

BIEN JURIDICO E INJUSTO

Con la teoría del bien jurídico se trata de establecer no sólo qué es lo protegido con los distintos tipos legales, determinando la materia de la prohibición o del mandato (**función dogmática**) sino también qué es legítimo proteger con el derecho penal, determinando los límites materiales del poder punitivo estatal (**función político-criminal y crítica**). De esta última función se pueden derivar propuestas de descriminalización, en la medida que se tipifiquen conductas que no afectan o dañan un bien jurídico (principio de lesividad).

El concepto de bien jurídico nace en la primera mitad del s. XIX, como expresión del jusnaturalismo penal que rechaza la doctrina de los derechos subjetivos en el ámbito penal.

EVOLUCION

- a) Concepto trascendentalista jusnaturalista (BIRNBAUM). Distingue entre el derecho y el objeto sobre el que recae; señala que el delito no lesiona un derecho subjetivo sino bienes, que conforme a la razón o la naturaleza de la cosas, el Estado garantiza a todos por igual.

Señalaba que los bienes están dados en parte a los hombres por la naturaleza, en otra, por el desarrollo social. En consecuencia, dichos bienes están fuera del derecho y divide los delitos en naturales y sociales (*mala quia prohibita* y *prohibita quia mala*), según sea la clase de bien que protegen.

- b) Concepto inmanente jurídico-positivo (BINDING)

Para este autor el bien jurídico queda establecido, no reconocido, dentro del contenido de la norma jurídica. Es inmanente a la norma: "en la superficie de la desobediencia se esconde la lesión de un bien jurídico como núcleo", entendida como contravención de un derecho público que corresponde al Estado (lesión de un derecho subjetivo de sometimiento). Ello se corresponde con su teoría de los imperativos.

Se formaliza la teoría del bien jurídico, pues el delito consiste en la desobediencia de la norma; no hay consideración del daño social. No cabe limitar la intervención punitiva estatal pues el legislador crea la norma y, por tanto, el bien.

- c) Concepto trascendentalista político-criminal (VON LISZT)

Entiende que los bienes jurídicos son intereses vitales, del individuo o de la comunidad. El ordenamiento jurídico no crea el interés sino la vida, pero el derecho eleva el interés vital a bien jurídico. Para él, los bienes jurídicos giran en torno al hombre y no al Estado, como ocurría en BINDING. Se separa de BIRNBAUM en cuanto despoja al bien jurídico de toda consideración jusnaturalista o racionalista, se trata de los intereses que surgen de la vida social organizada y del hombre.

Sin embargo, el concepto de bien jurídico todavía es demasiado vago y se prestó, después para su espiritualización, lo que ocurre con el neokantismo y la filosofía de los valores.

d) La espiritualización del concepto de bien jurídico y su negación

Pasa a ser la mera *ratio legis* de los preceptos legales, "el fin reconocido por el legislador en los preceptos penales individuales en su fórmula más suscita" (HONIG). Consiste en una mera categoría lógico-formal, su función es meramente interpretativa. No puede cumplir una función garantista, de limitación material al *ius puniendi* estatal.

Este proceso culmina con la negación del bien jurídico por la Escuela nazi de Kiel, quienes lo rechazaban por su carácter liberal individualista. Para ellos, el derecho es el ordenamiento de la vida del pueblo, surge del mismo, plasma el "espíritu del pueblo". El Estado no es más que un intérprete de ese espíritu; por ello, el delito corresponde a la infidelidad del individuo con su pueblo. El delincuente es siempre un traidor, y el delito es lesión de un deber, del deber del individuo con su pueblo.

e) El resurgimiento mediatizado del concepto trascendente del bien jurídico

WELZEL rescata el concepto de bien jurídico y lo pone en conexión con el orden social. Sin embargo, para él la protección de los bienes jurídicos sólo se obtiene a través de mandatos o prohibiciones configurados de cierta manera. Lo fundamental son, sin embargo, los deberes ético-sociales que sirven de base a los mandatos y prohibiciones, con lo que vuelve a mediatizar el valor garantista del bien jurídico. Señala que "ante el provecho permanente que significa la conciencia del ciudadano permanentemente fiel al derecho, el mero provecho o daño actual pasa a segundo término". En consecuencia, sólo la norma y, con ella, los deberes ético-sociales tienen importancia.

Tendencias contemporáneas:

- f) **Tendencias jurídico-constitucionales:** el concepto de bien jurídico se hace depender de los intereses o bienes reconocidos en la Constitución y las decisiones de criminalización están básicamente vinculadas a los mandatos de protección constitucional. Se le critica que limita las decisiones político-criminales de criminalización al orden constitucional, que puede no haber previsto un interés social merecedor de tutela penal. Se carece de flexibilidad dadas las dificultades de reforma constitucional. Al revés, no todos los intereses constitucionales son merecedores de protección punitiva. En efecto, la Constitución no establece cuál haya de ser el mecanismo protector de las realidades que valora positivamente, por lo que hay que recurrir a los principios del derecho penal.
- g) **Tendencias sociológicas o social-funcionalistas,** que entienden los bienes jurídicos en su dimensión social, como condiciones necesarias para la conservación del orden social. La característica común de los hechos lesivos es su "dañosidad social".

Con ello se trata de rescatar el concepto de bien jurídico del mundo abstracto de los valores (que tiende a su espiritualización) y reponerlo en el ámbito de la realidad social.

Sin embargo, una adopción de una perspectiva exclusivamente funcionalista puede anular de hecho la eficacia limitadora del concepto.

En efecto, la protección de valores morales o de estrategias políticas podría ser estimada "funcional" en una determinada sociedad. Pero, además, encierra el peligro de un consecuencialismo totalitario, que olvide al individuo en pro de la sociedad.

- h) **Posición de Jakobs:** Significa un retorno a un planteamiento inmanentista; pues el único bien jurídico penal es el fin de prevención integración y de protección de la vigencia de las normas. El mismo lo define como "la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción". El bien jurídico aparece tan funcionalizado al fin de la pena que carece por completo de autonomía y, por tanto, de eficacia limitadora.

Conclusiones:

1.- El objetivo, planteado en la discusión jurídico-penal de los años sesenta y setenta, de elaborar un concepto *material* de bien jurídico, que pudiera operar como límite material del *ius puniendi* estatal, esto es, que diera base

teórica a un movimiento de despenalización o descriminalización no ha tenido éxito.

2.- Podría estimarse que la teoría del bien jurídico ha servido, en el plano de su función político-criminal, para deslegitimar la intervención punitiva estatal al ámbito de lo moral (los conceptos sociológicos de bien jurídico tenía como *leit motiv* la separación de Derecho y Moral).

3.- Para evitar los excesos del planteamiento estrictamente funcionalista, suele situarse la autorrealización del individuo como elemento central del concepto de bien jurídico, que sigue manteniendo el elemento de la dañabilidad social. La idea clave es, pues, que sólo pueden ser bienes jurídicos aquellos objetos que el ser humano precisa para su autorrealización y que tiene lugar en la vida social, es decir, aquéllos dotados de un contenido de valor para el desarrollo personal del hombre en sociedad.

Por ello, la legitimidad de los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos depende de su utilidad funcional para el individuo. El problema es que el concepto de bien jurídico pierde su eficacia limitadora. En efecto, 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 legitimantes de la intervención punitiva.

4.- La única forma de "salvar" el concepto político-criminal de bien jurídico es a través de ulteriores concreciones de las ideas rectoras de proporcionalidad y necesidad de la intervención que se encuentran en constante conflicto.

5.- Un importante criterio es, a nuestro juicio, la referencia directa o indirecta en la Constitución de bienes penalmente protegibles, pero no ya como único y exclusivo criterio. Con ello se 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, el que ha alcanzado el consenso plasmado en la Constitución. La idea de plasmación constitucional debe añadirse a las ideas, ya señaladas, de afectación al individuo y dañabilidad social.

6.- Sin embargo, lo anterior no basta pues, como se dijo anteriormente, la Constitución no establece cuál haya de ser el mecanismo protector de los bienes que reconoce.