



Concepto y función dinámica de la teoría del bien jurídico-penal



Alexis Couto de Brito

Universidad Mackenzie, en São Paulo, Brasil

RESUMEN: La composición de la sociedad moderna apunta a la necesidad de una mayor atención al estudio del Derecho penal, sus funciones y su legitimación. El actual desarrollo de las ciencias y las artes con mucho énfasis en el campo tecnológico, en el momento en que vivimos, y el que se puede alcanzar en un futuro muy próximo, pone de relieve la necesidad de una evolución metodológica para nuestra ciencia. Las desventajas de utilizar un concepto personal de bien jurídico, hermético y definido a priori impide el desarrollo de la dogmática penal y el debate sobre el ámbito de actuación del Derecho penal, lo que compromete el propio concepto y lo vacía de significado dogmático, tanto en el estudio de los tipos delictivos aislados y protectores de intereses individuales como para la aplicación del Derecho penal también a realidades supraindividuales. El desarrollo de un concepto dinámico y funcional de bien jurídico penal definido a posteriori puede ser una salida para el mantenimiento y la limitación de la función del Derecho penal como protector de los bienes jurídicos-penales.

PALABRAS CLAVE: Bien jurídico penal, función del Derecho Penal, lesión, peligro y ofensa al bien jurídico, consideración a priori y a posteriori del bien jurídico penal.

ABSTRACT: The composition of modern society points to the need for significant care in the study of criminal law, its role and legitimacy. Current advances of the *lex artis* and sciences, with emphasis on the technological field, witnessed in the time we live in and that may be purchased in the very near future, demonstrate the need for development of the methodology of our science. The disadvantage of a concept of a very personal matter as the aim of criminal protection and absolutely defined a priori, prevents the development of criminal dogmatic and the debate about the scope of action of the Criminal Law, compromising the concept and emptying it of meaning in both the study of isolated criminal types and protectors of individual realities as in wishing the application of criminal law also collective realities. The elaboration of a dynamic and functional concept of the protect object, defined a posteriori may be an outlet for the maintenance and limitation of function of Criminal Law as a protector of goods.

KEY WORDS: The aim of criminal protection, criminal goods, function of the Criminal Law, injury, danger and offense, consideration a priori and a posteriori of an offense.

SUMARIO: I. Contribuciones iniciales y críticas sobre el concepto material o personal. II. Posición crítica. III. Conclusión.

I. Contribuciones iniciales y críticas sobre el concepto material o personal

El Derecho penal tiene como *primera función* la tarea de proteger bienes jurídicos. Sin embargo, esta tarea sólo puede llevarse a cabo a través de su *segunda función*: la motivación de todos los ciudadanos para que se abstengan de cometer actos delictivos. En resumen, *se persigue la motivación de los ciudadanos para evitar lesiones de bienes jurídicos*.¹ Esta premisa parece poseer un consenso teórico, aunque la explicación de las expresiones que la definen cambia perturbadoramente. Mi intención es tratar sólo de la primera afirmación: la función del Derecho penal es la protección de los bienes jurídicos. La segunda, que creo debe plantearse dentro de la teoría de las normas, quedará para otro momento.

Se atribuye a Birnbaum la creación del concepto de bien jurídico,² a diferencia de Feuerbach³ que sostenía que el objeto de protección del Derecho penal eran los propios Derechos. La visión clásica de bien jurídico —cuyo mayor exponente ha sido von Liszt— lo define como el (los) interés(es) protegido(s) por la ley penal, y se advierte que no se trata de un bien del Derecho, sino de un bien de los hombres reconocido por el Derecho. Todos los bienes jurídicos serían intereses vitales, de los individuos o de la sociedad.⁴ Lo restringido de este punto de vista, justificado en el momento de su formulación, sólo concebía al bien jurídico como un interés concreto e identificable, y que se prestaba a concretar, en una teoría del delito de perfil causalista, la imputación de los resultados a la lesión de un bien material por el simple movimiento del cuerpo de un individuo.

Si bien es cierto que la vida en sociedad, como resultado de la naturaleza social de los seres humanos, supone que aquella debe ser protegida en cuanto autorrealización interpersonal de sus miembros. Esta autorrealización necesita ciertas condiciones previas

existenciales que, al tener beneficios para el hombre, se llaman “bienes”, y al ser objeto de una protección legal, son “bienes jurídicos”. Sin embargo, esto no se limita al ámbito criminal. Decir que la ley penal protege bienes jurídicos no añade nada para desentrañar su función, pues todas las ramas del Derecho protegen bienes jurídicos. Tampoco es suficiente simplemente añadir criterios tales como la subsidiariedad para justificar la incidencia criminal. La subsidiariedad debe ser un objetivo de exclusión dentro de un discurso particular, dado que la decisión acerca de la intervención del Derecho penal no se puede limitar al valor o grado de eficacia de otros órdenes normativos. Si es así, deberían ser criminalizados muchos comportamientos hoy fuera del Derecho penal, que evidentemente no están siendo protegidos adecuadamente por otras ramas del Derecho.⁵

Ahora bien, tanto en otros momentos históricos como en la sociedad moderna, el bien jurídico era y sigue siendo estudiado a fondo por todas las otras áreas y, en muchos casos, incluso con carácter previo al Derecho penal. Aún así, el penalista analiza la calidad o capacidad del bien jurídico en otros ámbitos de actuación y pone en duda ciertas materias que desde hace tiempo y con base en una serie de principios rectores están reconocidas como realidades valiosas y necesitadas de protección para la mayoría de los ciudadanos. Por ejemplo, los autores que defienden la teoría personalísima del bien jurídico como Hohmann y Hassemer hacen esto incluso negando la calidad de bien jurídico al medio ambiente, ampliamente reconocido como algo valioso principalmente por las constituciones de varios países.⁶ Una concepción personal del bien jurídico otorga este carácter a hechos reales capaces de ser lesionados, que en ciertas situaciones histórico-culturales son reconocidos como presupuestos y condiciones para el desarrollo personal, es decir, siempre conectados directamente a una persona. Esta definición del bien jurídico surge de un análisis de las diversas teorías crítico-sistemáticas. También se

¹ Cf: Ferré Olivé, Núñez Paz, Terra de Oliveira y Couto de Brito, *Direito Penal Brasileiro*, São Paulo, 2011, p. 76.

² “Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung”, *NArchCrimR*, Halle, 1834, p. 171: “es esencial que cuando se quiere considerar el delito como lesión, este concepto naturalmente no se refiera a un derecho, sino a un bien”. Sobre la evolución histórica del bien jurídico, Manuel A. Abanto Vásquez, “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, *Revista Penal*, núm. 18, Valencia, 2006, pp. 3-11, con amplia bibliografía.

³ Anselm von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, 5ª ed., Giessen, 1812 (§ 21), pp. 23-24: “una acción contraria al derecho de otro y amenazada con pena”.

⁴ Franz von Liszt, *Tratado de Derecho penal*, 18ª ed., vol. 2, Madrid, 1914, p. 2.

⁵ Navarro Cardoso, Fernando, *Infracción administrativa y delito: Límites a la intervención del Derecho Penal*, Madrid, 2001, p. 91.

⁶ Crítico a ese respecto, Frisch, Wolfgang, “Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Straffens”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden, 2003, p. 220.



caracteriza en gran medida por la comprensión de un modelo de Estado y de Derecho que miran al hombre y a su realización.⁷ La referencia personal del bien jurídico abarca la comprensión de la persona como punto de partida y de mayor valor. Este entendimiento se basa en la dignidad de la persona que considera a los seres humanos como individuos que se presentan como seres integrados en la sociedad, pero determinados por una realización personal libre.⁸

Una concepción material de bien jurídico ha tenido su importancia en determinado momento histórico del Derecho penal alemán —irradiado a varios países— en un intento de prohibir la creación de delitos que no sirven para la protección de bienes concretos, que sólo tenían el fin de prevenir y sancionar conductas recurriendo a criterios morales.⁹ En la actualidad, en un Estado democrático pluralista no se justifica la protección de las convicciones particulares, para no confundir moralidad y Derecho. El mantenimiento del pensamiento científico en la protección individual (concepto personal del bien jurídico) es precisamente lo que, según Stratenwerth, retrata al hombre como dirigido únicamente a su propio bienestar como *homo economicus*. Superada esta perspectiva, es incuestionable la protección de otros valores que van más allá del individuo y que se refieren a la totalidad de su visión del mundo.¹⁰

Lo que se aprecia es la fragilidad de un concepto personal de bien jurídico, la propia limitación del concepto material de bien jurídico para servir de referencia a todo el Derecho penal.

Parto del presupuesto de que no existe un concepto material de bien jurídico penal que sirva de refugio seguro al sistema criminal. Lo que existe es el de-

sarrollo —en ciertos momentos y en determinadas sociedades, muy diferentes— de ciertos núcleos de bienes, intereses y valoraciones. Por lo tanto, lo que puede o no ser llamado bien jurídico depende de la respectiva sociedad, su Constitución, modelos y condiciones sociales. La teoría del bien jurídico que tiene la función de limitar la aplicación del Derecho penal y vincular tal teoría a un bien material permite que pueda funcionar exactamente en contra de su intención, es decir, legitimando la función del Derecho penal en asuntos que no le conciernen. Según el concepto clásico de la teoría, si no existe una referencia convincente a lo que ha sido seleccionado como bien jurídico, la punibilidad no es legítima, aunque para esa sociedad en particular esa referencia del mundo de la vida debiera ser protegida, incluso recurriendo a sanciones más severas.

El concepto de bien jurídico, tal como fue forjado por la doctrina tradicional, poco rinde y poco resuelve en relación con los problemas complejos del Derecho penal, y termina siendo útil sólo para resolver problemas periféricos, en los que este déficit no repercute seriamente, porque todos o la mayoría de los miembros de la sociedad están de acuerdo en los valores elegidos. En los delitos como el homicidio o las lesiones, el uso del concepto se conecta a otros elementos de carácter subjetivo, en particular para establecer si, y qué delito se ha consumado.

A esto le sumamos la aporía de la cual los radicales no pueden escapar: la insistencia en su legitimidad conduce al reconocimiento de que determinados delitos no encajan en tal sistema jurídico penal, pues no protegen ningún bien jurídico material. Por otra parte, al flexibilizar la necesidad de requerir una lesión

⁷ Así, es correcta la definición de Marx sobre el bien jurídico como “las circunstancias que el hombre necesita para o su libre desarrollo personal”. Michael Marx, *Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”*, Colonia, 1972, p. 62.

⁸ Olaf Hohmann, “Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht”, *GA*, 1992, p. 77. El mismo autor diserta de forma más cuidadosa sobre las varias concepciones personales del bien jurídico en *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, Frankfurt del Meno, 1991, p. 34 y ss. Crítico, afirmando su imprecisión cuando referido a las condiciones de desarrollo (*Entfaltung*) y existencia (*Dasein*). Wolfgang Frisch, “Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden, 2003, p. 217.

⁹ Frisch, Wolfgang, “An den Grenzen des Strafrechts”, en *FS für Stree und Wessels*, Heidelberg 1993, p. 72. El autor destaca que el desarrollo del concepto de bien jurídico-penal tuvo, en una cierta época en Alemania, la función de criticar y evitar la criminalización de conductas estrictamente morales, como el tipo del homosexualismo. Del mismo autor, “Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden, 2003, p. 215; Luis Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003, pp. 144 y 145.

¹⁰ Stratenwerth, Günter, “Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden, 2003, p. 258. El ejemplo de Amelung, en la misma línea de desconfianza sobre el carácter personalísimo: la retención fiscal no deja de ser delito pero se dijo de que el dinero recaudado sería empleado para comprar tanques de guerra y no para construir guarderías. Amelung, Knut, “Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden, 2003, p. 162.

Concepto y función dinámica de la teoría del bien jurídico-penal

material se vacía de contenido el concepto de bien jurídico, perdiendo todo su papel de piedra angular de la dogmática penal, capaz de conferir legitimidad a las leyes penales existentes. De ahí la aporía entre la utopía material y la vacía abstracción.¹¹ Por lo tanto, para mantener la función del Derecho penal como la protección exclusiva de bienes jurídicos, se debe negar la legitimidad defendiendo la derogación de ciertos tipos penales incompatibles con esta idea, o se debe aceptar que el bien jurídico puede y debe traspasar ciertos límites, inclusive, contando con el apoyo de otros principios.¹²

Manteniendo la premisa tradicional —el concepto de bien jurídico personalísimo como referencia única— será imposible reducir todas las cuestiones dignas de protección penal a la teoría del bien jurídico, que pierde su instancia crítica de legitimación. Ya no se podrá sostener el postulado de que “la función del Derecho penal es la protección de los bienes jurídicos”.¹³ Por lo tanto, se propone no abandonar la teoría, pero adoptando una caracterización funcional, de modo que pueda actuar como elemento de ponderación dentro del sistema penal.

II. Posición crítica

La complejidad de la sociedad actual a menudo lleva a proteger ciertos intereses, valores e incluso funciones que normalmente no poseen una clara referencia individual. Y todo el debate sobre el bien jurídico termina contaminado por la intromisión de un buen número de aspectos ontológicos.

El objeto de valoración y la valoración consecuente que sobre dicho objeto se realiza acompañan el desarrollo de la sociedad, sus fases y procesos de evolución y la parte que debe pertenecer al Derecho penal sufre la influencia de una normal evolución.¹⁴

Algunas líneas de evolución de la teoría del bien jurídico no producen grandes resultados por la amplia capacidad de revertir la política criminal de *ultima ratio*. Éste es el caso de aquellos que tratan de resolver la falta de coherencia dogmática eligiendo para los casos de difícil resolución un bien jurídico muy absorbente: la seguridad. Ésta termina por no ser la mejor salida desde que la propia referencia sistemática a la seguridad no es ni puede ser un bien jurídico. La seguridad es en realidad la ausencia de peligro, es decir, la ausencia de puesta en peligro o lesión de algo penalmente protegido. Dicha seguridad surge del cumplimiento de las normas jurídico-penales.¹⁵ La mera inseguridad no puede ser considerada como un bien jurídico.

Otras propuestas tienen mayor capacidad de rendimiento. En busca de la renovación del concepto, algunos han propuesto la desmaterialización del bien jurídico, en el sentido de ser representado por cualquier sustrato social inmaterial, al que se pueda atribuir alguna valoración. En este sentido, los “nuevos” bienes jurídicos universales o colectivos pertenecerían a este ámbito, algo muy alejado de la realidad empírica material que se caracteriza por poder referirse fácilmente a un individuo concreto, que se perciben como “condiciones ideales normativa y abstractamente definidas, de capacidad de funcionamiento adecuado conforme a los fines de determinados subsistemas o instituciones sociales y económicas”.¹⁶ Con esto se atribuye al concepto moderno de bien jurídico un sentido mucho más nominal.¹⁷ En efecto, la protección de lo que se considera bien jurídico se desplaza a la función que representa dentro del sistema.

Uno de los principales debates de actualidad pone en contraposición el bien jurídico y la norma jurídico-penal como protagonistas de la protección penal. Esto es así porque a través de las investigaciones se obser-

¹¹ Parodi Giusino, Manfredi, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milán, 1990, p. 76.

¹² Wohlers, Wolfgang, “Die Tagung aus der Perspektiv eines Rechtsguttskeptikers”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden, 2003, p. 283.

¹³ Seher, Gerhard, “Principiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsguttsbegriff”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, op. cit., p. 43. La propia falta de claridad acerca de lo que consiste o puede consistir un bien jurídico penal pesa gravemente sobre toda la problemática de los fines del Derecho penal. Peñarada Ramos, Enrique, Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá, *Un nuevo sistema del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva de Günther Jakobs*, Buenos Aires, 1999, p. 55.

¹⁴ Hirsch, Hans Joachim, “Straf- und Strafprozeßrecht gegenüber neuen Formen und Techniken der Kriminalität”, *Neue Erscheinungsformen der Kriminalität in ihrer Auswirkung auf das Straf- Strafprozessrecht*, Bialystok, 1996, p. 37. Para el autor, el problema no es el reconocimiento de los bienes colectivos, sino los criterios (*Mabstäbe*) para considerar algo como un bien.

¹⁵ Amelung, Knut, “Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, op. cit., pp. 172 y 173.

¹⁶ Cfr. Gracia Martín, Luis, op. cit., pp. 131 y 132.

¹⁷ Cfr. *ibidem*, p. 133.



va que el concepto de “bien” es semánticamente engañoso porque el Derecho penal protege también numerosas normas configuradoras del orden como tal.¹⁸

Se llegó, en nuestro tiempo, a una dogmática propuesta inicialmente por Jakobs que predica que la función del sistema penal es sólo una reafirmación de la vigencia de la norma. Así como los hombres en su relación con la naturaleza sólo se orientan en la medida que pueden encontrar regularidades, de igual forma los contactos sociales sólo se orientan si no hay que contar en todo momento con un comportamiento imprevisible de la otra persona. De lo contrario cada contacto social se convertiría en un riesgo indescifrable. El mero hecho de iniciar un contacto social es una señal de que no se espera ningún resultado imprevisible o indeterminado.

Frustrada esta expectativa, para el decepcionado surge un conflicto frente al que debe protestar porque con la decepción se cuestiona el equilibrio entre los éxitos en cuya producción está interesado y aquellos otros que una vez realizados ya no entran en lo esperado.¹⁹ La misión de la pena no es evitar lesiones a bienes jurídicos, sino reafirmar la validez de la norma, es decir, el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales.²⁰

En la misma línea discurre el pensamiento de Bernd Müssig, para quien el bien jurídico debe ser abandonado como referencia material del sistema jurídico-penal y trasladado al plano de la teoría de las normas. Aunque sus consideraciones sobre la teoría del bien jurídico sean interesantes y sin duda la ponen en jaque, como discípulo de Jakobs, concluye con la tesis de que el Derecho penal es la garantía del Derecho en cuanto estructura de la sociedad y su criterio de legitimidad es la función social de la norma de conducta garantizada jurídico-penalmente.²¹ Socialmente, el injusto jurídico-penal no puede ser captado completamente sólo teniendo en cuenta la le-

sión de un bien jurídico, sino que debe considerarse mucho más en su sentido original de una violación de la norma. Lo decisivo no es el ataque externo y sensible a un bien jurídico sino el significado comunicativo de la conducta, que en Müssig se convierte en la transgresión de los límites del sentido establecidos por las estructuras de expectativas, y significan la contrariedad al modelo social de orientación. Para el autor, siendo la pena una reacción formal contra el comportamiento desviado, se demuestra que la norma se reafirma como expresión de la estructura concreta de la sociedad, es decir, la pena descalifica el comportamiento practicado como defecto de interpretación relevante de la práctica social. El significado normativo de la conducta es marginalizado y en cuanto responsabilidad individual, considerado como una ofensa jurídica. En resumen: “la reacción penal es la autodescripción y la autogarantía simbólica de la estructura de la sociedad como la realidad en la perspectiva y a través del Derecho”.²²

En este orden de ideas, todo el sistema normativo que rodea el bien definido como digno de protección podría ser un bien jurídico.²³ Uno de los fundamentos de este concepto de bien jurídico es la constatación de que el menosprecio de una única norma significa un menoscabo de la pretensión de validez del Derecho penal. Esto provoca un ataque a la posibilidad de empleo y utilización suficientemente seguros de ciertos valores agregados a estos bienes. Esta categoría valorativa se incluye en el concepto de bien jurídico como factor valorativamente construido y conduce a que la simple infracción a la norma (*Normverstoß*) podría implicar ataques a los bienes jurídicos.²⁴

A pesar de la importancia de las investigaciones y de la genialidad de estos autores, conclusiones como las que hacen Jakobs, Müssig y Schmidt pueden causar una impresión errónea acerca de la inclusión de la norma en el ámbito de lo penalmente protegido.

¹⁸ Seelmann, Kurt, “Rechtsgutskonzept, Harm Principle und Anerkennungsmo­dell als Strafwürdigkeitskriterien”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, op. cit., p. 261.

¹⁹ Jakobs, Günther, *Strafrecht*. AT, Berlín, 1993, pp. 6 y 7.

²⁰ Jakobs, Günther, op. cit., p. 10.

²¹ Müssig, Bernd, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Francfort del Meno, 1994, pp. 215 y ss.

²² Müssig, Bernd, “Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht – Zu Ansätzen einer Systematisierung”, *FS für Rudolphi*, Berlín, 2004, pp. 169 y 170.

²³ Aunque afirme que su pensamiento es algo diverso de aquel de Jakobs, José de Faria Costa, *O perigo em Direito Penal*, Coimbra, 2000, p. 273: “el derecho penal protege, a través de la prohibición de los comportamientos que ponen en peligro o lesionan los bienes jurídico-penales, una pluralidad diferenciada de valores cuya unidad funcional sólo se puede descortinar en el orden jurídico global, el propio, de igual modo, susceptible de ofrecerse como bien jurídico-penal” [destacado en el original].

²⁴ Schmidt, Jürgen, *Untersuchung zur Dogmatik und zum Abstraktionsgrad abstrakter Gefährungsdelikte*, Marburgo, 1999, p. 198.

Concepto y función dinámica de la teoría del bien jurídico-penal

Para la mayoría de los críticos, sustituir el “bien jurídico” por la “protección de la norma” como fin del Derecho penal conduce a un inmediato “deber de rechazo”, lo que en mi opinión indica más un prejuicio y precipitación que una observación técnica de lo que se quiere decir con esta afirmación. De hecho, no se puede decir que la protección de la norma no sea parte de los objetivos del Derecho penal.

En una breve —pero científica y no parcializada— observación de algunos bienes jurídicos incluso considerados “clásicos”, se advierte que es erróneo excluir la protección de la norma como objeto de la protección penal. A menudo se protege un conjunto de normas —instituciones— que regulan ciertas áreas sociales como la propiedad y la familia.²⁵ La propiedad (o patrimonio) no es más que el enlace que la norma establece entre la persona y un objeto físico o intelectual. No existe el patrimonio de alguien sin que la norma establezca esta relación entre el objeto y su poseedor, así como entre éste y los demás miembros del grupo social. Cuando se habla de robo (artículo 367 del Código Penal Federal de México, o artículo 157 del Código Penal brasileño), lo que se protege es un estado de las cosas, una relación de control o dominio creado por las normas institucionales que permiten al propietario hacer con ellas lo que quiera. Cuando se habla de que la ley penal protege objetos asentados en la cruda realidad se está simplemente constatando que tales objetos existen con independencia de las normas sociales.²⁶

E incluso el delito de homicidio —históricamente el más personal e material— permite este cuestionamiento. Cuando se habla de homicidio (artículo 302 del Código Penal Federal de México, o artículo 121 del Código Penal brasileño), en principio se hace referencia a la protección de una realidad biológica. Pero incluso en este caso el bien jurídico “vida humana” no es así (ontológicamente) tratado por algunos ordenamientos, como es el caso de Brasil, donde se considera la muerte como el momento de ausencia de la actividad del cerebro, aunque la actividad celular continúe (artículo 3 de la Ley 9.434/97).²⁷

Lo mismo ocurre cuando se protegen normas, entendidas como directivas de conductas orientadas fácticamente, como el falso testimonio y la prevaricación, que protegen normas de conducta ofensivas al servicio público externo e interno.²⁸

En verdad, el error es tener a la norma o a su equivalente positivo como el único objeto de la protección desvinculado de un valor social reconocido como de gran relevancia, algo que se presente como una mera desobediencia de la ley, o incluso considerar solamente la “seguridad” como el objeto de protección penal.

La adopción de un sistema basado sólo en estas condiciones podría crear un vacío en la motivación de la existencia de la ley y de la pena, y socavaría la división entre las consecuencias jurídicas de un hecho ilícito. Desaparecerían del todo las diferencias entre las ramas penal, administrativa o civil, ya que todas las sanciones servirían para proteger a la norma del sistema al que pertenecen o a la seguridad del ordenamiento. Aunque se acepte que las numerosas teorías acerca del bien jurídico no pueden satisfacer plenamente las pretensiones de limitación del *ius puniendi* estatal, y que gran parte de los aportes de autores como Jakobs sobre la relevancia del lenguaje, Müssig sobre la desmaterialización y Schmidt sobre el entorno sean importantes, no sería una simple elección de un bien, sino los valores superiores del ordenamiento jurídico, como la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad los que servirían para limitar las tipificaciones y penas del poder estatal.

De ahí la correcta concepción de Camargo sobre el Derecho penal no como algo centrado exclusivamente en la lesión a un bien concreto, sin la compañía de otros principios y criterios normativos de apoyo, sino como una verificación funcional inherente al sistema penal. No se puede, siendo simplista, reconocer que “de la vulneración a los bienes jurídicos concretos pueda construirse el marco de análisis de la relevancia de un hecho para el Derecho Penal”.²⁹ El Derecho penal pretende una “revalidación de los conceptos de

²⁵ Jakobs, Günther, *Strafrecht AT*, Berlín, 1993, p. 35; Müssig, Ber.

²⁶ Amelung, Knut, “Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, op. cit., p. 166.

²⁷ “Art. 3º. La retirada *post mortem* de tejidos, órganos o partes del cuerpo humano destinados a trasplante o tratamiento deberá ser precedida de diagnóstico de muerte encefálica, constatada e registrada por dos médicos no participantes de los equipos de remoción y trasplante, a través de la utilización de criterios clínicos y tecnológicos definidos por resolución del Consejo Federal de Medicina”.

²⁸ Amelung, Knut, “Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, op. cit., p. 168.

²⁹ Chaves Camargo, Antonio Luís, *Imputação objetiva e Direito Penal brasileiro*, São Paulo, 2002, p. 126.



valores vigentes, espacio temporalmente, con la desaprobación de ilícitos determinados por una disidencia social relevante”.³⁰

Entonces llegamos a un punto en el que la investigación nos lleva al problema real, situado más allá del bien jurídico: la legitimidad de la aplicación del Derecho penal. En realidad, el problema no es tanto saber si existe o no un bien jurídico de forma independiente al caso particular. El problema es saber si la intervención penal es legítima en el caso concreto. Esta reflexión sobre la legitimidad pertenece al ámbito de la política criminal, que permite saber en qué áreas puede actuar el Derecho penal y en cuáles no, en qué momento la intervención del sistema penal es correcta y legítima.³¹ Y este control es mucho más importante en el momento de aplicarse el Derecho penal que en la formulación de las etiquetas y divisiones topográficas de los tipos legales (bien jurídico como criterio de clasificación de los tipos).

Desde un punto de vista tradicional, en el momento de aplicación de la Ley Penal y la imputación de un comportamiento o del resultado al tipo penal, debe tomarse como referencia la unidad mínima de imputación, es decir, el peligro de lesión. Las palabras “peligro” y “lesión” se utilizan como condiciones para medir la justificación de la aplicación del Derecho penal: tiene que haber una lesión o, al menos, la puesta en peligro de un bien jurídico. Esto implica ya algunos problemas dogmáticos.

El debate principal se encuentra en la desaprobación de ciertas conductas que se analizan en perspectiva *ex post*, si se ha demostrado de manera objetiva que, de antemano, quedó excluida toda posibilidad de lesión. La justificación de su no aceptación sería la falta de relevancia penal, pues se castigaría una conducta criminal que tiene a la peligrosidad como fundamento, pero ésta no ha existido desde el primer momento. Por lo tanto, tiene sentido decir que si la ra-

zón para el castigo de ciertas conductas es el peligro, éste siempre debería estar presente.

El análisis o verificación *ex post* del peligro ha sido, precisamente, la diferencia entre peligro abstracto y concreto, clasificación que rechazo y considero carente de evolución, pero que es muy común en los países de América Latina. Si se exige al peligro abstracto también una verificación *a posteriori*, se acaba con la diferencia esencial entre la formulación típica de los delitos de peligro abstracto y concreto. El fundamento político-criminal de los delitos de peligro abstracto es “impedir que un juicio individualizado pueda medir la peligrosidad de acciones que normalmente son peligrosas según una evaluación estadística”.³² Aún así, el grado de peligro es estadístico y lo que importa es identificar lo que puede ser normativamente visto como peligro.

Aceptando el carácter lingüístico del Derecho, se debe reflexionar sobre el concepto defendido de manera casi unánime por la doctrina tradicional, de la separación entre delitos de lesión y delitos de peligro.

En el contexto de los bienes jurídicos susceptibles de una afección individual, se aprecia fácilmente un valor social y se logra así una diferencia. Así ocurre con la vida, cuando se trata de dañarla por medio de un homicidio o ponerla en peligro a través de una lesión. Pero la misma observación y consecuente imputación puede hacerse con dos delitos de lesión. Por ejemplo, el daño a la vida humana y los daños a la integridad física. Las diferencias exigen la construcción de criterios de selección necesarios para llevar a cabo la imputación, como el conflicto aparente de leyes, y los principios de subsidiariedad y consunción que se generan como compensación de la variedad del lenguaje utilizado. Hay varios autores que hacen se refieren a la relatividad entre la lesión y el peligro. En definitiva, “de acuerdo con el grado de abstracción del bien jurídico, cualquier acción puede ser imputada como un delito de lesión”.³³

³⁰ Chaves Camargo, Antonio Luís, *op. cit.*, p. 98.

³¹ En acuerdo con el protagonismo de los problemas de legitimación del Derecho penal: Seher, Gerhard, “Principiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie, op. cit.*, p. 43; Frisch, Wolfgang, “Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *op. cit.*, p. 223; Sin el dogma del bien jurídico, Stratenwerth, Günter, “Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *op. cit.*, p. 260.

³² Cuesta Pastor, Pablo, *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, Granada, 2002, p. 74.

³³ “Je nach Abstraktionshöhe des Rechtsguts ließ sich schließlich jede Tat auch als ein Verletzungsdelikt einordnen”. Seelmann, Kurt, “Rechtsgutskonzept, Harm Principle, und Anerkennung als Strafwürdigkeitskriterien”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *op. cit.*, pp. 265 y 266. En el mismo sentido, Mendoza Buergo, Blanca, *Limites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Madrid, 2001, p. 13; Angioni, Francesco, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milán, 1994, p. 185; Parodi Giusino, Manfredi, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milán, 1990, p. 7.

Concepto y función dinámica de la teoría del bien jurídico-penal

Depende de la concepción de bien jurídico que se adopte. Si la caracterización es más formal, más abstracta, más espiritual, entonces casi ninguna conducta sería clasificada como lesiva, y aquí es más evidente y obvia la protección de la norma. Si es más material, más concreta, *más corpórea*, es posible reconocer la existencia de tipos que puedan conducir no a una lesión de un bien jurídico,³⁴ sino solamente a su puesta en peligro. En definitiva: hay una dependencia estricta del lenguaje.

Se entiende que en una sociedad pluralista y multicultural no puede construirse una teoría del bien jurídico de contenido vinculante *a priori*, de modo que sea aceptada por todos debido a la diversidad de las valoraciones y su respectiva graduación. La elección del legislador se basa en un consenso sobre los valores, formulados en condiciones procedimentales previamente definidas que indican que la ley penal debe elaborarse para conformar un elemento del sistema jurídico-penal.³⁵ Son las relaciones valiosas que posibilitan la libertad de manifestación externa, constituidas mediante acciones intersubjetivas.³⁶

El Derecho penal, como mecanismo social para la resolución de conflictos, tiene como intereses esenciales las relaciones entre las personas y la comunicación que fluye de ella, en definitiva, la forma en que debe transcurrir la vida en sociedad, y no un “conjunto de bienes jurídicos”.³⁷

En una sociedad secular —desmitificada como dice Lesch— el Derecho penal sólo puede actuar racionalmente si se lo entiende como un sistema funcional, es decir, que tiene la función de garantizar las condiciones básicas de la convivencia en comunidad,³⁸ pero siempre conforme el modelo de organización políticamente definido por el grupo, entendiendo como el único aceptable el democrático social.³⁹

En este contexto, no habría ninguna restricción a bienes jurídicos individuales o colectivos, siempre que se actúe dentro de los límites establecidos por la política criminal democrática, y se observen las garantías fundamentales de los ciudadanos y la dignidad humana.⁴⁰ Los bienes jurídicos “no son conceptos previos que pueden ser materializados en una sociedad plural, sino que reflejan, en una situación ideal de diálogo, los valores vigentes que se concretaron formalmente en la norma”.⁴¹ Esto implica una consideración constante en cada caso concreto y conforme los diversos factores que pueden interferir con su delimitación semántica, porque su significado puede variar en función de la relación de comunicación.⁴²

En principio, es correcta la posición de Amelung, que clasifica como socialmente perjudicial la acción que desorganiza el contrato social ya ordenado por la sociedad, lesiona derechos de los individuos o del Estado que han sido concebidos por la sociedad para la protección de los Derechos individuales.⁴³ Como miembro de la llamada teoría sociológica del Derecho penal, el autor reconoce que su propósito es el funcionamiento óptimo del sistema. El término “lesividad social” hace referencia a la sociedad como un todo, mientras que la expresión “bien jurídico” se refiere más concretamente a los titulares individuales, a un grupo, o al propio Estado, una posición derivada de un pensamiento individualista que viene de la Ilustración.⁴⁴

Sin embargo, con el fin de resolver esta preocupación sistémica, Amelung no abandona la teoría del bien jurídico, aunque la trate como una cuestión periférica al sistema. Para este autor, la ventaja de que el sistema legal acepte el concepto de bien jurídico es la apertura del entorno sin que el sistema pierda su autonomía y especialidad.⁴⁵

³⁴ En ese sentido, Parodi Giusino, Manfredi, *op. cit.*, p. 37.

³⁵ En el mismo sentido, Amelung, Knut, “Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *op. cit.*, p. 163.

³⁶ Kahlo, Michael, “Über den Zusammenhang von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *op. cit.*, p. 28.

³⁷ Reyes Alvarado, Yesid, “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, *ADPCP XLV*, p. 948.

³⁸ Lesch, Heiko, “Intervención delictiva e imputación objetiva”, *ADPCP XLVIII*, p. 911.

³⁹ Chaves Camargo, Antonio Luís, *Imputação objetiva e Direito Penal brasileiro*, São Paulo, 2002, p. 108.

⁴⁰ Chaves Camargo, Antonio Luís, “Crimes econômicos e imputação objetiva”, *Direito Penal especial, Processo Penal e direitos fundamentais*, São Paulo, 2006, p. 267.

⁴¹ Chaves Camargo, Antonio Luís, *Imputação objetiva e Direito Penal brasileiro*, São Paulo, 2002, p. 126.

⁴² *Ibidem*, p. 128.

⁴³ Amelung, Knut, “Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit”, *Recht und Moral*, Baden, 1991, p. 269.

⁴⁴ Seher, Gerhard, “Principiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁵ Amelung, Knut, “Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *op. cit.*, p. 158.



La referencia a una lesión de derechos es válida en la medida en que se protege el interés de alguien con relación a un objeto. Pero esta relación de intereses debe revelar un derecho subjetivo de la persona interesada en objeto determinado. Por lo tanto, es mejor reconocer que no es tanto la recuperación de la teoría de las normas de Feuerbach o Binding, sino el reconocimiento de que tanto el objeto material como la relación de intereses pueden ser protegidos por el Derecho penal.

Las relaciones, comunicaciones e interacciones interpersonales siguen una regularidad sociológica incorporada en sistemas. Las normas y las instituciones son elementos estructurales de estos sistemas de interacción y comunicación, protegen una determinada configuración social y por lo tanto protegen ciertas normas y a la propia sociedad.⁴⁶ Como ya lo dice Seher, un cementerio no puede ser reemplazado por un hotel para llevar a cabo un funeral y un entierro.⁴⁷ La definición de interés protegido es un proceso cultural. Se puede justificar la protección de una posibilidad, común en casi todas las legislaciones, como la protección de una sepultura, que se justifica por mantener el sentimiento de respeto por los muertos y cuya víctima es la familia del fallecido. Se habla de *posibilidad* por cuanto no hace falta que exista esta familia. Una línea de razonamiento pasa exactamente por proteger un valor ético-social, es decir, la obligación ética de los vivos de tratar con respeto esos restos mortales.⁴⁸

Además de objetos, también pueden protegerse recursos, que se entienden como medios o potencialidades. También, recurso es lo que tiene algún valor para la calidad de vida, no para una persona en particular, sino lo que normalmente puede proporcionar esta mejora.⁴⁹

Y, en el caso de un sistema que en sí debe ser mantenido para una realización social adecuada, incluso pueden ser protegidas ciertas funciones aisladas de subsistemas, como es el caso del sistema tributario, en la correcta y moderna visión de Ferré Olivé.⁵⁰

En realidad, todas estas consideraciones, más que indicar una ruptura total con la teoría del bien jurídico, conforman una línea de evolución que ha sido integrada gradual y suavemente a partir de las investigaciones puntuales de cada relación social y de comunicación, generadas en cada caso concreto con base en una dinámica social de constante aumento de complejidades y las expectativas sociales. El maestro Roxin proclama que la tarea del Derecho penal es garantizar a sus ciudadanos una vida en comunidad libre y pacífica bajo la garantía de todos los Derechos fundamentales constitucionalmente definidos. El bien jurídico debe entenderse como “todas las circunstancias o finalidades necesarias para el libre desarrollo de la persona, la realización de sus Derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal basado en estos objetivos”. Por circunstancias y finalidades Roxin comprende tanto los estados previamente encontradas por el Derecho como el deber de cumplimiento de las normas (*Normbefolgungspflichten*) creadas por él.⁵¹ Un concepto normativo y dinámico, listo para ser modificado para cumplir con los propósitos constitucionales derivados de la vida en sociedad.⁵² Pero el propio Roxin señala que a partir de las exigencias de la modernidad, la concepción tradicional del bien jurídico concebido para la época de la Ilustración no puede resolver todos los problemas actuales, y surgen nuevas tareas que requieren que el Derecho penal supere el concepto de protección de bienes jurídicos personales, como en los casos de protección de los embriones, la fauna y la flora, y la vida de las generaciones futuras.⁵³

Parece que, de alguna manera, todos los autores vuelven a la tesis sobre el bien jurídico de Rudolphi, cuando se considera no como algo puramente positivista, presente en cada tipo penal como un interés que debe ser protegido, sino como representante de un fundamento valorativo constitucionalmente definido con el fin de permitir que cualquier legislador lo entienda como un concepto formal y así pueda legi-

⁴⁶ Amelung, Knut, *op. cit.*, p. 179.

⁴⁷ Seher, Gerhard, “Principiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *op. cit.*, p. 51.

⁴⁸ Cfr. Von Hirsch, Andrew, “Der Rechtsgutsbegriff und das Harm Principle”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *op. cit.*, p. 25.

⁴⁹ Von Hirsch, Andrew, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁰ Ferré Olivé, Juan Carlos, “El bien jurídico protegido en los delitos tributarios”, *Revista Penal*, núm. 33, Valencia, 2014, pp. 104-106.

⁵¹ Roxin, Claus, *Strafrecht AT I*, Múnich, 2005, p. 16. Esta definición ha sufrido una alteración respecto de la popularizada y consagrada por la traducción al español de la 3ª edición de su manual.

⁵² Roxin, Claus, *op. cit.*, p. 32.

⁵³ Roxin, Claus, *op. cit.*, pp. 29-31.

Concepto y función dinámica de la teoría del bien jurídico-penal

timar constitucionalmente la protección penal de un bien necesario para la existencia concreta de determinada sociedad, y exactamente por eso son reconocidos como valiosos para la unidad funcional de la sociedad. De ello se sigue que todo tipo penal requiere la interpretación conforme a la Constitución y por lo tanto persigue el fin de proteger ciertas disminuciones de valor para la unidad funcional de la sociedad.⁵⁴

En otras palabras, es definir y redefinir cada vez lo que viene a ser el “bien jurídico”, entendido como un elemento del sistema penal destinado a reducir la complejidad. El bien jurídico solamente “será concretizable en la medida en que exista una interpretación semántica, en el tipo objetivo, como ámbito de protección de la norma”.⁵⁵

Por lo tanto, limitar la actuación del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos requiere un esfuerzo intelectual para elevar el concepto a un metaconcepto que puede absorber todas las valoraciones ético sociales. Es, de hecho, reconocer el bien jurídico como un elemento del sistema dependiente del lenguaje utilizado para plantear su contenido conforme a la función que deberá cumplir en el propio sistema. Esto hace que sea imposible que el bien jurídico penal sea un concepto definido *a priori*, pues debe configurarse a partir de la comunicación entre los actores y el mundo en el que viven el grupo y cada uno de sus miembros. Un primer paso es entender el contenido del concepto de bien jurídico como algo que no es tomado *a priori*, de idéntico significado, sino que es identificado en cada caso concreto a partir de la comunicación entre los agentes implicados.

Si se comparte esta interpretación, lesión, peligro concreto y peligro abstracto pierden importancia como elementos del sistema para definir la función del Derecho penal. La protección de los bienes jurídico-penales debe alcanzar un ámbito de *ofensa* a las valoraciones que se incluyeron como complejidades en este sistema. *Ofensa* entendida como algo normativo, no como un resultado material, que clásicamente

se ve asociado con el evento causal debido a una acción natural. Teniendo en cuenta la falta de comunicación tradicional (lesión y peligro) en el sistema jurídico penal, es mucho más coherente utilizar la *ofensa* como conexión con el objeto de protección penal. *Ofensa* sería un depósito lingüístico para diferentes formas de actuar.⁵⁶ Se ofende por acción u omisión, se ofende a una o a varias personas, se ofende a los bienes e intereses sociales de diversas maneras.

La crítica a este tipo de pensamiento es que siempre que se posibilita la actuación del sistema penal sin la producción de un resultado material vinculado a un bien jurídico definido *a priori* surge la posibilidad de expansión y el descontrol de la punición de actos preparatorios o de comportamientos no lesivos en general, aún más por no ser capaz de utilizar un criterio de previsibilidad de la acción criminal subsiguiente.

Pero lo esencial no es la previsibilidad empírico-fáctica de un resultado lesivo, sino el dominio sobre una fuente de peligro, del que resultan ciertos requisitos de conducta, requisitos que dependen, en cada caso, del tipo de objeto o sustancia peligrosa. Por ejemplo, no cumple con los valores de la ley de armas dejar un arma de fuego, cargada o no, en cualquier lugar. Esto no depende de la experiencia, sino de criterios normativos.⁵⁷ Sólo se pueden poseer tales objetos bajo la condición de asumir el papel de impedir o prevenir ciertos cursos causales promovidos por personas autorresponsables.⁵⁸ En las acciones realizadas en masa, como el tráfico de vehículos, no se puede dejar que los ciudadanos decidan cómo comportarse,⁵⁹ aunque la experiencia demuestra que un determinado grupo social tiene un nivel de conducción cercano a lo excelente. Algunos ámbitos públicos y privados no admitirían el autogobierno, la auto-administración por el individuo de acuerdo con su propia planificación de comportamiento (*Planungsverhalten*), y por ello se crean los *standards* para asegurarse de la orientación de la conducta deseada. En algunos ámbitos vitales,

⁵⁴ Rudolphi, Hans-Joachim, “Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre”, *FS für Maurach*, Karlsruhe, 1972, p. 61.

⁵⁵ Chaves Camargo, Antonio Luís, *Imputação objetiva e Direito Penal brasileiro*, São Paulo, 2002, p. 108.

⁵⁶ Seher, Gerhard, “Principiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *op. cit.*, p. 49.

⁵⁷ Von Hirsch Andrew, y Wolfgang Wohlers, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *op. cit.*, p. 202.

⁵⁸ Frisch, Wolfgang, “Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafsens”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *op. cit.*, p. 229.

⁵⁹ Von Hirsch, Andrew, y Wolfgang Wohlers, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *op. cit.*, p. 211.



como en el falso testimonio, la provocación de incendios, la conducción de vehículos bajo los efectos del alcohol, o el propio tráfico diario, los ciudadanos no serán capaces de evitar las consecuencias no deseadas por medio de su propio autogobierno y su propia interpretación del contexto. De ahí la necesidad de criminalizar ciertas conductas para crear directrices interpretativas más fácilmente manejables.⁶⁰

No debe convertirse algo en prohibido debido a la producción de un resultado material sin transformar tal prohibición en algo que no debe ser realizado por una persona. Esto no significa negar la necesidad de resultados, ya que su producción cumple importantes funciones político-criminales, sino para posicionarlo sistemáticamente en el injusto normativo. El resultado debe ser considerado como una condición que limita la punibilidad por razones de seguridad jurídica o necesidad de pena.⁶¹

Un Derecho penal exclusivo de delitos de resultado (naturalístico) es negativo para la modernización del propio Derecho penal.⁶² Hay una intuición bastante extendida entre los penalistas acerca de la exigencia de producción de un resultado como manifestación de Derecho penal garantista y liberal,⁶³ y en general eso es correcto como parte de una política criminal de *ultima ratio*.

Más importante que causar un resultado es imputar objetivamente el riesgo creado por una acción típica. Lo ideal es que los criterios normativos para esta configuración se definan en una teoría del delito que pueda satisfacer este nivel de comunicación, en la que sean considerados los factores sociales dominantes, del mundo de la vida de cada miembro, la capacidad de comunicación de cada actor y la política criminal de *ultima ratio* que debe acompañar el Estado social y democrático de Derecho.

Es cierto que el concepto de bien jurídico es real, no ideal. Real, sin embargo, como una expresión de sentido que pertenece a un contexto social determinado y relacionado directamente con un discurso que se da entre ciertos actores determinados, o entre un individuo y los demás miembros de la sociedad.

Este concepto determina una relación entre los bienes jurídicos que se entienden en el momento histórico como las circunstancias de la vida y las normas del Derecho penal, que, como deber o prohibición, sirven para protegerlo. Por tanto, existe una clara relación dialéctica entre la norma que protege lo que se llama bien jurídico y entre el sujeto y lo que es valioso.

Objetivamente hay valores que deben protegerse o reafirmarse por el Derecho, y la opción social permite la clasificación de la sanción como penal o no penal. Las expectativas violadas no están vacías de contenido, pero axiomáticamente definidas; no definidas de forma exclusiva y completa por el legislador, pero sujetas al lenguaje utilizado por cada subgrupo; con una prevalencia del sentido mayoritario, pero sin faltar el respeto a la minoría.

La búsqueda de un bien jurídico previamente definido y objetivamente comprobable no debe partir del conocimiento empírico de las relaciones sociales o de lo sensiblemente constatable como quería Augusto Comte, pues esto equivaldría a negar la capacidad intelectual del hombre a razonar deductivamente y descubrir las particularidades del objeto de estudio. El razonamiento, que se toma aquí como sinónimo de pensamiento, es responsable de los sentidos asignados e inseparables del lenguaje. El sentido no se confunde con el lenguaje ni éste con el sentido, pero mantienen una relación dialéctica. Sentido y lenguaje no existen en forma aislada. La importancia del lenguaje para comprender la acción humana es una indicación de sentido de cada conducta y cada resultado frente a los interlocutores de los sentidos expresados por el lenguaje utilizado en el discurso.

El hombre es un ser social y de lenguaje. Por su naturaleza equivalente puede aceptar el lenguaje y el discurso de un grupo en particular como un marco común de conocimientos, o un "sentido común". Cualquier dogmática que se proponga definir el bien jurídico protegido por el tipo penal no puede cerrarse hasta el punto de no permitir la adecuación del concepto de bien frente al caso concreto y atender a la

⁶⁰ Jakobs, Günther, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung", *ZStW* 97, p. 767.

⁶¹ Mir Puig, Santiago, "La perspectiva *ex ante* en Derecho penal", *ADPCP XXXVI*, p. 13.

⁶² Schönemann, Bernd, "Geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft", *GA* 1995, p. 213.

⁶³ Sancinetti, Marcelo, *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*, Buenos Aires, 1997, p. 66. *Vid.* las afirmaciones como las de Sergio Moccia, "De la tutela de bienes a la tutela de funciones", en Silva Sánchez, *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, p. 134, sobre la incompatibilidad entre la utilización de delitos de peligro abstracto y un sistema penal garantista en sentido formal e substancial; especialmente, Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione*, Roma, 2002, p. 480.

Concepto y función dinámica de la teoría del bien jurídico-penal

comunicación entre los participantes de un sistema, así como de los demás sistemas sociales.

De este modo, son tres los aspectos por considerar: en primer lugar, la elección aparente del legislador en el momento de la construcción del tipo legal; en segundo, el lenguaje consensual utilizado entre los involucrados en el discurso dinámico y, en tercero, el criterio objetivo para definir las posibilidades y expectativas sociales.

La ley (o el intérprete en la exégesis), a la hora de elegir un bien jurídico, lo hace con discrecionalidad, alejándose o acercándose a la persona en una posición normativa (valorativa) de ciertos valores ético-sociales, y sólo como punto de partida de un mínimo normativo. A veces, la consideración de uno o más valores individuales termina en la creación de una valoración conjunta y el resultado lingüístico es la “creación” de un nuevo bien jurídico en el momento de la aplicación efectiva del Derecho penal. Pienso que este bien “creado” es una expresión de lenguaje para recopilar y resumir los distintos valores protegidos.

Cuando el punto de referencia común es la sociedad, se acostumbra utilizar la palabra “consenso” para identificar la ponderación o incluso la discrecionalidad o arbitrariedad por la cual el legislador selecciona ciertos comportamientos y valores como dignos de protección penal. Tal vez el término “sentido común” exprese de forma más clara el hecho de que las relaciones interpersonales y sus consecuencias jurídicas son algo objetivo y pueden ser percibidas (sentidas) por los participantes de un grupo social y parcialmente captadas por el legislador. Es cierto que la comunicación entre estos participantes influye directamente a la hora de definir el bien jurídico protegido por la norma penal, pero no se alcanza la definición completa de lo que es o no es el bien a ser protegido, ya que ciertas relaciones interpersonales alcanzan proporciones diversas, difusas o supraindividuales en la relación fáctica.

El Derecho penal elige ciertas expresiones como intermediarias en esta reafirmación de los valores sociales, que son comúnmente llamados bienes jurídicos. Pero en la enormidad de valores de un grupo social es el lenguaje el que conduce al bien jurídico elegido como una forma de justificar el recurso a la vía penal.

Ciertos bienes jurídicos seleccionados que justifican la protección de la norma se conectan fácilmente a un ser en particular. Otros son distantes y están conectados a un cierto grupo. Otros, más distantes aún, pertenecen a toda la sociedad. La referencia a la persona será siempre posible realizando un esfuerzo mental, ya que es sólo el lenguaje el que lo distancia del ser individual, razón de la creación de todo el sistema social: la vida (la salud), el medio ambiente. Al reconocerse otros valores como autónomos y pasibles de valoración por parte del grupo, se puede afirmar que un bien colectivo no es la simple suma de bienes individuales. Y que el bien supraindividual o difuso no es una suma de bienes colectivos. Todo depende del lenguaje utilizado para comunicar la valoración del grupo social y la consideración de esta valoración en la búsqueda del bien común. Así, para ciertos bienes se puede considerar la lesión o el peligro, pero para otros no es posible considerar el peligro (como es el caso de los bienes supraindividuales), sino la ofensa a su calidad funcional dentro del sistema social. Lesión de la norma, si se prefiere.

Lo que no debe olvidarse es que frente a un caso concreto el contexto social que guía las normas que deben ser cumplidas puede hacer obligatoria la configuración dinámica de un bien jurídico y que se implemente el tipo penal en más de una forma. Así, por ejemplo, cuando se juzga la posesión ilegal de un arma de fuego⁶⁴ podemos tener que en un caso particular el arma está cargada y el sujeto que la porta está en medio de una manifestación popular, con mucha gente alrededor. En este caso, tendría sentido hablar de un peligro para la vida de las personas. Sin embargo, en otro caso, no cargada el arma, puede lucir en la cintura de una persona que no está de acuerdo con la posición política de otra. Aquí no tiene sentido proteger la integridad física por ser el arma un objeto sin condiciones fácticas de herir a alguien, pero se puede asignar significado ofensivo a la libertad del otro. En otro caso, si se transporta una pistola sin munición o incluso desensamblada pero sin la autorización administrativa o en grandes cantidades, sólo tendría sentido decir que lo que se ofende es la funcionalidad del control de armas de fuego por la característica particular del sistema de control de ese tipo de objeto. Esto es lo que se quiere decir con la configuración dinámica del bien jurídico: la delimita-

⁶⁴ En Brasil es un delito con pena de prisión de hasta cuatro o seis años.



ción del contenido penal, a partir de la multiplicidad de elementos disponibles en el sistema para resolver el conflicto respecto de un individuo o de la comunidad, y dirigido hacia la conservación de los valores sociales, y que si no se resuelve de manera científica produce un efecto contrario, y en lugar de promover una restricción exacta de la aplicación del Derecho penal promueve la depreciación y el vaciamiento del concepto de bien jurídico-penal.

Si se admite esta posibilidad, podrán por fin la política criminal y los criterios objetivos de imputación restringir el alcance de los tipos penales, y los principios de apoyo como el de insignificancia, de confianza y de precaución, formulados en consonancia con el Estado democrático de Derecho servirán como elementos de contención sistémica de la aplicación de la sanción penal.

A pesar de la posibilidad de entenderse que la norma es la que se ha violado, sólo dentro de las concepciones radicalmente positivistas se puede concluir que la antijuridicidad de una conducta depende únicamente de su tipificación por parte del legislador. De ahí el simbolismo del bien jurídico como punto de referencia en la implicación del deber, es decir, el deber de no lesionar cierta valoración de la sociedad.

Lo importante es que en el momento de aplicar el Derecho penal no se olvide de la fundamentación material de lo que es ofendido —lesionado o puesto en peligro—, aunque se aparte de lo definido *a priori* como bien jurídico protegido por la tipología legal o por éste o aquel intérprete de la ley. Hay que reconocer que un tipo penal, cuanto más distante de un bien material, puede cubrir siempre otros ámbitos de protección, es decir, tener un carácter pluriofensivo, que no requiere la afectación de todos los bienes de forma acumulativa, sino ofender a uno de ellos alternativamente dependiendo del contexto fáctico.

III. Conclusión

La inclusión del bien jurídico en la dogmática penal no pone en peligro el sistema. Lo que lo compromete es su limitación a lo estrictamente personal y su materialización como la única forma de interpretación de la norma y de aplicación de una consecuencia jurídico-penal. Esta actitud olvida que la formulación de la expresión “bien jurídico-penal” también tiene contornos de teoría y su uso dentro del discurso con

un sentido apropiado, que debe trascender su constitución real-objetiva y alcanzar un ideal normativo.

El bien jurídico puede ser un *topos*, un sentido común para guiar, a veces, la creación de la norma penal. No sólo es algo tangible, un objeto o un hecho. También puede ser un criterio en el caso concreto para completar los principios que apoyan la definición de lo que debe o no ser amparado por el sistema penal.

Si se ofenden los valores sociales —disminuidos, extintos o amenazados de alguna manera—, podrá ser necesaria la actuación del sistema penal para resolver el conflicto. Un tipo penal puede proteger más de un valor ético-social y, por lo tanto, una conducta puede llevar a cabo su extinción, disminución o simplemente amenaza. No todos los delitos requieren el resultado material de lesión, sólo de aquellos que están próximos a los bienes materiales y exigen completar el injusto. Algunos delitos, además, sólo se justifican por la ofensa a la norma que lo establece como una función esencial para el sistema social.

La aplicación del sistema penal pasa inicialmente por la determinación del tipo legal elaborado por el legislador, como la creación de un riesgo o la causación de un resultado. Pero serán principalmente los criterios normativos de imputación de una conducta y del resultado como algo jurídico penalmente reprochable lo que constituirá la parte más compleja y esencial del Derecho penal. Los criterios objetivos y subjetivos de una dogmática bien definida, unida a una política criminal de perfiles democráticos —de *ultima ratio*—, serían suficientes, en nuestra opinión, para evitar que el Derecho penal del bien jurídico dinámico y definido *a posteriori* se distorsione y sea utilizado para justificar el castigo de conductas irrelevantes o de resultado insignificante para las condiciones más importantes del desarrollo personal, ámbito propio del Derecho penal.

Bibliografía

- Abanto Vázquez, Manuel A., “Sobre la evolución histórica del bien jurídico. Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, *Revista Penal*, núm. 18, Valencia, 2006.
- Amelung, Knut, “Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden, 2003.
- , “Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit”, *Recht und Moral*, Baden, 1991.

Concepto y función dinámica de la teoría del bien jurídico-penal

- Angioni, Francesco, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milán, 1994.
- Chaves Camargo, Antonio Luís, *Imputação objetiva e Direito Penal brasileiro*, São Paulo, 2002.
- Cuesta Pastor, Pablo, *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, Granada, 2002.
- Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione*, Roma, 2002.
- Ferré Olivé, Juan Carlos, “El bien jurídico protegido en los delitos tributarios”, *Revista Penal*, núm. 33, Valencia, 2014.
- *et al.*, *Direito Penal Brasileiro*, São Paulo, 2011.
- Frisch, Wolfgang, “Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden, 2003.
- , “An den Grenzen des Strafrechts”, en *FS für Stree und Wessels*, Heidelberg 1993.
- Gracia Martín, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003.
- Hirsch, Hans Joachim, “Straf- und Strafprozeßrecht gegenüber neuen Formen und Techniken der Kriminalität”, *Neue Erscheinungsformen der Kriminalität in ihrer Auswirkung auf das Straf- Strafprozessrecht*, Bialystok, 1996.
- Hohmann, Olaf, “Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht”, *GA*, 1992.
- Jakobs, Günther, *Strafrecht. AT*, Berlín, 1993.
- , “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung”, *ZStW 97*.
- Lesch, Heiko, “Intervención delictiva e imputación objetiva”, *ADPCP XLVIII*.
- Marx, Michael, “Zur Definition des Begriffs”, *Rechtsgut*, Colonia, 1972.
- Mendoza Buergo, Blanca, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Madrid, 2001.
- Mir Puig, Santiago, “La perspectiva *ex ante* en Derecho penal”, *ADPCP XXXVI*.
- Moccia, Sergio, “De la tutela de bienes a la tutela de funciones”, en Silva Sánchez, *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997.
- Müssig, Bernd, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Francfort del Meno, 1994.
- , “Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht—Zu Ansätzen einer Systematisierung”, *FS für Rudolph*, Berlín.
- Navarro Cardoso, Fernando, *Infracción administrativa y delito: Límites a la intervención del Derecho Penal*, Madrid, 2001.
- Parodi Giusino, Manfredi, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milán, 1990.
- Peñarada Ramos, Enrique *et al.*, *Un nuevo sistema del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva de Günther Jakobs*, Buenos Aires, 1999.
- Reyes Alvarado, Yesid, “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, *ADPCP XLV*.
- Roxin, Claus, *Strafrecht AT I*, Múnich, 2005.
- Rudolph, Hans-Joachim, “Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre”, *FS für Maurach*, Karlsruhe, 1972.
- Sancinetti, Marcelo, *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*, Buenos Aires, 1997.
- Seelmann, Kurt, “Rechtsgutskonzept, Harm Principle, und Anerkennung als Strafwürdigkeitskriterien”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers *Die Rechtsgutstheorie*, Baden, 2003.
- Schmidt, Jürgen, *Untersuchung zur Dogmatik und zum Abstraktionsgrad abstrakter Gefährdungsdelikte*, Marburgo, 1999.
- Schünemann, Bernd, “Geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”, *GA 1995*.
- Seher, Gerhard, “Principiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden, 2003.
- Stratenwerth, Günter, “Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers”, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden, 2003.
- Von Feuerbach, Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, 5ª ed., Giessen, 1812.
- Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho penal*, 18ª ed., vol. 2, Madrid, 1914.
- Wohlers, Wolfgang, “Die Tagung aus der Perspektive eines Rechtsgutsskeptikers”, en Hefendehl, Hirsch y Wohlers, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden, 2003.