnicas distorsionadas). La norma jurídica debe tener como eje central al ser humano y todo lo que le atañe, y eso regularlo racionalmente, de manera justa³⁴. Todo lo que se refiera al ser humano serán bienes jurídicos (es decir, los comúnmente llamados “derechos”), que según sea la gravedad del ataque que sufran, se protegerán con tal o cual rama del Derecho.

8. Adelantándonos, ahora, a los aspectos materiales –doctrinales– ya determinados para el bien jurídico, pero relacionado con lo que venimos diciendo, aparece *el individuo como protagonista del sistema jurídico* en general y del sistema jurídico penal, en particular, no lo es la colectividad –en cuanto tal– ni mucho menos los bienes jurídicos en sí mismos, pero, siempre teniendo en cuenta que el individuo se desarrolla, con esos bienes jurídicos, en sociedad³⁵.

³⁰ *Idem*, pp. 294-295: «[...] otro motivo, algo oculto y por ello tanto más difícil de controlar, que favorece las anticipaciones de punibilidad: el principio mismo de la protección de bienes jurídicos. Este principio induce a creer en la legitimación de todo aquello que puede ser puesto en una relación positiva con el concepto de bien jurídico. Lo que con razón se pueda calificar como un ataque peligroso a un bien jurídico tienen que ser, según parece, socialmente nocivo, si se intenta definir el estado de integridad de la sociedad por la intangibilidad de los bienes jurídicos». Por otro lado, JAKOBS, *Estudios de derecho penal*, p. 298: «[...] el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad».

³¹ Y como buen funcionalista, argumenta para restarle importancia al bien jurídico: «El autor no se arroga en estos delitos la configuración de la relación entre la víctima y el bien jurídico, sino la que existe entre la víctima y la norma principal», que es cognitiva, dirá JAKOBS en *Idem*, p. 315. Para luego profundizar sobre la legitimidad del ordenamiento penal: «Cuanto más intensamente se optimice la protección de bienes jurídicos, tanto más se define al autor como *enemigo*, sin un *ámbito interno*», en *Idem*, p. 323.

³² *Idem*, pp. 314-315, y continúa: «Para poder enjuiciar la legitimidad de estas normas de flaqueo, es necesario echar un vistazo a las condiciones de vigencia de las normas. Una norma es eficaz si presta lo que ha de prestar: aseguramiento de las expectativas. Para ello es necesario que la norma sea reconocible *ex ante* como estable por el potencialmente afectado. La vigencia de la norma no es por tanto sólo una relación entre norma y autores potenciales, los únicos a los que normalmente se designa como destinatarios de la norma, sino también una relación entre la

norma y los potencialmente afectados. La vigencia de las normas es una cuestión con múltiples facetas, en la que el aspecto relativo a los potencialmente afectados no es sólo el aspecto del autor formulado negativamente, sino que tiene un contenido positivo, concretamente el de la confianza en la norma». Las normas de flaqueo velan por la vigencia de las normas, del sistema normativo, *ex ante*, y las normas de resguardo *ex post* (como ya veremos).

³³ Y es que para JESCHECK y WEIGEND –entre otros: WELZEL, MAYER, JAKOBS, etc.– hay más que el bien jurídico como objeto de protección: “La misión del Derecho penal [...] únicamente puede ser explicada de forma plenamente coherente si la protección de bienes jurídicos y su incidencia sobre la voluntad de la acción de los destinatarios de la norma, son entendidas como funciones valorativamente equivalentes, recíprocamente complementarias, así como condicionantes y limitadoras”, en JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 2002, p. 9.

³⁴ HERVADA XIBERTA, Javier, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, 3era. ed., Eunsa, Pamplona-España, 2000, pp. 364-365, y más adelante nos aclara, p. 366: “El sistema jurídico es el sistema racional –fundado en la libertad– de las relaciones humanas, por lo cual un factor irracional no puede generar un deber jurídico. Sin racionalidad no hay norma”. De la misma manera lo confirma –de hecho lo dice antes–, sobre la norma justa, SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theológica*, I-II, q 93, Artículo 3 respuesta 2 y en I-II, q 95, Artículo 2.

³⁵ Viendo al bien jurídico como interés: “Interés que debe ser fundamental para la vida social, en cuanto afecta las posibilidades de participación del individuo en la vida social, tanto activa, como pasiva [...]”, en GÓMEZ PAVÓN, *CPC* 53 (1994), p. 459.

Por eso la idea de “repercusión individual” va intrínsecamente unida a la de “dañosidad social”³⁶, ambas nos sirven como punto de partida para entender el bien jurídico materialmente. Y ambas son planteadas por SILVA SÁNCHEZ, y con él, pensamos que deben corregirse en algunos aspectos para que no se dé un mayor valor a la sociedad en cuanto tal y se deje de lado al individuo³⁷: “Debe afrontarse mediante la inclusión en el concepto de bien jurídico de una referencia al *individuo* y a su autorrealización, tanto que los hechos disfuncionales que no afecten a las posibilidades de autorrealización del individuo no serán punibles”³⁸. Esta referencia la veo yo en la titularidad y goce normal de los derechos, de las “cosas justas”, por parte de los individuos humanos, y que van a ser o son lesionadas. Es decir, afectar a las cosas, objetos materiales, o bienes jurídicos no tiene sentido sin que exista alguien que las tenga atribuidas, y que pretenda defenderlas o protegerlas de esas afectaciones, en miras a cómo sirven para su realización. Así, cuando se lesionan los bienes jurídicos, realmente se lesiona a los individuos que los tienen atribuidos, y que se manifiestan en el caso concreto como el objeto material respectivo de cada delito, atribuido al sujeto pasivo (a veces víctima). La idea de bien jurídico, quizás podríamos decir con SILVA, debe estar definida con la referencia de cómo necesita cada individuo de sus derechos (bienes jurídicos) para su realización personal

³⁶ En un buen intento de SILVA SÁNCHEZ por dotar de contenido al concepto de bien jurídico propondrá tres aspectos concurrentes a analizar –en los que profundizaremos más adelante–: la repercusión individual, la dañosidad social y la contemplación constitucional.

³⁷ Se matiza: “[...] la condición de bien jurídico no requiere una afectación directa del individuo, sino que ésta puede ser también indirecta. Pero entonces surge el problema de dónde fijar el límite: en qué punto de la repercusión indirecta sobre el individuo cabe entender que ya no se dan las condiciones para la protección penal [...]”, en SILVA, *Aproximación*, p. 272. Idea que me parece genial, porque quiera que es verdad que a veces la repercusión sobre los individuos es indirecta –ante la cual mantiene su legitimidad el Derecho penal–, en el momento en que éste desaparezca de la norma como objeto de protección –siquiera indirectamente– estaríamos ante un supuesto en que ya no merecería protección penal dicha conducta.

³⁸ *Idem*, pp. 269-271.

³⁹ FRISCH, Wolfgang/ROBLES PLANAS, Ricardo, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, ed. BdeF, Buenos Aires-Argentina, 2006, p. 82.

⁴⁰ FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo*, p. 182. Cfr., por ejemplo, para BLANCO, según la interpretación teleológica: “[...] el blanqueo de capitales es una delito económico con el que se pretende proteger un bien jurídico de carácter económico. El orden socioeconómico se configura como un bien jurídico de carácter supraindividual, cuyo titular o sujeto pasivo del delito es la comunidad en general, por las profundas alteraciones

y en sociedad, y de cómo permitir vulnerarlos, sin que se protejan realmente, acarrea un daño personal y social grave.

Para FRISCH y ROBLES PLANAS, entre otros, “una conducta injusta es ante todo una conducta que lesiona el derecho, en el sentido de que va más allá de los límites recíprocamente constituidos (y jurídicamente garantizados) de la libertad de actuación”³⁹. Como el ser humano puede sobrepasar, con su libertad, los límites que la sociedad quiere salvaguardar, ésta se dota de una protección objetiva y suficiente para garantizar la paz ante las conductas desviadas de sus miembros.

Por otro lado, “algunos autores han considerado incorrecto hablar en este sentido de «bienes jurídicos supraindividuales», dado que la citada expresión –por lo demás, bastante extendida entre la doctrina– podría inducir a pensar que tales intereses se encuentran por encima del individuo o más allá de él, cuando en realidad todos los bienes jurídicos –con independencia de que su titularidad sea individual o colectiva– son siempre personales, referidos al ser humano”⁴⁰.

2. ASPECTOS ADJETIVOS Y FUNCIONES DEL BIEN JURÍDICO: LÍMITE, INTERPRETACIÓN Y POLÍTICA CRIMINAL

1. Analicemos ahora lo que se ha dicho *pretendiendo delimitar el concepto material* de bien jurídico, pero sin lograr este objetivo –ya desde el principio⁴¹ no hubo

del sistema económico y financiero, que distorsionan los presupuestos básicos de la convivencia social”, en BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, ed. Aranzadi, Pamplona-España, 1997, p. 187. Otro ejemplo: “Cuando nos referimos a la *circulación de los bienes en el mercado*, nos estamos refiriendo a un bien jurídico de naturaleza colectiva [...], como un bien jurídico macro social que está al servicio de los llamados bienes jurídicos individuales [...], ya que en la sociedad moderna todos somos titulares de intereses colectivos al estar inmersos en ese orden socioeconómico. [...] éste [bien jurídico] no tiene el carácter institucional, es decir, no es un bien jurídico de titularidad estatal [...]”, DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el Código penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia-España, 1997, pp. 84-85.

⁴¹ “[E]l concepto de bien jurídico no nació con el propósito de trazar una frontera al *ius puniendi* del Estado, sino que fue introducido por BIRNBAUM en el ámbito de los delitos contra la religión y las buenas costumbres, en contra de los postulados liberales”, en MIR, *Introducción*, p. 128. Para otra visión histórica del bien jurídico, similar a las anteriores, Vid. ORTOS BERENGUER, Enrique/GONZÁLEZ CUSSAC, José, *Compendio de Derecho penal. Parte general y parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2004, pp. 155-156. Y, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal*, ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla-España, 1974, p. 94. “En la historia de la dogmática el concepto de bien jurídico ya tuvo entrada a principios del S. XIX. Bajo la influencia de la teoría del contrato social, la doctrina penal de la Ilustración entendió al delito como infracción de derechos subjetivos, por este motivo FEUERBACH se vio obligado a verificar la existencia en cada

consenso sobre esto, aunque se intuía que debía determinarse algo importante a ser defendido por el Derecho penal—. Pero sí se ha logrado darle *armas* – argumentos de la necesidad de su existencia– para propiciar o reafirmar su protección como categoría penal sustentatoria de la “teoría del delito” (por esto es que les llamamos aspectos adjetivos o procedimentales del bien jurídico). Así, la idea del bien jurídico es una de las tantas categorías en la ciencia que existe pero sin una concreción conceptual. Veamos los aspectos adjetivos o procedimentales que se han ido construyendo para defender al bien jurídico.

«Prescindiendo de tales diferencias de opiniones (no centrales) [–señala ROXIN, sobre si el delito se centra o no en el bien jurídico–], la misión del Derecho penal como protección de bienes jurídicos es ampliamente reconocida en la doctrina moderna. Sin embargo, no se ha ganado mucho con ello, ya que el concepto de bien jurídico, aunque no se le reduzca a la *ratio legis*, se describe del modo más diverso y frecuentemente resulta bastante vaga su operatividad para la elaboración de un concepto material de delito. Así se caracteriza al bien jurídico como “bien vital” reconocido socialmente como valioso, como “valor jurídico” o “interés jurídico”, como interés jurídicamente reconocido “en determinado bien como tal en su manifestación general”, como “la pretensión de respeto emanada de supuestos de hecho valiosos, en la medida en que los órganos estatales han de reaccionar con consecuencias jurídicas ante su lesión no permitida”, o como “unidad funcional valiosa”»⁴².

Las palabras de ROXIN⁴³ –junto con las de otros doctrinarios– ejemplifican la situación actual, de una manera bastante clara. Y es una situación aún no resuelta, porque aún no se ha dado un concepto

material de bien jurídico que satisfaga las exigencias de la ciencia penal –cambiante, por su naturaleza de adecuarse a cada momento histórico– y que evite arbitrariedades. *Algunos intentan hacerlo* y así lo manifiestan, pero en el transcurso de sus exposiciones se desvían hacia otros matices olvidándose de su finalidad, para lástima del Derecho penal y de la teoría del delito.

El mismo ROXIN nos da un ejemplo: «Un concepto de bien jurídico vinculante político-criminalmente sólo puede derivar de los cometidos plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. En consecuencia se puede decir: los bienes jurídicos son circunstancias o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema»⁴⁴. Pero no nos dice qué circunstancias o finalidades, quedando el concepto aún abierto; por lo que sigue siendo un concepto instrumental más que material; y es patente su carácter de límite al Estado, con el primer límite que debe tener como es la Constitución (Ley Fundamental). Pero, sí se nota su separación de las tesis hegelianas sobre el individuo y la sociedad, en un acercamiento a un concepto interactivo del hombre como individuo libre y sus relaciones sociales como el medio de su desarrollo, sin que una absorba a la otro.

2. Algunos intentaron su *definición*⁴⁵ del bien jurídico, como “*todo bien o valor, de titularidad personal o colectiva, normativamente evaluado y estimado como digno, merecedor y necesitado de la máxima protección*

infracción penal de un derecho subjetivo del individuo o del Estado como objeto de protección. Por el contrario BIRNBAUM, el fundador de la nueva teoría del bien jurídico, no divisó derecho alguno en el bien jurídico sino un bien material garantizado por el poder del Estado que podía corresponder al individuo o a la colectividad y que fue concebido como algo susceptible de ser lesionado en un sentido natural. Con BINDING el concepto sufrió una primera depuración a través de la concepción del bien jurídico como una situación valorada por el legislador [...]. También V. LISZT trasladó el peso específico del concepto de bien jurídico desde el derecho subjetivo al «interés protegido jurídicamente» pero, a diferencia de BINDING que sólo trató el bien jurídico de modo accesorio, vio en él el concepto central de la estructura del delito. El gran proceso de transformación de la Dogmática penal de los años veinte [...] condujo a que el bien jurídico dejara de ser entendido en el sentido de un interés concreto preexistente a la norma; el bien jurídico se convirtió más bien en un simple medio de auxilio de la interpretación [...]. La exagerada crítica de la escuela de Kiel dirigió el supuesto fundamento «materialista» del concepto de bien jurídico y trajo consigo un traslado del acento en la

concepción básica del delito que, de la lesión del bien jurídico, pasa a convertirse en la *infracción de un deber*”, en JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 2002, pp. 274-275.

⁴² ROXIN, *DP. PG. I.*, pp. 70-71. Pero antes nos decía, pp. 57-58: “La concepción del bien jurídico descrita [pp. 55- 56] es ciertamente de tipo normativo; pero no es estática, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico”. Denotando una falta de concreción esencial en el concepto existente, que no se condice con las bondades intrínsecas del concepto de bien jurídico como concepto en movimiento.

⁴³ Como bien dice MIR PUIG: ROXIN no termina de concretar un contenido para el concepto de bien jurídico. *Vid.* MIR PUIG, *Introducción*, pp. 132 ss.

⁴⁴ ROXIN, *DP. PE. I.*, pp. 55-56.

⁴⁵ Sobre la visión histórica e imposibilidad de la doctrina de plantear un concepto material o sustancial de bien jurídico, *vid.*, también, BLANCO, *El delito de blanqueo*, pp. 154-159.

*jurídica*⁴⁶, que no está mal, y que hasta suena bien, pero siempre se podría matizar: ¿Qué tipo de bien o valor? ¿Quién otorga las titularidades, quién las valora, quién y cómo se estima lo digno? Es una definición general, pero adolece de serlo tanto. Para BINDING el bien jurídico es *creado por el Derecho –derecho en sentido positivista–*, que elige los objetos que, en opinión del legislador, merecen protección. VON LISZT sí persiguió un concepto material de bien jurídico que sirviese de frontera máxima de lo punible, pero no lo desarrolló plenamente. Ello creía poderse conseguir trasladando el bien jurídico a un momento previo al Derecho positivo, concretamente al de la realidad social. Ésta y no el legislador, debía decidir qué objetos merecen protección penal. El bien jurídico, para él, es el “interés de la vida”, que el Derecho no crea sino que *se encuentra* y eleva a categoría jurídica. Pero VON LISZT no dotó de contenido concreto al concepto de “interés de la vida”⁴⁷, **“ello dejaba [otra vez] la decisión de la frontera de lo punible a los valores dominantes, entendidos como los valores de los que dominan”**⁴⁸.

«Según FEUERBACH, el objeto de protección, integrado por una facultad jurídica privada o una atribución externa e individual constitutivas de derecho o subjetivo, representa el núcleo esencial del hecho punible, sobre el que ha de configurarse el concepto jurídico de delito [...]; donde no se acredite la presencia de un derecho subjetivo, no puede apreciarse delito

⁴⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general. Teoría del delito*, Volumen I, Tomo II, ed. Bosch, Barcelona-España, 2000, p. 603.

⁴⁷ Diferencias entre “bien”, “interés” y “valor”: “[...] bien como el objeto capaz de satisfacer una necesidad [...], interés como una específica relación entre un objeto y el sujeto titular del mismo [...], valor como concepto que, en todo caso, contiene una acepción más amplia y asume un sentido pluridimensional de trascendencia más dilatada dentro del propio ámbito del Derecho penal”, en POLAINO NAVARRETE, *El Bien Jurídico*, p. 30. O también, “F. V. LISZT, quien como punto de partida establece el postulado de que el fin de todo Derecho penal se halla exclusivamente constituido por intereses humanos, a los que, con mayor exactitud, denomina bienes jurídicos”, en *Idem*, p. 113. Diferencias que surgen entre bien e interés según lo planteado por LISZT: “En tanto que el interés refleja el valor que para el interesado ofrece la producción o no de un cambio, bien es aquello en lo que toda alteración tiene valor”, en *Idem*, p. 116. Estimamos que usar las palabras “valor”, “interés”, “bien” llevan a equívocas conclusiones, debida a la carga subjetiva que han ido adquiriendo, de ahí lo equívoco de “bien jurídico”. Pero si se aclara cada concepto podrían reencauzarse hacia lo objetivo que puedan tener (en nuestro caso nos interesará encausar «bien»).

⁴⁸ MIR, *Introducción*, p. 129. El resaltado en negrita es nuestro.

⁴⁹ POLAINO, *El Bien Jurídico*, pp. 96-97 (citando a FEUERBACH, en *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Georg Friedrich Heyer, Giesse, 1801, p. 20). Otras definiciones del bien jurídico como *valor*, como todo lo que posee valor para el ser humano, porque importa o porque es necesario para su vida individual o colectiva: “[...] *bien jurídico* puede definirse como todo

alguno, aunque exista destrucción o menoscabo materiales de un objeto no vinculado positivamente a un determinado sujeto»⁴⁹.

3. Decir que el legislador determina los bienes jurídicos conlleva arbitrariedades, decir que el bien jurídico es un *derecho subjetivo* conlleva la posibilidad de abstenerse de defenderlo o de no ejercerlo, cosa que no puede pasar con algunos bienes jurídicos... Es VON LISZT quien nos da al menos una pauta rescatable de determinación del bien jurídico: no es el legislador sino la realidad social –previa a la legislación– la que ayudará a determinar los bienes jurídicos. BIRNBAUM nos concreta que es un bien material –aunque podría confundirse con el objeto material del delito– garantizado por el poder del Estado que podía corresponder al individuo o a la colectividad y que fue concebido como algo susceptible de ser lesionado en un sentido natural; acercándonos a una noción realmente material de bien jurídico. Y BINDING analiza la valoración a ese bien material que determinará su protección penal, lo que nos pone más cerca del sentido real del “bien jurídico”. De la combinación de algunas ideas de los autores, podemos consolidar un acercamiento al concepto.

4. Como es ampliamente conocido, desde que surgió el bien jurídico, como categoría penal, ha ganado terreno en cuanto a la *asunción de funciones*⁵⁰. En el

valor de la vida humana (*bien*) protegido por el derecho (*jurídico*). [...] integra toda clase de derechos o intereses, individuales o colectivos [...], en ORTS y GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho*, p. 156. El mismo más adelante: “[...] bien jurídico es todo valor, interés o derecho digno, necesitado y susceptible de ser protegido [...]”, p. 157. Esta definición, aunque parece acercarse, también, a un contenido material de bien jurídico, es similar a una arriba citada, debemos cuidarnos de la idea de «valoración» del bien que lleva en ella; y además muestra un vicio común cuando se pretende llegar a la definición que nos ocupa: se pretende hacer una enumeración de posibles objetos de protección para que no se quede ninguno fuera, lo cual lo convierte en una mezcla de tendencias filosóficas a veces incompatibles entre ellas.

⁵⁰ “Las diversas funciones asignadas al bien jurídico son reconocidas doctrinalmente a dos, variando su denominación en función de los autores. Por ejemplo, HASSEMER distingue entre concepciones de carácter crítico y concepciones de carácter sistemático. MIR PUIG contrapone el sentido político-criminal del bien jurídico o *de lege ferenda* al sentido dogmático o *de lege lata*. OCTAVIO DE TOLEDO diferencia una función «prevalentemente política» y otra «dogmática, garantística o de seguridad» del bien jurídico [...]. Desde un punto de vista político-criminal el bien jurídico sirve de inspirador del Derecho positivo futuro, y respecto del presente cumple una función crítica o de valoración de su adecuación al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Desde un punto de vista dogmático se destaca la función interpretativa (interpretación teleológica dirigida a excluir conductas no lesivas ni peligrosas de bienes jurídicos) y la función sistemática (dirigida a la

intento por definirlo directamente se le fue dotando de funciones, que poco a poco fueron ganando importancia sobre el concepto.

Nació para excluir ciertas conductas del ámbito penal – en la teoría de BIRNBAUM–, y ésta es su *función de límite del poder*⁵¹, que se relacionará con el principio de legalidad, de lesividad, fragmentariedad y de *ultima ratio*. Luego se incorpora la función *dogmática*, la *interpretativa*⁵², para saber qué se está protegiendo, cómo y hasta dónde; que servirá a los jueces u operadores del Derecho para poder aplicar justicia en el caso concreto. Tercera, la función de concreción de las conductas a sancionar, la de *política-criminal*⁵³, que ayudará al legislador a valorar qué conductas y debido a qué circunstancias deberán agregarse al catálogo de las que lesionan esos bienes jurídicos; esta última es el factor dinámico⁵⁴ del Derecho penal, que permite su adecuación a cada circunstancia histórica. Cuarta, la función

*clasificatoria de los delitos*⁵⁵, en tanto ofensivos de las personas –en cuanto individuo– o de la colectividad –en

clasificación de las infracciones penales)”, en BLANCO CORDERO, *Blanqueo de capitales*, p. 154.

⁵¹ “[E]l bien jurídico no lo decide el derecho positivo, sino que, por el contrario, está llamado a *limitar al legislador*: bien jurídico será sólo aquello que merezca ser protegido por la ley penal”, en MIR, *Introducción*, p. 140.

⁵² “El bien jurídico es reconocido como la *base de la estructura* y de la *interpretación* de los tipos [...]”, en JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 2002, p. 275. El bien jurídico sirve para la interpretación teleológica del tipo, según SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El Delito Contable*, p. 297.

⁵³ [El Bien Jurídico] sirve, de un lado, para limitar al derecho penal a la sanción de los comportamientos *perjudiciales* (y no sólo los incorrectos) y, de otro, para justificar la ampliación de la protección penal a los nuevos intereses sociales que van surgiendo (*v.gr.*, conservación del medio ambiente [...], conservación del material genético natural)”, *vid.* JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 2002, p. 276.

⁵⁴ “No sólo se trata de identificar lo que protege dicha norma, sino de constatar la vigencia de la necesidad de protección de dicho objeto. Ese carácter dinámico del bien jurídico es la fuente del permanente proceso de incriminación y desincriminación a que está expuesto el Derecho penal”, en BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal*, p. 27. En otras opiniones: “[...] hay que dar cumplimiento a las exigencias del principio de legalidad debiéndose proceder a la correspondiente modificación vía legislativa más acorde con la solución del problema [...]”, en ARROYO ZAPATERO, Luis/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/OTROS, *Comentarios al Código penal*, ed. Iustel, Madrid-España, 2007, p. 669. Y, “[el] concepto *político-criminal* de bien jurídico [...] pretende decidir qué es lo que *merece* ser considerado como bien jurídico –y no sólo describir lo que el legislador ha hecho reconocer como tal– [...]”, en MIR PUIG, *EPC* 14 (1990), p. 207. Y desde la *Filosofía Política*, revisar la nota al pie 57.

⁵⁵ “[Funciones del Bien Jurídico en Derecho Penal:] a) Los tipos delictivos están orientados hacia uno o varios bienes jurídicos [...].

cuanto conjunto o reunión de personas–, otorgándoles una gradación a los delitos, etc.

5. Consideramos que la *función político-criminal* (del bien jurídico) es la más relevante en los últimos tiempos, pues es la que permite concretar, a lo largo de todo el ordenamiento jurídico, los bienes jurídicos a defender, según la manera de hacerlo de cada rama del ordenamiento y el tiempo social vigente; pero no deja de ser una postura adjetiva del bien jurídico. Para que esta función sea eficaz, y tenga cierta objetividad, primero hay que saber qué es el bien jurídico, y luego se decidirá si debe o no protegérsele, según las circunstancias sociales⁵⁶ de cada tiempo.

Esta función es bastante política (valga la tautología, pero es que tiene que ver con el correcto arte de gobierno del Estado, en paz y tranquilidad, en conjunción con la vida y libertad de los individuos o ciudadanos), y sirve para evitar situaciones arbitrarias e imprevisibles, ya que la política debe estar limitada, también, por el Derecho (la política hace cambiar y adecuarse al derecho⁵⁷ a las realidades temporales,

b) [...] el bien jurídico constituye un *punto de vista* decisivo para la *clasificación* de los distintos grupos de tipos penales (*v.gr.*, delitos contra la vida, contra el patrimonio [...]) [...], a través de la agrupación y clasificación de los bienes jurídicos, debe ser alcanzado un orden jerárquico de los valores protegidos [...]. c) Hay bienes jurídicos del individuo (**bienes jurídicos individuales**) (por ejemplo, vida, libertad y propiedad) dentro de los cuales forman un grupo aquellos que poseen un **contenido eminentemente personal** (así, integridad corporal, honor), así como bienes de la colectividad (**bienes jurídicos universales**) (*v.gr.*, la protección de los secretos de Estado, la seguridad de la circulación vial [...])”, en JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 2002, pp. 276-277. Sobre otro criterio de identificación de los delitos por el bien jurídico, en cuanto lesivos de un aspecto individual o colectivo, *vid.* PALMA, *Blanqueo de capitales*, p. 246. Para otra clasificación de las funciones del bien jurídico *vid.* POLAINO, *DP. PG.*, pp. 607-614. “[E]l bien jurídico protegido es, generalmente, el elemento del que se sirve el legislador para llevar a cabo, con mayor o menor acierto, la estructuración y sistematización del texto punitivo [...]”, en PALMA, *Blanqueo de capitales*, p. 246. Pero, BLANCO CORDERO, nos aclara que: “[...] se ha advertir que la colocación sistemática no es un dato definitivo, sino «indicario»; no se han de sobrevalorar las rúbricas clasificatorias puesto que «no necesariamente marcan el bien jurídico protegido a través de los delitos particulares»”, en BLANCO, *Blanqueo de capitales*, p. 170.

⁵⁶ “La señalada necesidad de acompañar la teoría del bien jurídico de la concreción ulterior de lo que merece considerarse bien jurídico-penal, se advierte claramente cuando se pretende utilizar la concepción político-criminal del bien jurídico para determinar hasta dónde debe llegar la intervención del Derecho penal para proteger nuevos intereses colectivos o sociales [...]”, en MIR, *EPC* 14 (1990), p. 208.

⁵⁷ Desde el punto de vista sobre cuál debe predominar sobre la otra (Derecho y Política), en una comparativa de las relaciones entre una y otra: “La solución recta hay que buscarla por el camino indicado de ver en el Derecho y la Política

pero a la vez debe estar limitada por él). El político debe saber⁵⁸ y manejar el concepto de derecho (es decir, de bien jurídico), para luego determinar – valorar– de qué ataques lo defenderá con el Derecho penal, y de cuáles no y utilizará otra rama del Derecho (fragmentariedad o subsidiariedad). Conociendo qué es el derecho –bien jurídico– se verá limitado por él, por los límites intrínsecos y extrínsecos que tenga. Su definición no debe estar, pues, al arbitrio de cada legislatura (período congresal), sino que debe ser un concepto constante, que hasta amerita ser recogido en la Constitución, por las defensas categóricas que ésta propina a lo que tiene contemplado.

6. Refiriéndonos a los *factores adjetivos o procedimentales* de la defensa del bien jurídico, acudimos a la *primera tríada* de estos: “*dignidad*”, “*susceptibilidad*” y “*necesidad de protección por el Derecho penal*”⁵⁹, concurrentes y a manera de argumento en “*cascada*” defensiva, para concretar qué bienes son los importantes para el Derecho penal (el primero fundamenta y justifica el siguiente y así sucesivamente). Todo bien jurídico debe reunir estas tres características. Pero no todo bien, ni cualquier ataque sobre el bien, va a ser protegido por esta rama jurídica, sino que intervendrá en *fragmentariedad* y sólo como *ultima ratio*.

Vislumbramos una distinción inicial entre la categoría de “bien jurídico”, como concepto universal para el Derecho, y la de “*bien jurídico penal*”, como específico de la rama penal: “No todo bien jurídico requiere tutela penal, no todo *bien jurídico* ha de convertirse en *bien jurídico-penal*”⁶⁰.

[...] problema terminológico que puede resolverse de dos maneras: 1) entender la expresión «bien jurídico»

dos realidades próximas y afines, tanto en su contenido como en su meta, cuyo ámbito de actuación no siempre es posible separar mediante una línea divisoria clara. La diferencia habrá que buscarla más bien en la distinta *función* que a cada uno de ellos le corresponde en la ordenación de la vida social. También por supuesto en el modo de cumplir tal función. Pues mientras al Derecho le corresponde por naturaleza garantizar la estabilidad del orden social, la Política representa en cierto modo el elemento dinámico de ese orden”, en RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, 3era. ed., ed. Librería Cervantes, 1998, España, p. 126.

⁵⁸ “La regla que sirve para determinar claramente la línea divisoria entre el bien jurídico y las motivaciones por las que se castiga una conducta es la siguiente: el bien jurídico constituye un elemento del tipo de injusto, lo que significa que 1) su lesión (o puesta en peligro) es necesaria para poder considerar el hecho consumado (o, en su caso, intentado), y 2) su conocimiento es imprescindible para la concurrencia del dolo”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, *El Blanqueo de capitales en el Derecho español*, ed. Dykinson, Madrid-España, 1999, p. 13.

como referida al «objeto merecedor de la protección jurídica» (género), y denominar a la especie constituida por los objetos de protección jurídico-penal «bien jurídico penalmente protegible» o, más brevemente, «bien jurídico-penal»; 2) denominar «bien jurídico» sólo al objeto de protección jurídico penal”. Y es que no está claro si el término “bien jurídico” surgió en referencia a lo penal o al Derecho en general⁶¹. Nosotros, particularmente, optamos por la primera manera. Entonces, hay bienes jurídicos civiles –que serán protegidos por el ordenamiento civil–, bienes jurídicos administrativos –protegidos por el ordenamiento administrativo–, bienes jurídicos laborales, etc.

Y es que el concepto de bien jurídico lo relacionamos con el de derecho. Sino que ahora se le llama bien jurídico, porque, como fruto del materialismo jurídico o del positivismo jurídico, desaparece el contenido de la palabra “derecho”⁶² o “derechos”. El ordenamiento jurídico, también el penal, ya no defiende los derechos de los individuos, sino bienes jurídicos (y con la confusión sobre el concepto de éste ¿qué defiende, entonces, el Derecho penal?).

Entonces, nos dice MIR PUIG –partidario de esta tríada y de la siguiente (§7)–, que se requiere *importancia social* y *necesidad de protección por el derecho penal*, para que un bien jurídico, sea considerado bien jurídico penal.

Siguiendo a PALMA HERRERA⁶² para explicar esta primera tríada, quien utiliza una teoría de MAYER, realiza el siguiente análisis: “[...] para poder hablar de bien jurídico no basta con la existencia de un bien [...]. Es preciso que ese bien o valor sea estimado positivamente por el legislador penal en un proceso

⁵⁹ *Necesidad de protección por el Derecho Penal*: “No basta que un bien posea suficiente importancia social para que deba protegerse penalmente. Es preciso que no sean suficientes para su tutela otros medios de defensa menos lesivos: si basta la intervención administrativa, o la civil, no habrá que elevar el bien al rango de bien jurídico-penal [...], será necesaria la protección penal de un bien frente a algunas formas de ataque especialmente peligrosas y no frente a otras”, en MIR, *EPC* 14 (1990), pp. 214-215.

⁶⁰ *Idem*, pp. 167-168. También en FABIÁN, *El delito de blanqueo*, pp. 167-168 y en FABIÁN, «*El Blanqueo de capitales*», p. 171. Así como: “[No] todo «bien» constituye un «bien jurídico» protegido por el Derecho penal. Antes bien, bienes jurídicos son los *valores fundamentales* de la vida comunitaria, cuya garantía jurídica constituye imprescindible condición del próspero desenvolvimiento de la propia convivencia humana”, en POLAINO, *DP. PG.*, p. 604

⁶¹ Cfr. SILVA, *Aproximación*, p. 276.

⁶² Cfr. POLAINO, *El Bien Jurídico*, p. 64: “[N]umerosos bienes jurídicos de muy variados tipos de delito no consisten en ningún derecho, sino que se sustentan en un valor de índole ideal [...]”. Es diferente decir que al “derecho” o “bien” se le da un valor.

caracterizado por las tres fases o momentos señalados [...] por MAYER: es necesario que sea digno, susceptible y necesitado de protección.

Que un bien o valor es *digno*⁶³ de protección significa que tiene una trascendencia tal para el orden social, que lo hace merecedor de la protección penal. Una vez admitido esto habrá que estar a si ese bien o valor es *susceptible* de protección, lo que vendrá determinado por el hecho de que pueda ser atacado o no –un bien o valor invulnerable o indestructible no es susceptible de integrar el concepto de bien jurídico⁶⁴–. Finalmente, respecto a la *necesidad de protección*, significa que debe estar protegido penalmente por no existir otra rama del ordenamiento jurídico capaz de hacerlo o porque esa protección de naturaleza extrapenal resulta insuficiente. Es decir, ha de tratarse de un bien o valor cuya tutela penal permita salvaguardarlo de los ataques que contra él se dirijan⁶⁵.

7. Agregando otros argumentos adjetivos o procedimentales, que la doctrina fue estructurando – como dijimos, bajo el móvil de definir materialmente el bien jurídico, nos iban dejando estas ayudas o defensas para el mismo–, pero, en relación con la última recién señalada, es decir, con la necesidad o merecimiento de protección penal⁶⁶, nos adentramos a *otra división tripartita*, y complementaria de la ya expuesta: la lesión del bien jurídico debe *afectar al individuo*, al mismo tiempo debe *afectar a la sociedad*⁶⁷ (*dañosidad social*)⁶⁸, y debe estar *reconocido constitucionalmente* como bien jurídico. Sólo así se le podrá proteger plenamente y sin errores.

Así los expone SILVA SÁNCHEZ: “El bien jurídico penalmente protegible ha de ser, en primer lugar, un

bien jurídico «merecedor» de protección penal. El merecimiento de protección penal hace alusión a consideraciones de justicia: se trata de determinar en favor de qué realidades (de qué bienes jurídicos) es justo hacer uso de la protección penal. Tales realidades han de ser realidades especialmente valoradas, fundamentales, que determinen que los hechos dirigidos contra ellas experimenten una mayor desvalorización, la desvalorización que haga de ellos no meros hechos injustos, sino «injustos punibles» merecedores de pena. Ahora bien, ¿qué características deben reunir esas realidades especialmente valoradas? [...] necesidad de una referencia individual, una dañosidad social de las agresiones al mismo, una plasmación constitucional [...]”⁶⁹. Si nos hubiera definido o se hubiera detenido y explicado un poco más estas “características a valorar”, quizá nos hubiera guiado un poco más.

SILVA considera que el concepto de bien jurídico ya tiene fundamento material, según la postura sociológica, que es respetuosa del individuo –dice–: “[...] aquellas realidades cuya indemnidad es considerada como una necesidad social, para garantizar las posibilidades de participación del individuo en los sistemas sociales”⁷⁰. Nosotros consideramos que no es tal definición una material del bien jurídico, pero si hubiera desarrollado, en su opinión, la palabra “realidades”, quien sabe hubiéramos encontrado un camino.

8. Que el *bien jurídico* debe tener un *titular individual* (persona natural o jurídica) es obvio, aunque hay posturas a las que no les queda tan obvio (las que defienden la lesión de un deber o la vigencia de la

⁶³ Debemos tener en cuenta que esta “dignidad” del bien jurídico debe significar o tener relación con el *ser humano* y la “dignidad” (excelencia del “ser”) que éste posee. Entonces, y sólo entonces, las cosas que le ayudan a perfeccionar su ser (intrínseca o extrínsecamente) se convierten en “dignas” (por derivación o atribución), y en importantes para ser protegidas. *Vid.* nota al pie 67.

⁶⁴ La idea de susceptibilidad en el bien jurídico ya estaba presente en BINDING: “Interesa resaltar que en la teoría bindingniana del injusto típico, configurada en estrecho vínculo con la sistemática normativa pura, se confiere a los bienes jurídicos un momento común que de modo genérico les caracteriza: la capacidad de lesión”, en POLAINO, *El Bien Jurídico*, p. 109.

⁶⁵ PALMA, *Blanqueo de capitales*, p. 280. El resaltado en cursiva es nuestro.

⁶⁶ Tercer elemento concretizador del bien jurídico: necesidad de pena y merecimiento de pena: “[...] *el objeto de protección del Derecho, en general, y el del Derecho penal, en particular, no son idénticos*”, en SILVA, *Aproximación*, pp. 275 ss.

⁶⁷ “[Sólo] puede considerarse “bien jurídico”, como objeto merecedor de protección jurídico-penal, aquello que

sea necesario para la subsistencia, en ciertas condiciones, de la Sociedad”, *vid.* MIR; *Introducción*, p. 132. *Cfr.*

nota al pie 63.

⁶⁸ “[Con] carácter general [...] al valor del bien jurídico protegido debe añadirse la especial peligrosidad del ataque, que es el que da lugar a una mayor necesidad de protección de la comunidad”, en JESCHKE/WEIGEND, *Tratado*, 2002, p. 55. MIR también utiliza esta tríada de argumentos, y sobre lo que llama *importancia social* (para SILVA: “dañosidad social”) comenta: “significa [...] postular la autonomía de la valoración jurídico-penal, de aquellos bienes. Y significa erigir en criterio básico de dicha valoración específica el que tales bienes puedan considerarse *fundamentales para la sociedad*”, en MIR, *EPC* 14 (1990), p. 209.

⁶⁹ SILVA, *Aproximación*, p. 288. Y para otra idea de susceptibilidad: “no basta con que un determinado bien jurídico merezca la protección penal e incluso pueda necesitar de ella, ante la ineficacia de otros medios. Es preciso que sea «susceptible» de ser protegido penalmente, extremo éste que no concurre en todos los casos, y para cuya valoración conviene tener muy en cuenta las condiciones reales de todo el sistema penal”. *Idem*, p.289

⁷⁰ SÁNCHEZ-OSTIZ, *El Delito Contable*, p. 207.

norma, tienden a defender a la comunidad sobre el individuo, viendo a éste como parte cosificada de aquella). En todo caso, siempre se lesiona a los individuos en sus derechos o cosas atribuidas, ellos son los titulares de estas, son los sujetos pasivos del delito. “[Se] advierte, entonces, fácilmente que los bienes jurídicos-penales más indiscutidos, los que han calado más hondo en la conciencia social y han perdurado a lo largo de los siglos, son aquellos que afectan en mayor medida y más directamente a los individuos [...]; [al] Estado social democrático [...] le importan los intereses colectivos *en la medida* en que condicionen la vida de los individuos. La razón es obvia: se trata de que el sistema social se ponga al servicio del individuo, no de que el individuo esté al servicio del sistema [...]; la valoración de la importancia de un determinado interés colectivo exigirá la comprobación del daño que cause a cada individuo su vulneración [...]”⁷¹.

9. Que al mismo tiempo de perjudicar a un individuo, como justificante de la intervención del Derecho penal –exigido desde el mismo Derecho penal–, se *debe afectar*, de alguna manera, *a la sociedad*, ayuda a entender mejor al individuo –quien en su esencia es un ser social–, y al sistema jurídico. Este está pendiente del individuo y de su desenvolvimiento en sociedad en busca de su desarrollo (al mismo tiempo denota una ausencia de individualismo en la rama penal). Entonces, la idea de “dañosidad social”⁷² como punto de partida para entender el bien jurídico, bien pensada en SILVA SÁNCHEZ, ayuda a deslindar de protección penal lo moral de lo jurídico, pero debe cuidarse en algunos aspectos para que no se dé un mayor valor a la sociedad en cuanto tal y se deje de lado al individuo: “debe afrontarse mediante la inclusión en el concepto de bien jurídico de una referencia al *individuo* y a su autorrealización, tanto que los hechos disfuncionales que no afecten a las posibilidades de autorrealización del individuo no serán punibles”⁷³. Esta referencia la veo yo en que la titularidad de *cosas justas* que van a ser lesionadas, ya que siempre –y únicamente–

atribuidas a individuos concretos, que necesitan de esas cosas para su desarrollo en sociedad.

A la dañosidad social otros, entre ellos MIR PUIG⁷⁴, la llaman *participación en los sistemas sociales*, en el sentido de que –el Derecho penal– esencialmente protege que los individuos puedan participar en la sociedad, comunicarse en sociedad: “Si este funcionamiento [de los sistemas sociales] es el objeto *genérico* de la tutela penal, los bienes jurídicos son sus *concretos* objetos, que ofrecen la necesaria especificación de qué particulares procesos de interacción y de participación en los sistemas sociales merecen ser protegidos por el Derecho penal”. Y continúa con actitud crítica: “Pienso, como CALLIESS, que el bien jurídico ha de consistir en una “posibilidad de participación” en los sistemas sociales [entendiendo éstos como interacciones comunicativas en que consiste lo social, materia de regulación jurídica]”. Pero ya este matiz se inclina más por la defensa de la vigencia de la norma, a mi parecer, o está en la frontera entre la defensa de ésta y del individuo.

Si en un principio se deja de lado el concepto de “derecho”, para pasar a hablar de bienes jurídicos, ahora se quiere dejar de lado el *concepto de individuo* y pasar a ponderar a la comunidad (al todo). En relación a esto, tenemos otro orden de ideas, pero dentro de las adjetivas –según la opinión que venimos defendiendo–, nos encontramos con las siguientes: Si el bien jurídico estaba definido con referencia al individuo, y tenía que haber una lesión a él, directa o indirectamente, para que se justifique la intervención del Derecho penal, éste, en su ámbito económico –Derecho penal económico– ve como sujeto pasible de ser lesionado uno más amplio y difuso, más relacionado con la estabilidad del Estado. Un sector de la doctrina pretende determinar mejor el contenido de los bienes jurídicos colectivos, sin referencias al individuo: “[...] por un lado, se ha desarrollado la categoría de los bienes jurídicos intermedios espiritualizados o con función representativa, cuya vulneración requiere la lesión individualizable sobre un objeto que representa el bien

⁷¹ MIR, *EPC* 14 (1990), pp. 210-214. *Vid.* nota el pie 120, *in fine*.

⁷² Citando a HASSEMER sobre el bien jurídico y los límites del Derecho penal: “[...] la dañosidad social (el conflicto debe afectarnos 'a todos', y no solamente al autor y a la víctima)”, en SILVA, *Aproximación*, p. 286. Para dotar de contenido al concepto de bien jurídico, opina MIR: “El punto de partida habrá de ser el que intuyó VON LISZT: el bien jurídico posee naturaleza *social* [no espiritual como sostenían los neokantianos]”, en MIR, *Introducción*, p. 132.

⁷³ *Idem*, pp. 269-271. Y más adelante, p 271: “[...] quizá sea lo mejor el integrar en una sola idea los aspectos de «referencia individual» y de «dañosidad social», afirmando que el objeto de protección

jurídico-penal necesariamente debe expresar las condiciones que hacen posible un libre desarrollo del individuo a través de su participación en la vida social (tesis CALLIESS)”.

⁷⁴ *Cfr.* MIR, *Introducción*, pp. 138 y 139-140: “Bienes jurídicos son las *condiciones necesarias*, según la observación empírica, de un *correcto funcionamiento* de los sistemas sociales, [pero para evitar no proteger al individuo] conviene requerir que tales condiciones se traduzcan en *concretas posibilidades de participación* del individuo en los procesos de interacción y comunicación social. 'Posibilidad de participación' no se entiende aquí sólo como posibilidad de *incidencia activa* en la vida colectiva, sino también como posibilidad de vivir en sociedad confiando en el *respeto de la esfera de libertad particular* por parte de los demás”.

jurídico colectivo más abstracto. Por otra parte, se ha procedido a reconfigurar el principio de lesividad, en tanto ya no se entiende como lesión apreciable de un bien jurídico individual, sino como una lesión normativa⁷⁵ de un bien jurídico (colectivo) [...], el único camino dogmáticamente correcto se encuentra sólo en un cambio del punto de partida, esto es, en el abandono de una comprensión individualista del hecho y su sustitución por una comprensión normativa del delito⁷⁶.

En base a la complejidad de la sociedad moderna, la teoría de la imputación objetiva, predominante en Derecho penal económico, pretende que la configuración del injusto deje de lado –no totalmente, sino en segundo plano, para el sector moderado– la consideración de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico para considerar –en primer plano o como razón justificante de la intervención penal– que se ha defraudado la expectativa normativa al desobedecer la norma –es decir, se ha cometido un delito–, y para determinar, entonces, la atribución de responsabilidad concreta en los individuos. Así, ya no habría problemas con determinar el contenido del bien jurídico ni necesidad de plantearse llenar *agujeros* argumentales sobre los delitos de peligro abstracto o de omisión – donde parece que no se lesiona ni pone en peligro un bien jurídico–. El ciudadano, simplemente, incumple su rol, defrauda a la norma⁷⁷ y comete delito. Pero, no nos queda claro aún si ésta teoría, planteada inicialmente para el Derecho penal económico, es decir para los delitos socioeconómicos del ordenamiento jurídico penal, podrá extenderse claramente a todos los otros matices del ordenamiento jurídico penal. Sin que esto signifique un reconocimiento de la misma en cuanto a la parte económica se refiera, ni en cuanto a dejar de lado la idea de bien jurídico para la teoría del delito. La teoría de la imputación tiene mucho que decir, pero debe entenderse –esta teoría– de la mejor manera, antropológicamente. *Rechazamos una visión*

⁷⁵ En una posición más intermedia: “El Derecho penal materializa la protección de bienes jurídicos, pues busca mantener la concordancia entre la voluntad de los destinatarios de la norma y las exigencias del ordenamiento jurídico. El delito se muestra así, simultáneamente, como la lesión del bien jurídico y la infracción del deber”, en JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 2002 p. 8.

⁷⁶ GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico*, pp. 305-306. Para una idea similar sobre la infracción del deber y su relación con el bien jurídico *vid.* BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva*, p. 88: “Sólo concurre una infracción del deber cuando la prestación de ayuda se dirige contra el bien jurídico [...]”. Y es que como ya vimos, la visión de la *lesión del deber* no puede renunciar a la de *bien jurídico*, de lo contrario se vacía la razón de ser de la norma jurídica, siempre en relación con las personas y todo lo que se refiera a ellas.

funcionalista –tal cual se entiende hoy en día– por deshumanizar al derecho⁷⁸, por negar la esencia social y a la vez la libre autodeterminación del hombre, pues lo cosifica, lo considera un “androide” que debe obedecer órdenes mecánica o electrónicamente; y por acarrear las confusiones que entre el bien jurídico y el objeto material del delito podrían surgir. Todo en las ciencias tiene referencia, mediata o no, con el ser humano –sino no tienen sentido–, y sólo entendiéndolo correctamente, daremos un justo tratamiento del mismo en el Derecho penal, que nos ocupa.

10. Que el bien jurídico tenga *pre-configuración constitucional*, es entendible hasta cierto punto, y es esta característica la más criticada o menos fuerte, pues no todo está ni debe estar en la constitución. Y así lo desarrolla SILVA SÁNCHEZ: “La exigencia de una consagración constitucional, directa o indirecta, de los bienes penalmente protegidos me parece, pues, plenamente justificada, en la medida en que pone de relieve que una intervención tan intensa sobre el individuo como la penal sólo puede justificarse en caso de afectación de un elemento esencial de la vida en común, al que ha alcanzado el consenso plasmado en la Constitución⁷⁹. Esta idea añade de un elemento limitante de afectaciones al individuo y a la sociedad. Pero debemos entender que éste elemento constitucional es flexible, pues de lo contrario sería entender que las realidades no contempladas en la Constitución no merecerán protección penal, como también es verdad que no todas las realidades contempladas en la Constitución merecen protección penal.

Si la Constitución regula un listado de bienes jurídicos –de manera concreta o difusa– no es por arbitrariedad, sino, porque ella misma, al ser una manifestación jurídica, se somete a las normas de ésta estructura que está al servicio de la sociedad, y debe reconocer lo esencial de la vida social y protegerlo –la Constitución como primera barrera⁸⁰–. La sociedad

⁷⁷ *Cfr.* GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico*, pp. 315-318.

⁷⁸ En concordancia con SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, *Los Delitos de Encubrimiento. Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, ed. Grijley, Lima-Perú, 2005, p. 282, §11.

⁷⁹ SILVA, *Aproximación*, p. 274.

⁸⁰ Conjugando dañosidad social (o importancia social) y reconocimiento constitucional, tenemos las barreras delimitadoras de los bienes jurídicos: “[...] será mucho más difícil coincidir en la apreciación de cuando un interés es fundamental para la vida social y cuando no lo es. Hasta cierto punto ello es inevitable pues se trata de una cuestión valorativa, pero es bueno tratar de hallar criterios que puedan auxiliar en la discusión *racional* (intersubjetiva) del problema [...]: a) [...] el reconocimiento constitucional de un bien debe servir de criterio relevante para decidir si nos hallamos en

necesita estabilidad para propiciarle al individuo el ambiente adecuado para el desarrollo de todos sus derechos, de los que algunos, si quiere, podrá obviarse de ejercer – los entendidos como facultades–, y así ella misma se beneficiará objetivamente siempre. La Constitución no debe contenerlo todo.

11. Pero, no es la Constitución –donde tampoco están todos los bienes jurídicos– o que el ser humano tenga facultades –derecho a no ejercer sus derechos en algunas oportunidades–, ni la dañosidad social, ni es porque con cada acción se pueden lesionar varios bienes al mismo tiempo, lo que concreta o especifica el concepto de “bien jurídico”: sino “la realidad” afectada concretamente –según BIRNBAUM– y que el hombre por una consecuencia antropológica natural abstrae y generaliza: la *cosa justa abstracta*, los derechos.

12. Así, empezando a construir nuestra propuesta, no hay que olvidar que el *ser humano suele conocer por los sentidos* –y no me estoy metiendo en las teorías “naturalistas”, sino en las realistas, antropología clásica, conocimientos empíricos de los hechos– y luego termina abstrayendo, universalizando sus ideas, sacando los conceptos. Así, por ejemplo, sabemos que tal animal es un perro y no un lobo, que el ser humano se diferencia de los animales porque piensa y quiere, porque hemos visto, conocido, distinguido y abstraído. Pues es lo mismo que los legisladores hacen, ven que las personas necesitan de alimento, que necesitan trabajar

presencia de un interés fundamental para la vida social que reclame protección penal [...]. El reconocimiento de bienes y derechos que se efectúa en la Constitución tiene *ante todo* por objeto fijarlos como límites que deben respetar los poderes públicos. Aunque también se imponga el respeto de tales derechos a los ciudadanos [...], no puede entenderse que la Constitución imponga al Estado no sólo el deber de respetar los derechos fundamentales, sino también el de sancionar penalmente su vulneración [...]. b) [...]. Se advierte, entonces, fácilmente que los bienes jurídicos-penales más indiscutidos, los que han calado más hondo en la conciencia social y han perdurado a lo largo de los siglos, son aquellos que afectan en mayor medida y más directamente a los individuos [...]; [al] Estado social democrático [...] le importan los intereses colectivos *en la medida* en que condicionen la vida de los individuos. La razón es obvia: se trata de que el sistema social se ponga al servicio del individuo, no de que el individuo esté al servicio del sistema [...]; la valoración de la importancia de un determinado interés colectivo exigirá la comprobación del daño que cause a cada individuo su vulneración [...], en MIR, *EPC* 14 (1990), pp. 210-214.

⁸¹ Valor de las Teorías constitucionalistas del bien jurídico: La Constitución regula el Estado Social y Democrático y plantea los límites del mismo Estado para ejercer su función penal, así “[la] norma penal se justifica cuando es necesaria para la protección y seguridad de las condiciones de vida de una sociedad estructurada sobre la base de la libertad de la persona [...]”, entonces la Constitución plantea unos bienes jurídicos, y nos da la pauta del modelo de sociedad que se quiere. *Vid.* DEL CARPIO, *blanqueo de capitales*, pp. 37-39.

para poder propiciarse su alimento, que necesitan libertad para decidir su proyecto vital –individual o familiar– y laboral, o que la sociedad necesita estabilidad, que evitar la bigamia da seguridad y estabilidad familiar, que se necesita libertad para decidir cuándo ejercer su sexualidad, que se pueden crear empresas y competir en igualdad de condiciones con los demás, que cada individuo necesita respuestas del Estado

–que funcione bien– ante ciertas irregularidades sociales, etc. Así, *abstraen*, ven que se pueden lesionar estas manifestaciones concretas, estas *cosas justas*, estos objetos y deciden proteger penalmente los bienes jurídicos (*cosas justas-abstractas*): derecho a la vida y a la salud corporal, el derecho al trabajo, derecho a la familia, la libertad sexual, la libertad de empresa o económica o social, la libertad de competencia, la administración de justicia o la administración pública, etc.

13. Las ideas de este epígrafe sobre el bien jurídico, por tanto, no son más que adjetivas o procedimentales, que sirven únicamente como criterios de protección del bien jurídico. Por eso son muy válidas y valiosas. Pero para protegerlos bien –que es lo que queremos–, éste debe estar determinado materialmente.

Acudir a teorías constitucionalistas⁸¹ o sociológicas⁸², subjetivistas u objetivistas, dualistas⁸³ o monistas⁸⁴, monofensivas o pluriofensivas no nos soluciona el

⁸² Valor de las Teorías sociológicas del bien jurídico: DEL CARPIO, citando a DURKHEIN, PARSONS y MERTON sostiene que “[...] la sociedad es un «sistema de interacción» en el que el daño social constituye un fenómeno disfuncional que impide u obstaculiza que el sistema social resuelva el problema de su conservación”. Así los bienes jurídicos se constituyen como las condiciones de existencia de la vida social, y los elige el legislador teniendo en cuenta que en su sociedad todo se construye por el consenso general. *Vid. Idem*, pp. 40-41. La primera parte es ejemplar, pero nosotros matizaríamos y nos cuidaríamos de la última idea parafraseada (“los elige el legislador teniendo en cuenta que en su sociedad todo se construye por el consenso general”), ya que podría dar pie a elecciones sin referencia a la realidad, sino sólo al puro arbitrio de las mayorías. Se inclina por la asunción mezclada de ambas posturas –sociológicas y constitucionalistas– del bien jurídico, FABIÁN, *El Delito de blanqueo*; pp. 168-171.

⁸³ La Teoría dualista enseña que hay dos clases de bienes jurídicos, los individuales y los colectivos (más importantes que los individuales, pues son de ataque directo a la sociedad en cuanto tal). *Vid.* DEL CARPIO, *blanqueo de capitales*, pp. 44 ss.

⁸⁴ La Teoría Monista: tratando de dar un concepto de bien jurídico, argumenta que sólo hay dos formas de concebir al bien jurídico y ambas se oponen entre sí. La posición estatista (los bienes jurídicos sólo tienen como titular al Estado, y por tanto los bienes jurídicos individuales los atribuye el Estado y los colectivos tienen razón de ser si sirven al desarrollo del individuo, lo que a su vez propicia un desarrollo mediato del Estado) y la personalista (sociológica y funcionalista: niegan bienes jurídicos

objetivo de dilucidar cuál es el contenido material, o concepto en sí, del bien jurídico. Al contrario, a todas ellas le podemos aplicar nuestra propuesta de concepto, que termina conjugándolas, lo cual nos manifiesta que cada una de ellas era parcial en su apreciación de la realidad.

Así, vemos que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico afecta a *individuo*, lo afecta concreta y realmente –*susceptible*– en cosas o derechos suyos con una entidad tal –*digno*–, que a su vez afectan a la sociedad (*dañosidad social*), y que por tanto se hacen merecedoras de protección –*necesidad de protección*⁸⁵–, y si el ataque es grave y ninguna otra medida logra disuadirlo, la *protección será penal*, sobre todo si esa realidad ha sido *reconocida constitucionalmente*. Hemos combinado (*vid.* II.1 §6 y §7), coherente y válidamente, las dos tríadas de argumentos adjetivos del bien jurídico, pero aun así no sacamos un concepto material de bien jurídico.

Aún, entonces, falta la concreción⁸⁶ del concepto de bien jurídico, que aunque MIR PUIG también trata no logra especificarlo, igual que los otros que hemos ido reseñando, aunque, como dijimos, en algunos se empieza a notar que se acercan a la respuesta como nosotros la entendemos.

3. PROPUESTA DE CONTENIDO MATERIAL DEL BIEN JURÍDICO

1. Vamos, ahora, a *construir un concepto material*⁸⁷ del *bien jurídico* –también aplicable al Derecho penal: bien jurídico penal⁸⁸– desde un punto de vista que nos parece realista (tanto por su apariencia externa como por la corriente *iusfilosófica* del mismo nombre: el realismo jurídico), porque lo completa de contenido esencial. Y lo decisivo es determinar si esa teoría puede asentarse en consideraciones exclusivamente utilitaristas (un bien jurídico debe ser protegido cuando ello aparece como útil en términos de necesidad y

colectivos cuando su fin inmediato no sea la protección de una esfera de la vida del individuo), *vid. Idem*, pp. 48 ss.

⁸⁵ *Vid.* nota al pie 59, en donde se ensaya una combinación por MIR PUIG.

⁸⁶ “[E]l abandono del concepto político-criminal en favor de un concepto puramente hermenéutico de bien jurídico sería insatisfactorio: pues por una parte tal formación conceptual nos lleva más allá del principio, de todos modos perfectamente conocido, de la interpretación teleológica; y por otra parte los problemas materiales que hay tras la discusión político-criminal justifican proseguir los esfuerzos por lograr un concepto de bien jurídico expresivo en su contenido y limitador del Derecho penal”, en ROXIN, *DP. PG*, p. 55.

⁸⁷ En contra de lo que otros opinan, por ejemplo: “[...] estimo empresa condenada de antemano al fracaso la de buscar unas

subsidiariedad) o bien se hace preciso atender también a consideraciones axiológicas o de principio (la decisión sobre protección penal de un bien jurídico depende de su «merecimiento» de tal protección)⁸⁹, como ya vimos. Pero no dejará de ser una propuesta desde el *realismo jurídico*; y por lo mismo, aún criticable por su aspiración tan alta, pero que tomada con conciencia científica podrá llenar de contenido y reorientar la visión del Derecho penal.

2. Sí comparto el *punto de vista* de SILVA SÁNCHEZ, porque es realista –aunque quizá él no lo haya vislumbrado así–, de que la “idea clave es, pues, que sólo pueden ser bienes jurídicos aquellos objetos que el ser humano precisa para su libre autorrealización (que obviamente tiene lugar en la vida social); así, determinados objetos se convierten en bienes jurídicos, en la medida en que están dotados de un contenido de valor para el desarrollo personal del hombre en sociedad”⁹⁰. Estos “objetos” –que no define– le permiten desarrollar sus derechos inherentes (vida, salud, libertad en todas sus manifestaciones, etc.), los actos externos hacia su manutención en sociedad (tener propiedades, trabajo, creación de empresas, títulos valores, dinero, etc.), defender las instituciones que él necesitará ante determinadas situaciones que tenga que afrontar (sistema financiero, tributario, Administración de Justicia, etc.), y así tenemos ya casi todo lo que debe proteger un Código penal. Y claro, el contenido de valor, no queda al arbitrio de los gobernantes, sino que habrá que buscarlo en las características intrínsecas de cada objeto a proteger.

3. Para este objetivo, necesitamos una *teoría iusfilosófica*, centrándonos en la doctrina de Javier HERVADA XIBERTA, contextualizada en la frase definitoria de la justicia, –que está obligado a otorgarla el Estado, también en la rama penal–: *dar a cada uno lo suyo*. Esto último, lo suyo, equivale a decir “su derecho”, lo que le corresponde –esa cosa que le corresponde– a cada individuo, según lo que tenga atribuido. Entonces

pretendidas características esenciales (ontológicas) del bien jurídico-penal que vayan más allá de las apuntadas”, refiriéndose a lo que nosotros catalogamos como caracteres adjetivos de protección del bien jurídico: lesión individual, dañosidad social y regulación constitucional, en SILVA, *Aproximación*, p. 288. No compartimos estas ideas totalmente, *cfr.* nota al pie 86.

⁸⁸ *Cfr.* las palabras de SILVA SÁNCHEZ: “[el] tema de nuestro tiempo no es, [...], la construcción de una teoría del bien jurídico, sino, más bien, de una teoría del bien jurídico penalmente protegido”, en *Ibidem*, p. 288. No compartimos estas ideas en parte, porque estimamos que ambos conceptos están relacionados, como venimos sosteniendo.

⁸⁹ En opinión de SILVA SÁNCHEZ no se puede prescindir de ninguno de estos dos aspectos, *vid. Idem*, p. 277.

⁹⁰ *Idem*, p. 271.

lo suyo son “cosas”⁹¹ concretas, son *cosas justas*, estas son los derechos⁹².

4. Nos preguntamos ahora ¿de qué clase de cosas hablamos, cuando lo hacemos de lo que debe defender el Derecho penal? Y con HERVADA XIBERTA decimos⁹³, que, en el marco del concepto de derecho (incluido en el de justicia, en la partícula “lo suyo”), estas cosas pueden ser “bienes” y “males” (v. gr. de cosa justa como un mal: una pena impuesta a un delincuente por causa de un delito, en su caso será lo justo, lo que se merece tal persona por sus actos; si se le otorga la pena se habrá hecho justicia), puede tratarse de cosas corporales o incorporales (v. gr. un automóvil, un cargo, la buena fama, derechos de autor), puede ser una persona (no en sí misma, v. gr. un hijo), una actividad humana (v. gr. el trabajo, una gestión; en general aquí se cubren todas las que conocemos como obligaciones de dar, hacer o no hacer), puede un ser semoviente (v. gr. un animal o un conjunto de animales), etc.; en general, todo aquello que pueda ser objeto o contenido de relaciones interhumanas⁹⁴.

Ello implica que sea un algo con un matiz de exterioridad –sobre todo si es incorporal, pero que quede claro que no se refiere esto a que deban ser

captados exclusivamente por los sentidos, como lo es una roca, sino, no podríamos hablar, por ejemplo, de libertad religiosa–, es decir que tenga una manifestación apreciable y reconocible de alguna manera por terceros. Y esta cosa debe tener un titular, estar atribuida a alguien⁹⁵, y por lo mismo retribuible a su autor o titular, quien la podrá utilizar según la medida intrínseca y extrínseca de dicha cosa (agregaríamos, que, para entender lo de los bienes jurídicos difusos, puede ser titular de esa “cosa” un solo individuo –natural o jurídico– o una colectividad⁹⁶ (v. gr. un pueblo o el Estado)⁹⁷.

Pre requisito esencial, para poder hablar de derechos en general, son las ideas de alteridad y relación jurídica. No se concibe el derecho sino es en relación con otro⁹⁸, y cuando estoy en relación con otro –inicialmente es una relación social–, y al agregarle el componente jurídico –la cosa justa–, que los ponga en relación específica, surge la relación jurídica (todos los individuos entablamos relaciones jurídicas con los demás en momentos determinados). Por ejemplo, si asistimos al cumpleaños de un amigo, estaremos en una relación social, pero si además le llevamos un regalo, estaremos ante una relación jurídica. Si una cosa justa hay entre

⁹¹ Del latín *res*, que utilizaron mucho los romanos, como palabra e idea clave en todo su desarrollo jurídico. “Ante el derecho tiene la consideración de “cosa” todo aquello que puede influir en la creación, modificación, etc. de relaciones y situaciones jurídicas, sean actos voluntarios de las partes, sean eventos involuntarios”, en CARPINTERO, “El Derecho penal en la definición del Derecho”, *PyD* 40 (1999), Navarra-España, p. 308.

⁹² En las doctrinas iusfilosóficas se han concretado hasta cuatro definiciones del “derecho”, palabra que se presenta como análoga (con varios significados): cosa justa, facultad, norma jurídica y ciencia. Así es como aparecieron cronológicamente. Pero la definición en sentido propio es la de *cosa justa*, este es el *analogante*, los demás son *analogados*. Así, en VILLEY, Michel, *Filosofía del Derecho*, ed. Scire Universitaria, Barcelona-España, 2003, p. 53: “Pero «derecho» en sentido principal de la palabra, no designa a profesión o actividad de los juristas, sino que se nos muestra como una *cosa* provista de existencia propia que el jurista investiga, estudia, y alrededor de la cual parece gravitar la tarea del jurista”.

⁹³ Vid. HERVADA XIBERTA, Javier, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 10ma ed., 1era reimpresión, Eunsa, Pamplona-España, 2007, pp. 39 ss. HERVADA, entre tantos, se basa en la obra de VILLEY, TOMÁS DE AQUINO y en ARISTÓTELES.

⁹⁴ Bien jurídico como relación jurídica, es decir, a parte de una cosa en sí misma, también puede ser una relación jurídica o situación jurídica, o la capacidad de entablarlas: “Cuando se dice que la norma penal protege un determinado bien jurídico, se está señalando que protege una determinada relación social concreta de carácter sintético que surge de la vida social”, con relevancia jurídica, en BUSTOS/HORMAZÁBAL, *Lecciones de Derecho penal*, p. 27. Y, con otro matiz, y totalmente de acuerdo: “La doctrina más moderna, con razón, pone de relieve que los bienes jurídicos no deben ser comprendidos como bienes materiales, sino que se trata

de las relaciones de las personas con los intereses reales [...], por ejemplo [...], la facultad de disposición de las cosas (propiedad) [...], con la capacidad de funcionamiento del cuerpo y sus órganos (integridad corporal)”, en JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 2002, pp. 275-276.

⁹⁵ Si no está atribuido a alguien será una *res nullius*, que cualquiera podrá hacerla suya: por ejemplo, un venado en época de caza, será del que lo atrape, pues antes no tenía titular. No se me diga que su titular es el Estado, porque entonces podríamos remitirnos hasta antes de la existencia del Estado, para concretar cómo los individuos iban haciendo las cosas suyas.

⁹⁶ Concepto de bien jurídico: “[...] no es posible limitarlo a los bienes individuales”, en ROXIN, *DP. PG*, p. 54.

⁹⁷ Para un análisis más profundo de las características del derecho como *cosa justa* ver las obras de HERVADA XIBERTA. Para la relación del derecho con la cosa justa, vid. HERVADA XIBERTA, *Filosofía del Derecho*, p. 198.

⁹⁸ El clásico ejemplo es el de Robinson Crusoe, que aunque había muchas cosas a su alrededor –después de que las recopilara del mar tras el naufragio– no podía decir que fueran suyas, no podía oponérselas a nadie, sino hasta que llegó el aborigen isleño que él llamara Viernes. Entonces empezó la distribución y atribución –todo era de Robinson– de las cosas, y los límites –le prohibió a Viernes coger sus cosas sin su consentimiento–, entonces, surge una relación jurídica, porque surge el derecho. “[En] la mayor parte de las relaciones y situaciones con relevancia jurídica el hombre no se relaciona con otro hombre *directamente*, sino mediado por una “cosa”: De ahí la relativa razón del antiguo dicho romanista que expresa que el hombre sólo es relevante en el derecho por referencia a las cosas”, en CARPINTERO, *PyD* 40 (1999), p. 307.

nosotros, estamos ante un acto jurídico –v.gr. el contrato de donación–, ante una relación jurídica.

5. Al preguntarnos por el bien jurídico en Derecho penal nos preguntamos –aquí empieza nuestra opinión, que se irá desentrañando poco a poco– por la cosa justa⁹⁹ atribuida a un sujeto de derecho, es decir, nos referimos al derecho o bien¹⁰⁰ de alguien (a veces mal llamado “valor”¹⁰¹ –por las confusiones que puede

acarrear: subjetivismo–, sobre todo porque se valora a los bienes jurídicos en todos los casos, pero a los que ya son bienes jurídicos, pues la valoración no les cambia su naturaleza); y éste alguien puede ser una persona individual o colectiva –así podremos llegar hasta la Administración Pública o el Estado mismo–¹⁰². Cosa Justa¹⁰³ o bien jurídico –tanto materiales como inmateriales, etc.– vendrían a ser lo mismo, a

⁹⁹ Lo que hago realmente es trasladar la teoría de Javier HERVADA al ámbito del Derecho penal, porque creo que le calza perfectamente, y porque siendo una teoría que hemos tenido ahí ya desde hace varios años, es el momento de darle un sentido para el Derecho penal. Vid. HERVADA XIBERTA; *Introducción Crítica, passim*. Sobre todo, esta teoría, se encuentra en HERVADA XIBERTA, Javier; *¿Qué es el Derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico. Una introducción al derecho*, Eunsa, Navarra-España, 2002, pp. 59 ss, y *passim* (año que indica una de las tantas ediciones que ya tiene). Cfr. nota al pie 103.

La idea del derecho como *cosa justa –res iusta–* primero la había enunciado ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro V, 7 (y en general, dentro del Libro V, *passim*); luego los romanos; también SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theológica*, II-II, q 57, Artículo 1 (El Derecho); y también VILLEY: “También el Derecho natural constituye una cosa, un «estante» [...]”, en VILLEY, Michel, *Compendio de Filosofía del Derecho. Los medios del Derecho*, Tomo II, Eunsa, Pamplona-España, 1981, p. 155, o en VILLEY, *Filosofía del Derecho*, p. 53: “Cosa, palabra que, aparentemente, resulta difícil de definir. La aportación más original de la doctrina del derecho de Aristóteles es precisamente el análisis de otro término usado en lengua griega, emparentado, aunque distinto, con el termino justicia: *to dikaion*, que en lengua francesa se traduce mejor por «le droit» y que los romanos de la época clásica tradujeron por *ius*”. E, *Idem*, más adelante, p. 54: “El griego nos ayuda a percibir una distinción fundamental: entre el hecho de ser un varón o una mujer justo (*dikaiois*), tener la virtud de la justicia; y realizar la cosa justa (*to dikaion*)”. Y recientemente lo confirma POOLE DERQUI, Diego, *Apuntes de Filosofía del Derecho*, Curso Noviembre 2005, Documento preparado para la cátedra en la Universidad de Piura, p. 14: “Por último queda el significado más importante, el derecho como lo justo, o como la **cosa justa**. Éste es el significado fundamental del derecho, la piedra de toque de la juridicidad, porque así el concepto de derecho enlaza directamente con la justicia, y, además, es el más congruente con el origen etimológico de la palabra: el derecho es el *ius*, lo propio, la cosa en cuanto debida. Entre derecho y *ius* hay una sinonimia total. El derecho, como la cosa justa, es el objeto de la justicia, entendiendo por justicia la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo (*ius*); la justicia tiene como fin realizar el derecho; la justicia asegura que cada cual tenga lo suyo. Cuando una persona dice “esto es mi derecho”, está utilizando este significado del término derecho: p.ej. el caballo al comprador que pagó su precio, los impuestos al gobernante de la Comunidad, el cargo de juez a quien cumple los requisitos previstos en el concurso [de] oposición, la libertad al inocente [...]. En este último sentido podemos definir el derecho como aquella cualidad de las cosas (materiales o inmateriales) que, por estar atribuidas a una persona (titular del derecho), le son debidas, ya sea porque siendo suyas, no las tiene en su poder, o ya sea porque, teniéndolas en su poder, deben serle respetadas por los demás. [...]. Así pues, un problema, una cuestión o una institución se puede calificar como jurídica cuando hace

referencia a la relación entre una **cosa** (material o inmaterial) y su titular”. El resaltado en negrita es nuestro.

¹⁰⁰ Bien: “[...] un algo favorable y útil para la vida humana, jurídicamente estimado como tal [...], útil para la persona –singularmente considerada– o para la sociedad –como conjunto– [...], siempre con arreglo a una valoración externa y objetiva, y en ningún caso subjetiva e individualista”, en POLAINO, *El Bien Jurídico*, p. 29. Esta es una correcta relación entre el bien y la valoración.

¹⁰¹ “El concepto de bien jurídico se integra esencialmente de dos nociones básicas de paralela relevancia normativo-axiológica: a) *bienes*: objetos susceptible de satisfacer necesidades humanas y acreedores socialmente de la máxima tutela del ordenamiento jurídico frente a una eventual lesión o puesta en peligro. b) *Valores*: atributos anímico-espirituales de especial trascendencia para la autorrealización de la persona en Sociedad dentro de los presupuestos de un orden jurídico de libertad, respeto y colaboración recíprocos”, en POLAINO, *DP. PG.*, pp. 604-605; y en el mismo sentido POLAINO, *El Bien Jurídico*, p. 268. Aquí, el objeto –bien– se podría confundir con el objeto material del delito, situación que queremos evitar en nuestro concepto de bien jurídico. Luego, DÍAZ-MAROTO citando a RODRÍGUEZ MOURULLO: “[Es bien jurídico] todo aquello que, desde un punto de vista del orden social, parece como un valor positivo, y precisamente por ello, goza de protección del Derecho”, en DÍAZ-MAROTO, *Blanqueo de capitales*, p. 12.

¹⁰² En otro sentido será **“aquello que el Estado quiera proteger como bien social sensible de ser protegido para garantizar la armonía, paz y goce pacífico de esos bienes** (Estabilización Social)”, en SÁNCHEZ-OSTIZ, *encubrimiento, passim*. Esta idea deja entrever una cierta prepotencia (fuente de las arbitrariedades) de parte del Estado. Criticando podríamos agregar que se protegen porque en su apreciación de la realidad social se ve individuos, en cuanto tales, y a cada uno con expectativas propias y que se tiene que proteger su desarrollo en sociedad.

¹⁰³ Vid. VILLEY, *Filosofía del Derecho*, p. 55: “Por el contrario, el derecho (*to dikaion*) es un objeto: por ejemplo, mi parte de impuestos sobre la renta que debo pagar o ya he pagado, y que no ha de ser ni excesiva ni insuficiente”. Que no nos confunda la palabra “cosa”, pues está correctamente utilizada en este caso (por el uso histórico jurídico que se le ha dado y que ya citamos. Vid. nota al pie 99), y además respetando una de sus acepciones tanto jurídica como lingüística (es más, en su primera acepción del diccionario común se dice: Del lat. *Causa*. 1. f. Todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta; no hace referencia a algo estrictamente material o que se puede captar con los sentidos externos); además sirviéndonos de la calificación de la palabra que la acompaña –*justa*–, que *juridifica* a la “cosa”, termina de entenderse que, en el mundo jurídico, con esta expresión nos referimos también a los derechos inmateriales (como el honor, libertad de expresión o pensamiento, etc.). Además, bien podría reemplazarse –*cosa*– por

identificarse con todos los bienes jurídicos que rotulan cada título y capítulo de los códigos o leyes penales. Nos seguiremos explicando.

6. La justicia, o su acto, se aplica –o tiene sentido– en cuanto hay una perturbación o interferencia de la posesión –o uso, o disfrute, o propiedad, etc.– pacífica de las cosas o derechos de cada individuo por parte de otro u otros sujetos¹⁰⁴. Por cosa justa o lo suyo debe entenderse todo aquello que le es debido a un sujeto, cualquiera sea el título¹⁰⁵ por el cual se le debe, según el modo, la extensión y el tipo de derecho de que se trate (v.gr. así, se puede defender la casa que no tengo en propiedad, pero sí en alquiler o usufructo).

Esto nos permite abundar –otra vez– en lo de los bienes jurídicos difusos en cuanto que “una cosa puede ser suya en relación a distintas personas, según distintas formas de titularidad” (una misma cosa puede estar atribuida a varios sujetos de derecho de distintas maneras); como el claro ejemplo de la casa para el propietario y para su arrendatario, y pasamos a un parque o sus bancas, en general los derechos ambientales que los tendrá atribuidos el particular que los usa –se beneficia de ellos, cuando va de paseo, o de cacería, etc.– en un momento concreto, y el Estado en todo momento (aunque un particular la esté usando o aunque no los esté usando).

7. Sobre esas cosas –expresada la palabra cosa en sentido propio– se tienen también, lo que se pasó a llamar derechos subjetivos, pero que nosotros entendemos como característica propia del concepto de cosa justa; es decir, con las cosas justas, es implícito que, se puede hacer lo que uno quiera (con el límite que pone la utilidad social). Pero, la “cosa” no es un derecho subjetivo¹⁰⁶. Por ejemplo, nuestra “cosa” o “derecho”

la palabra “bien” y estaríamos refiriéndonos a lo mismo: *cosa justa o bien justo o bien jurídico*.

¹⁰⁴ Vid. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theológica*, II-II, q. 57, Artículo 1: “Lo primero de la justicia, dentro de las demás virtudes, es ordenar al hombre en las cosas que están en relación con el otro”.

¹⁰⁵ “Para que algo sea debido es preciso que tenga un título, que sea suyo, de éste [...]. Por título del derecho entendemos aquello en cuya virtud el derecho pertenece o está atribuido a un titular. [...] Puede ser título todo aquello capaz de producir la atribución de las cosas y, por lo tanto, contiene un poder o dominio en acto [...], pueden haber tantos tipos de títulos como formas de manifestación del dominio o poder existen en relación con las formas posibles de atribución”, en HERVADA, *Filosofía del Derecho*, pp. 204-205. Así, son títulos todas las causas o razones que atribuyen a un sujeto una cosa determinada (ejemplo, una compraventa nos hace propietarios). Se comportan como títulos, la naturaleza humana, la voluntad humana, las normas, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina.

¹⁰⁶ VILLEY, *Filosofía del Derecho*, p. 56: “El *dikaion* no es el «derecho subjetivo» del individuo [...]”. Crítica al derecho subjetivo como

puede ser un automóvil, y es obvio que con él podemos pasear o no. Se nota la diferencia entre el automóvil y lo que podemos hacer con él (cosa y facultad). Pero no tiene sentido que se tenga atribuido el automóvil (cosa), pero no se pueda hacer nada con él (derecho subjetivo)¹⁰⁷, o peor, que quiera pasear (derecho subjetivo) en el automóvil, pero aquel no esté en el estacionamiento (como cosa material). Por eso, la cosa o derecho, no es el derecho subjetivo, no es ese el contenido del bien jurídico; sino que la “cosa justa” engloba esas facultades por motivos obvios (no necesito algo más agregado a la cosa justa, para poder hacer con ella lo que quiera; la cosa en sí misma permite hacer con ella todo lo que según su naturaleza –y el título– se pueda). Así, el bien jurídico es la “cosa justa” que engloba todo lo que se puede hacer con ella.

Reconocer que el contenido material del bien jurídico sea el derecho subjetivo –idea que sí defendía FEUERBACH– es tanto como estar de acuerdo en que los individuos, defiendan –y que el Estado les reconozca– su facultad de adquirir alimentos, pero nada más. Es decir, según esta idea, no nos daría directamente o no facilitaría (propiciando los medios para ello) los alimentos concretos, pero nos reconoce la facultad de tener alimentos –eso defendería la Escuela Moderna del Derecho Natural, escuela individualista y liberal–. Otro ejemplo de lo que diría esta escuela: tienes el automóvil pero no lo uses, eh!, pues no tienes derecho –facultad– a eso. Por el contrario, con el contenido como “cosa justa” cada individuo tiene “como suya una parte alícuota de los alimentos producidos en el mundo, de forma que si uno pasa hambre mientras otro está sobrealimentado, con el hambriento se comete una injusticia”¹⁰⁸, de ahí que el hurto famélico no se

concepto de bien jurídico: “[...] en numerosas figuras legales la realidad valorada por el legislador como digna de garantía penal nada tiene que ver, en esencia, con el concepto estricto de derecho subjetivo: piénsese vgr., en los delitos en que se protege la seguridad interior o exterior del Estado, la economía política [...], la salud pública, la fidelidad del tráfico [...], y, en general, todos los supuestos en que no son constatables las características peculiares –entre ellas, la renunciabilidad– del concepto de derecho subjetivo”, en POLAINO, *El Bien Jurídico*, p. 99.

¹⁰⁷ Nosotros consideramos que el concepto de derecho subjetivo es una multiplicación innecesaria de los conceptos. Ya que lo que supuestamente viene a aportar, ya se concebía con el concepto de cosa justa desde Aristóteles

¹⁰⁸ HERVADA, *Introducción Crítica*, p. 43. Y seguro que alguien podría decir que ese es un supuesto de error de prohibición o de alguna causa de justificación, y quizás no se equivoca, pero será como colofón del análisis jurídico que hay detrás: el derecho a ciertas cosas justas intrínsecas al ser humano, permite propiciarse su abastecimiento en cualquier momento como ejercicio lícito de ese derecho, sin que conlleve pena.

sancione, por entender que para el sujeto hambriento es su cosa justa alimentarse siempre, y que el resto deberá ayudarlo a conseguirlo –de cualquier manera– si él no puede solo.

La “cosa justa” es un derecho, por lo tanto algo debido a alguien, y por tanto exigible. Primero es el derecho y luego la justicia, primero se tienen cosas y luego, ante la posibilidad o sobrevenida interferencia en el goce de esas cosas, aparece la exigibilidad y la justicia tratando de poner orden, de regresar al estado anterior de goce pacífico de las cosas (así se satisface lo debido). Así, primero tengo el derecho y luego lo puedo exigir.

Para el derecho subjetivo ocurre lo contrario, primero tendría la facultad de exigir y luego la cosa. Para nosotros la facultad de exigir aparece en un segundo momento, e implícita con la cosa justa.

8. Entonces, ¿qué son los bienes jurídicos? “a) los bienes que forman el ser del hombre, sus potencias y tendencias; b) las operaciones que tienden a obtener las finalidades naturales del hombre; c) los bienes que son el objeto de esas operaciones”¹⁰⁹.

HERVADA mismo nos explica lo que acaba de decir, poniendo hasta ejemplos de bienes jurídicos que tenemos recogidos en el Código penal: “Siendo la persona un ser que es dueño de su propio ser, resulta evidente que el hombre tiene por título natural¹¹⁰, como derechos, los bienes que constituyen su propio ser: su vida, sus miembros, sus potencias y tendencias [vida, salud, libertad sexual, etc., por ejemplo]. Pero el hombre es, a la vez, un ser dinámico, esto es, un ser ordenado y destinado a unos fines; por eso la operación –el obrar– constituye la perfección del hombre (su realización). Las operaciones que responden a los fines naturales del hombre porque tienden a su obtención, son expresión de la naturaleza humana, pues de ella nacen [el trabajo, constituir empresas, etc., por

ejemplo]. Asimismo, esas operaciones recaen sobre cosas y bienes exteriores, sin los cuales resultan imposibles o vacías, lo que implica que el objeto de la operación [el objeto material del delito, por ejemplo] constituye parte necesaria de los derechos naturales [por ejemplo, un reloj, un automóvil, un teléfono móvil, una casa, ropa, comida, etc.]. Así, es derecho natural la operación de alimentarse, al tiempo que el alimento es un bien que constituye un derecho natural”¹¹¹. Y esta enumeración es históricamente variable; así como la enumeración concreta de aquellas materias que constituyen derechos naturales será muy diversa según cada momento.

Y siempre hay alguien que los tiene atribuidos, es decir, el titular del bien jurídico, el sujeto pasivo del delito, sean bienes jurídicos individuales o colectivos (así el orden socioeconómico lo tiene atribuido el Estado, como la salud pública y el derecho al medio ambiente, entre otros. Mientras que la libre competencia lo tiene atribuido el Estado y el empresario concreto, así la vida un individuo concreto, etc.), y esto es precisamente lo que le da su significación total y completa.

9. Antes de dar nuestra propuesta completa, aparece en nuestro panorama doctrinal el punto de vista de la teoría de la imputación objetiva, que plantea otra posición. Ante la complejidad de la sociedad moderna en su factor económico, ¿podemos seguir usando al bien jurídico como justificante del objeto de defensa de la sociedad? Porque ya en Derecho penal económico se castigan conductas que aún no lesionan ni ponen aún en peligro un bien jurídico (de ahí la regulación de tipos e peligro, como ya vimos). Ya se ha dejado de hacer referencia al individuo como a quien hay que defender, ahora se deja de lado la referencia individual de los bienes jurídicos y se empieza a hablar de bienes

¹⁰⁹ *Idem*, pp. 95-96: “[...] son bienes que constituyen otros tantos derechos naturales originarios”. La cursiva en el texto principal es nuestra.

¹¹⁰ Hay títulos naturales y positivos, y mixtos según cada bien jurídico: así, lo que decimos que el legislador sólo se limita a declarar, es porque proviene de un título natural (la vida, la salud, libertad sexual, etc.); lo que decimos que el legislador puede “crear”, proviene de un título positivo (las finanzas, la moneda, etc.). O como dice POOLE DERQUI, *Apuntes de Filosofía*, p. 15: “Lo justo, lo debido, puede ser por naturaleza (justo natural) o por acuerdo de voluntades (justo positivo). Ejemplo de lo primero es la vida, la participación en la cultura, la libertad; ejemplo de lo segundo es el objeto de un contrato o la cuantía de los impuestos. Pero, así como hay cosas que reclama la naturaleza de la persona (por ejemplo, la vida), también hay cosas que reclama la voluntad y al mismo tiempo la naturaleza: por ejemplo, la cuantía de los impuestos es determinada por la voluntad del gobernante, pero la naturaleza del hombre exige colaborar en el desarrollo de sus semejantes; por eso, el impuesto es justo natural y justo

positivo al mismo tiempo, porque la obligación de colaborar es natural, pero la cuantía se fija por voluntad en función de las circunstancias concretas de una comunidad. Lo mismo ocurre con la mayor parte de los derechos, que son, al mismo tiempo, en parte naturales y en parte positivos”.

¹¹¹ Así, los derechos de las personas de color diferente, o de la mujer se fueron concretando en el tiempo, más despacio que para los varones; también, hasta antes de mediados del siglo XX no se ocurría defender al ser humano intrauterino del aborto –no decimos que no ocurrieran esas situaciones–, sino hasta que se vio la necesidad de hacerlo, etc. En palabras de SILVA, desde el punto de vista penal: “El bien jurídico protegible, aunque en muchos casos constituya una realidad permanente, está sujeto al cambio histórico, y condicionado por las estructuras socio-culturales de una comunidad que ocupa un espacio y un tiempo determinados”, en SILVA, *Aproximación*, p. 289. Para la mutabilidad y universalidad de los derechos –cosas justas– desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, *vid.* HERVADA, *Introducción Crítica*, p. 159.

jurídicos supraindividuales¹¹², noción que se critica mucho como sustentatoria de la teoría del bien jurídico¹¹³, o en todo caso –llegan a decir– no se protegen bienes jurídicos¹¹⁴ en absoluto (vid. I.§6).

Sin embargo, nosotros consideramos que si se castigan conductas, que no lesionan –en apariencia no lesivas– o no ponen en peligro los bienes jurídicos, es porque son conductas normalmente idóneas para hacerlo. Nada de esto se contradice con que el legislador de turno quiera defender tal o cual bien jurídico, adelantando sus barreras de protección a la manera de los delitos de peligro abstracto, en los que, precisamente al adelantar las barreras, si no hay lesión concreta al bien jurídico, la posibilidad de ponerlo en peligro siempre existirá (de ahí su nombre: delitos de peligro, ¿peligro de qué?: de lesión del bien jurídico). No olvidemos que la teoría o principio de lesividad se manifiesta también respecto de poner en peligro de lesión al bien jurídico. Entonces, con los delitos de peligro abstracto –a diferencia de lo que ocurre con los de peligro concreto– se está adelantando la idea de puesta en peligro –que no tiene por qué ser un peligro guiado por las leyes físicas–, y se le da un nuevo matiz a la noción de “puesta en peligro”, porque se le quiere proteger mejor al bien jurídico (aunque

algunos dirían que se está limitando demasiado al individuo, en un sistema donde la libertad debe imperar). Matiz que será facultad de la política criminal¹¹⁵ en función a las necesidades de la sociedad, en cada momento concreto.

10. Entonces, ya siendo tiempo de completar nuestra propuesta, respondemos que el contenido material en sí mismo del bien jurídico: no es en sí mismo la cosa justa, que así como la hemos planteado se confundirá con el objeto material del delito¹¹⁶, por lo que, subiendo otro nivel, decimos que no en sí misma sino en cuanto *cosa justa abstracta*¹¹⁷.

Así también lo expresan JESCHECK y WEIGEND, de manera bastante clara, aunque intuitiva¹¹⁸: “El bien jurídico y el objeto material están relacionados como la idea y su manifestación, pero conceptualmente no deben confundirse”¹¹⁹. Uno es el género y el otro es la especie. Uno es la *cosa justa abstracta* y el otro la *cosa justa concreta* (o simplemente cosa justa). La Filosofía del Derecho y el Derecho penal están pensando casi lo mismo, pues, como dijimos, su relación es muy cercana. Y como ya decíamos, al tratar de la labor de los legisladores¹²⁰, cuando ven que las personas necesitan de alimento, que necesitan trabajar para

¹¹² Vid. nota al pie 21. Para más sobre bienes jurídicos individuales y colectivos, vid. FABIÁN, *El delito de blanqueo*, pp. 178 ss.

¹¹³ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico*, pp. 303-304.

¹¹⁴ Pero, ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, *passim*, manifiesta que la teoría que deja de lado el bien jurídico y toma la infracción de un deber o el quebrantamiento de la vigencia normativa como sustentatoria de la teoría del delito, tiene un punto de partida incorrecto, pues parte del derecho penal (positivo) vigente, y sobre él construye la teoría necesaria para protegerlo; así, si el código protege las lesiones a los animales (como sucede en el StGB) donde se denota que no hay un bien jurídico protegible –ni siquiera entendiéndolo como lo proponemos acá, ni como derecho subjetivo, ni como valor–, y como no hay un bien jurídico recogido, entonces debe ser que el Derecho penal no sólo protege bienes jurídicos (pensamiento de JAKOBS), entonces más seguro –abarcamos todo por si acaso– es si nos referirnos a la conducta protegida en la norma, a su vigencia, como lo que debe proteger el Derecho penal.

¹¹⁵ “Hay casos, así, por ejemplo, en los que la consumación se ha adelantado por razones de política criminal vinculadas a la búsqueda de efectos significativos de prevención, seguridad, eficacia [...]. Dicho adelantamiento de la protección lleva consigo la fijación de un momento consumativo de carácter formal que en absoluto agota la lesión del objeto protegido”, en SÁNCHEZ-OSTIZ, *encubrimiento*, p. 243.

¹¹⁶ “Los bienes jurídicos no deben comprenderse como objetos accesibles a la percepción del sentido, sino que son **valores espirituales de orden social** sobre los que descansa la seguridad, el bienestar y la dignidad de la existencia de la comunidad. Por el contrario, el objeto *real* sobre el que se lleva a cabo la acción típica se denomina **objeto material de la acción** [...]”, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 2002, p. 277.

¹¹⁷ Quizá ya BIRNBAUM intuía un concepto realista, aunque no termina de calzar con nuestra propuesta, por su

asimilación al concepto de objeto material: “BIRNBAUM, el fundador de la nueva teoría del bien jurídico, no divisó derecho alguno en el bien jurídico sino un bien material garantizado por el poder del Estado que podía corresponder al individuo o a la colectividad y que fue concebido como algo susceptible de ser lesionado en un sentido natural”, *Idem*, pp. 274-275.

¹¹⁸ Pues no creemos que se refieran a “nuestra” *cosa justa abstracta* como idea de bien jurídico, pero creemos que están en la búsqueda del concepto material del bien jurídico, igual que nosotros.

¹¹⁹ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 2002, p. 278. Pero antes nos decían, de manera más contundente, p. 275: “el bien jurídico debe entenderse como una **valor abstracto del orden social protegido jurídicamente**, en cuya defensa está interesada la comunidad y cuya titularidad puede corresponder a un individuo o a la colectividad”.

¹²⁰ Vid. POLAINO NAVARRETE, a manera de resumen nos deslinda algunos caracteres del Concepto de bien jurídico: “1. *Objetivo (substancial)*: [...] ¿tiene el Ordenamiento punitivo alguna función *constitutiva*?, esto es, ¿crea el Derecho penal los bienes jurídicos? Ciertamente, no: el legislador –el Derecho– no crea bienes jurídicos *ex novo*, sino que se limita selectivamente [a] reconocer, valorar y proteger *categorías preexistentes*. 2. *Normativo (jurídico)*: El concepto de bien jurídico, como casi todos los conceptos penales, presenta un carácter *empírico-valorativo* [...]. La esencia normativa del concepto de bien jurídico estriba, no tanto en la parte del *ser*, cuanto en la del *deber ser*: no tanto en la necesaria aceptación de un objeto de valor cuanto en la concreta valoración de un objeto. 3. *Relativo (dinámico)*: Los bienes jurídicos ¿son categorías inmutables, no sujetas a variación o cambio? No, sino que por el contrario *son de naturaleza esencialmente relativa, dinámica y variable*: no hay un solo hecho que haya sido penado siempre y en todo lugar, y menos de la misma forma [...]. 4. *Supramaterial*

poder propiciarse su alimento, que necesitan libertad para decidir su proyecto vital –individual o familiar– o que la sociedad necesita estabilidad, que se necesita libertad para decidir cuándo ejercer su sexualidad, que se pueden crear empresas y competir en igualdad de condiciones con los demás, etc. Lo que ellos hacen es abstraer, ven que se pueden lesionar estas manifestaciones concretas, estas cosas justas, estos objetos¹²¹ y deciden proteger penalmente su género, los bienes jurídicos (cosas justas abstractas): derecho a la vida y a la salud corporal, el derecho al trabajo, derecho a la familia, la libertad sexual, la libertad de empresa o económica o social, la libertad de competencia, la administración de justicia o la administración pública, etc. Protegen el género, en una *redacción abstracta*, pues la norma debe ser general, aplicable a varias situaciones, para evitar la proliferación de normas jurídicas (con una norma se contemplan varias situaciones concretas).

“[La] distinción entre enunciados generales y abstractos que de estos derechos hace la ciencia jurídica, y los derechos reales y concretos de que goza cada hombre en particular. La ciencia jurídica –de la que es una parte la ciencia del Derecho natural– se mueve en un plano general de abstracciones, y así habla «del contrato», «de la compraventa», «de la enfiteusis», «del acto jurídico administrativo»; análogamente, se hablará «del derecho a la educación», «del derecho a la salud», etc. Pero esto no significa ni que los contratos sean cosas abstractas, ni que lo sea el derecho a la salud. En la vida real se dan compraventas concretas –el sujeto A compra el traje X al precio de tantas pesetas–, como se da la orden ministerial M, o el enfermo Y y el médico B en un contexto que ofrece unos medios terapéuticos determinados. El derecho a la salud, en la vida real, comprende el conjunto de actos médicos y el uso de los

(*espiritual*): Todo bien jurídico representa un valor de un algo respecto del particular y de la colectividad, en tanto portadores mediatos o directos del mismo. No se circunscribe ni a una categoría materialista del bien jurídico ni excluyente de los valores extraindividuales. No tiene nada que ver con el Derecho penal del espíritu, de autor o de la voluntad. 5. *Transpersonalista (supraindividual)*: [...] interdependencia existente entre las nociones de «sujeto pasivo del delito» y de «bien jurídico»: el sujeto pasivo del delito es [el titular del] bien jurídico protegido por la norma penal, y lesionado y puesto en peligro por el delito en cuestión. Pero ¿quiénes pueden ser sujetos pasivos del delito, esto es, titulares de los bienes jurídicos protegidos? [...] la noción de sujeto pasivo del delito era más amplia que la de sujeto activo mismo, de modo que abarca tanto a *personas físicas como jurídicas, y tanto a personas individuales como colectivas*”, en POLAINO, *DP. PG.*, pp. 605-606. Cfr. nota al pie 71. Un idea parecida en VILLEY, Michel, *El pensamiento lus-Filosófico de Aristóteles y de Santo Tomás*, trad. MASSINI, Carlos, ed. Gherzi, Buenos Aires-Argentina,

medios terapéuticos real y concretamente disponibles. En otras palabras y siguiendo el ejemplo propuesto, el derecho a la salud es, en cada caso concreto, el derecho a la atención disponible, que puede ser bien distinta en la selva amazónica, en un país subdesarrollado o en la gran metrópoli de los países más avanzados. Puede, sin duda, hablarse de enunciados abstractos en el plano de la ciencia jurídica, pero esta es la forma propia que la ciencia tiene de conceptualizar; el derecho real no es esa abstracción, sino el derecho natural concreto de que goza el sujeto en su contexto. Este derecho concreto es el que el arte del derecho debe determinar, en su específica función de solucionar los casos concretos”¹²².

Así, nos lo vuelve a aclarar HERVADA, el bien jurídico (cosa justa abstracta), que suele rotular el título o capítulo de un Código penal, es la abstracción que se ha hecho, y el tipo penal es abstracto para que su validez perdure más tiempo y a los casos que se presenten: así, por ejemplo, cuando el CPp dice en su artículo 185 (hurto) “*El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra [...]*”; no conviene hacer un tipo penal para los relojes, y otro para los automóviles, etc., sino uno genérico en donde quepan varios objetos: bienes muebles. El conjunto de estos objetos conformarán el patrimonio –o parte del mismo– de un sujeto concreto. Así se protege el patrimonio, en cualquiera de sus objetos o componentes, y cualquiera sea el sujeto titular. Y así podemos poner ejemplos con cualquier bien jurídico –y los posibles objetos materiales que engloba– recogido en el Código penal, y también podemos ver cuál no ha sido recogido.

11. El bien jurídico como *cosa justa abstracta* implica la lesión concreta¹²³ (es susceptible de ser dañada o

1981, p. 75: “[...] el método del Derecho natural parte de la observación”.

¹²¹ “El objeto de la acción, u objeto material, está constituido por el ser animado o inanimado –persona o cosa (animal)– sobre [el] que se realiza el movimiento corporal del autor que lleva a efecto una conducta típica [...]”, en POLAINO, *El Bien Jurídico*, pp. 38-39. Y más adelante, p. 65: el objeto del bien jurídico: “[...] el singular objeto concreto al que se conecta la pretensión [...] inherente al bien jurídico, y que, a su vez, puede ser lesionado o puesto en peligro en su existencia: así la vida de esta persona concreta [...]”. Desde otro punto de vista: “Bien jurídico [...] es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque; y es lesionable sólo dañando los respectivos objetos individuales de la acción”, en ROXIN, *DP. PG.*, p. 63.

¹²² HERVADA, *Introducción Crítica*, pp. 105-106. El resaltado en negrita es nuestro.

¹²³ Esta relación –intrínseca e inseparable– de la imposición de una pena con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, que se observa a nivel de principio, también puede entenderse en este

puesta en peligro) de una cosa –objeto material, manifestación del bien jurídico– atribuida a un sujeto específico –su titular (el sujeto de derecho, un individuo o la colectividad)–. Dicha *cosa* que deberá tener la entidad suficiente para ser importante en el desarrollo del sujeto –*digna*–, que su afectación redunde en la sociedad (*dañosidad social*), pues perturbará su desarrollo pacífico al perturbar a cada *individuo*; y que por tanto se hacen merecedoras de protección –*necesidad de protección*–, y si el ataque es grave y ninguna otra medida logra disuadirlo, la *protección será penal*; lo que no obsta para que esa *cosa justa* haya sido regulada en la Constitución –en un listado necesariamente abierto, por el matiz de variabilidad o adecuación histórica del bien jurídico–. Hemos vuelto a combinar, coherente y válidamente, las dos tríadas de argumentos adjetivos del bien jurídico, pero esta vez sobre un concepto material completo de bien jurídico.

“[La] protección penal de bienes universales. En efecto, «al ser la persona una ser social, sólo puede preservar y realizar sus intereses dentro de la sociedad y de las instituciones de la misma, lo que no sólo permite sino que incluso obliga a proteger penalmente, en ciertos casos, la administración pública o de justicia, las instituciones económicas o laborales, etc. Pero se hace preciso concebir tales bienes en un sentido *instrumental* respecto a la persona humana, referencia fundamental, como vimos, de todo bien jurídico-penal»¹²⁴.

12. *Bien jurídico penal* será la *cosa justa abstracta* atribuida a un sujeto (individual o colectivo), que no puede, o no podría, ser defendida por otras ramas del Derecho (*ultima ratio*) de los ataques graves (*fragmentariedad*) que está recibiendo o podría recibir –ataques descritos en el tipo– y que, por tanto, el legislador, respetando las defensas previas existentes y ya regladas por las otras ramas de sistema jurídico, por *política-criminal* ha optado, en un tiempo y circunstancias concretas, por positivarlo o hacerlo positivo¹²⁵, y subsumirlo en un tipo penal del Código penal, para brindarle las protecciones especiales que

matiz: “Que necesitan pena ha de conducir al resultado de que si carecen de la misma, el bien jurídico quedará desprotegido, será fácilmente afectable mediante conductas externas y finales”, en SÁNCHEZ-OSTIZ, *El Delito Contable*, p. 282.

¹²⁴ SILVA, *Aproximación*, pp. 291-292.

¹²⁵ Positivarlo, implica que esa *cosa justa abstracta* existía previamente, pero que se ingresa al sistema jurídico para dotarlo de las protecciones que éste ya tiene instauradas. Positivo, implicaría que no existía antes sino que el legislador la “crea”. Para

esta rama prevé: los que tienen *necesidad de protección penal*.

Conclusiones

1. En primer lugar, y estando vigente, aún, la idea del bien jurídico como punto central –dogma– y gozne de la Ciencia del Derecho Penal, pero ante las variadas posturas que se adoptan, la pregunta *¿cuál es el contenido –material– del concepto de bien jurídico? ¿A qué nos referimos cuando hablamos del bien jurídico –y de “bien jurídico penal”– protegido?* Todavía está vigente, y demanda una respuesta actual.

2. Todas las propuestas de respuesta, hasta ahora, se presentan como aspectos adjetivos o procedimentales de identificación o protección del bien jurídico (dignidad, susceptibilidad y necesidad de protección penal, referencia individual y social, protección constitucional), muy válidas, pero a los que hay que poner un bien jurídico, materialmente definido, como objeto de protección.

3. Por eso, respondemos que el contenido material del concepto de bien jurídico es la *cosa justa abstracta*. Y esta no es otra que la cosa justa concreta u objeto material del delito pero abstraída –como proceder natural del ser humano en su acto de conocer la realidad–. Es lo que tiene atribuido el ser humano en cuanto tal, ya sea en su manifestación individual o colectiva y que debe ser respetado por los demás. Estas *cosas justas abstractas* abarcan toda la realidad que puede ser directamente lesionada, en tanto que empíricamente demostrable, y puede adoptar formas diversas: cosas o bienes intrínsecamente humanas, cosas u objetos materiales e inmateriales, o el conjunto de los mismos, conductas debidas por otros (activas u omisivas), relaciones jurídicas con el Estado o con los particulares, o circunstancias que deben no alterarse para propiciar una convivencia pacífica y equilibrada entre las personas.

4. La nueva distinción doctrinal, entre *bien jurídico* y *bien jurídico penal*, debe quedar más clara. Considerando al primero como un género, en el cual se incluyen todos los objetos merecedores de protección de parte de las diversas ramas del derecho. Pero, aquel

ampliar la idea *vid. Idem*, pp. 177 ss. Para nosotros, positivarlos es similar a valorarlos. Difieren un poco porque positivarlo implica un hacer más objetivo de parte del legislador; valorarlo puede significar que el legislador implique su subjetividad; salvo, que limite su valoración por el mismo derecho, que como decíamos, es el momento en que se identificaría con positivarlo.

último es la cosa justa abstracta atribuida a un sujeto (individual o colectivo), que no puede, o no podría, ser defendida por otras ramas del Derecho (*ultima ratio*) de los ataques graves (*fragmentariedad*) que está recibiendo o podría recibir y que, respetando las defensas previas existentes y ya regladas por las otras

ramas de sistema jurídico, por *política-criminal* se ha optado, en un tiempo y circunstancias concretas, por positivarlo o hacerlo positivo, y subsumirlo en un tipo penal del código penal, para brindarle las protecciones especiales que esta rama prevé.