

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

MANUEL ARÁUZ ULLOA

Profesor Adjunto de Derecho Penal
Universidad Centroamericana

I. Planteamiento

En lo que a este primer inciso se refiere, no pretendemos hacer un estudio profundo y detallado de la doctrina general sobre el bien jurídico, pues ello conduciría al desarrollo de esta investigación por derroteros muy alejados de los objetivos planteados, y tampoco haremos aquí ninguna aportación que merezca destacarse, ya que nuestra pretensión se conforma con una exposición sucinta del concepto y las funciones que el bien jurídico desempeña en Derecho penal, basándonos en los planteamientos de LUZÓN PEÑA, que compartimos plenamente.

1. Del concepto general de bien jurídico

Con la expresión bien jurídico o bien jurídicamente protegido se está haciendo referencia, por una parte, a un "objeto valioso"¹ y por ello merecedor de protección jurídica y, por otra, al objeto que efectivamente es protegido o tutelado por el Derecho, de tal manera que –como expone LUZÓN PEÑA– al hablar de bien jurídico puede hacerse desde una doble perspectiva: de *lege ferenda* (perspectiva político-criminal) referida a lo que debería ser protegido o, de *lege lata* (perspectiva del estudio dogmático del Derecho positivo) referida a lo que realmente es protegido jurídicamente².

1 Así, LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 326; MIR PUIG (DP PG, 5.ª, 1998, 136), prefiere la denominación de "cosa valiosa" acogiendo la concepción de Frondizi en el sentido de que "los bienes... son las cosas más el valor que se les ha incorporado".

2 Cfr. LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 325 s.; tb. mencionan esta doble perspectiva del bien jurídico, LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, DP PE, 2.ª, 1996, 249; MIR PUIG, DP PG, 5.ª, 1998, 91 y 134 s.

El surgimiento del concepto de bien jurídico es situado por la doctrina en los trabajos de BIRNBAUM³, en el propio seno del Estado liberal de mediados del siglo XIX. El estudio de BIRNBAUM estaba orientado a romper con la idea (propia de la ilustración y del racionalismo⁴) de que el delito constituía un ataque a derechos subjetivos, fueran estos de carácter natural y anteriores al contrato social, o derechos individuales basados en dicho contrato. En este sentido, BIRNBAUM expresaba que si se quería tratar el delito como lesión, lo esencial era relacionar necesariamente este concepto (lesión) con arreglo a su naturaleza y puesto que lo que se ve lesionado por el delito no son los derechos subjetivos, ya que éstos quedan incólumes, sino un "bien" concreto, sobre él debía basarse el concepto de delito⁵; de esta manera quedaba definido el delito como la puesta en peligro o lesión de un bien (sea de carácter personal o de la colectividad) garantizado en forma igualitaria por el poder estatal, acuñándose así el concepto de bien jurídico⁶. Además de la aportación de BIRNBAUM des-

3 Coinciden en situar aquí el nacimiento del concepto de bien jurídico, entre otros, CUELLO CALÓN, DP PG I, 18.ª, 1980, 301; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Sobre el concepto, 1981, 336; HORMAZÁBAL MALARÉE, Bien Jurídico, 1991, 19 ss.; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Los delitos de peligro, 1993, 5; BERDUGO, Ensayos, 1994, 92 s., 99 s.; POLAINO NAVARRETE, EJB I, 1995, 797; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, DP PG, 18.ª, 1995, 424; CUELLO CONTRERAS, DP PG, 2.ª, 1996, 47; MIR PUIG, DP PG, 5.ª, 1998, 92; OLAIZOLA NOGALES, El delito de cohecho, 1999, 43. En la doctrina alemana, MEZGER, Tratado I, 2.ª, 1946, 383, n. 2 (DP PG, 1989, 155); JESCHECK, Tratado PG, 1981, 350; MAURACH/ZIPE, DP PG I, 1994, 334; ROXIN, DP PG I, 1997, 55.

4 Así, la teoría jusprivatista de Feuerbach (1832), que entendía el delito como la lesión de un derecho subjetivo, de tal manera que donde no hubiera lesión de un "derecho subjetivo", sea del particular o del Estado, no había delito; cfr. HORMAZÁBAL MALARÉE, Bien Jurídico, 1991, 13 ss.

5 Vid. HORMAZÁBAL MALARÉE, Bien Jurídico, 1991, 27 s.

6 Para JESCHECK (Tratado PG, 1981, 350), Birnbaum no veía en el bien jurídico derecho alguno, sino un bien material asegurado por el poder del Estado, que, susceptible de corresponder tanto al particular como a la colectividad, se ideó como vulnerable en sentido naturalístico; para BERDUGO (Ensayos, 1994, 92 s., 99 s.) en cambio, la obra de Birnbaum toma como base la preponderancia de los intereses del individuo en el seno de un Estado liberal y pretendía explicar la legitimación del contenido del Derecho penal basándose en la necesidad de sustituir el derecho subjetivo como elemento nuclear del delito por un concepto más amplio capaz de englobar la totalidad de las relaciones del individuo dentro de la sociedad que por su importancia merecieran la protección del Derecho penal; un concepto que, al mismo tiempo, funcionara como un *límite* de la actividad legislativa, surgiendo de esta manera el concepto de bien jurídico como un elemento orientador de la actividad del Estado (liberal) en relación con el individuo como ente social. Por su parte ROXIN (DP PG I, 1997, 55) considera discutible afirmar que el concepto de bien

tacan en la doctrina como más representativas las posiciones de BINDING y Von LISZT⁷, pues éstas han llevado a perfilar de forma trascendente la concepción del bien jurídico que llega hasta nuestros días. Así, la primera posición *conservadora y positivista* (que tiene su origen en BINDING) considera que bien jurídico es todo objeto (material o inmaterial) que la ley, y concretamente la ley penal a través de los respectivos tipos, considera digno de protección jurídica⁸, con lo cual sólo son bienes jurídicos aquellos que la ley define e incorpora como jurídicamente protegidos ("todo lo que ante los ojos del legislador resulta de valor para la comunidad jurídica, en cuanto condición de una sana existencia de la misma")⁹; frente a ella se sitúa una posición *crítica y reformista* (que arranca con Von LISZT), que sostiene que el bien jurídico es preexistente e independiente de su reconocimiento por el Derecho positivo y consiste en un concreto interés, valor o realidad valiosa de una persona o de la sociedad, importante para la existencia y desenvolvimiento de éstas y que por tal razón merece protección jurídica¹⁰.

El asentamiento de esta última posición (*crítica y reformista*) como teoría mayoritaria trajo como consecuencia –además de importantes garantías– la imposibilidad de reducir o identificar el concepto de bien jurídico con el concepto de

jurídico de Birnbaum, en la época en que surgió, tuviera un contenido liberal y limitador de la punibilidad; en sentido parecido se expresan: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Sobre el concepto, 1981, 336; HORMAZÁBAL MALARÉE, Bien Jurídico, 1991, 32; MAURACH/ZIPF, DP PG I, 1994, 333; tb. OLAIZOLA NOGALES (El delito de cohecho, 1999, 43 s.), para quien ni esta postura (Birnbaum) ni la postura de Binding pretendían atribuir al bien jurídico tal función de límite frente al legislador; sí, en cambio, la posición de Von Liszt (aunque no lo consiguiera).

7 Se refieren a ellas, JESCHECK, Tratado PG, 1981, 350 s.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Sobre el concepto, 1981, 336 s.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Bien Jurídico, 1991, 38 ss y 47 ss.; BERDUGO Ensayos, 1994, 99 s.; POLAINO NAVARRETE, EJB I, 1995, 797; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, DP PG, 18.ª, 1995, 424 s.; CUELLO CONTRERAS, DP PG, 2.ª, 1996, 47 s.; LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 326; MIR PUIG, DP PG, 5.ª, 1998, 136 s.; OLAIZOLA NOGALES, El delito de cohecho, 1999, 43 ss.

8 Vid. LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 326.

9 Así, JESCHECK (Tratado PG, 1981, 350), citando a Binding; con la misma cita HORMAZÁBAL MALARÉE (Bien Jurídico, 1991, 41), que más adelante (47) señala que el aporte de Binding es de una enorme trascendencia en cuanto da base de sustentación a la dogmática penal y a todo el desarrollo del pensamiento penal actual, al haber recuperado y reformulado el olvidado concepto de bien jurídico que en su época colocara Birnbaum como núcleo del injusto; por ello considera que tienen razón quienes defienden que la verdadera historia del bien jurídico comienza con Karl Binding.

10 Cfr. LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 326.

“derecho” o de “derecho subjetivo”¹¹, pues representaba algo más amplio que eso, pudiendo coincidir con derechos reconocidos por el Ordenamiento jurídico en general (incluyendo los establecidos por normas constitucionales) o representar intereses o relaciones individuales o sociales que carentes de una conceptualización estricta como derechos no por ello dejan de ser bienes jurídicos¹². No obstante, el dominio de esta postura (en el devenir evolutivo) se vio interrumpido, primero por una progresiva “espiritualización” del concepto de bien jurídico, en el que, dejando de lado su carácter de interés previo a la norma, se acentuaba más su función de simple medio de interpretación y sistematización, por lo que su carácter limitador se fue diluyendo¹³, y segundo, por el “asentamiento” de la Escuela de Kiel que, de acuerdo con sus postulados nacionalsocialistas, propugnaba instaurar, en lugar de una concepción liberal propia de un Estado de Derecho, una concepción que, negando el valor del bien jurídico como elemento guía en la construcción de los tipos¹⁴, basaba la explicación del delito en lo que MAURACH denominó una “inmaterial contravención al deber” que tampoco pudo imponerse más allá de la duración del régimen nazi¹⁵. Posteriormente, tras el abandono de las corrientes totalitarias en pos de un movimiento internacional de reforma del Derecho penal, a partir de los años cincuenta se optó por un replanteamiento del concepto de bien

11 Pues como señalan COBO/VIVES (DP PG, 5.ª, 1999, 317), –citando a Mezger–, existen “numerosos delitos en los que no es posible la lesión de un derecho subjetivo” y en los que, sin embargo, se lesiona o pone en peligro un bien jurídico; ya que –agregan– el concepto técnico de derecho subjetivo implica que el derecho objetivo se pone, en cierto modo, a disposición de una voluntad o interés particular, constituyendo así un mecanismo de distribución y protección de los bienes jurídicos, pero no necesariamente se identifica con ellos; cfr. MEZGER, Tratado I, 2.ª, 1946, 383 s.

12 Vid. LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 326 s.

13 Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Sobre el concepto, 1981, 337 s.; también lo reseña, OLAIZOLA NOGALES, El delito de cohecho, 1999, 44.

14 Pues al proclamar la renovación de las estructuras jurídico-penales rechazando el dogma del bien jurídico, al optar por un entendimiento del delito basado en la rebelión anímica del autor contra la ley interna de la comunidad, no se trasladaba otra cosa que una visión totalitaria del injusto, así, POLAINO NAVARRETE, EJB I, 1995, 797.

15 Cfr. MAURACH/ZIPF, DP PG 1, 1994, 334; no obstante, OCTAVIO DE TOLEDO (Sobre el concepto, 1981, 338 s.) expresa que los autores de la escuela de Kiel, tras criticar el concepto material de bien jurídico y negarse en un primer momento a su aceptación, propugnando su sustitución por el de “infracción de un deber”, acabarían acogiendo a través de los trabajos de Dahm y Schaffstein, eso sí, refiriéndose a la (fórmula sin contenido) “sana conciencia popular” y a los “valores del pueblo y de la raza”; en el mismo sentido, HORMAZÁBAL MALARÉE, Bien Jurídico, 1991, 68 ss.

jurídico (en una especie de recomposición del equilibrio perdido¹⁶), tratando nuevamente de destacar el contenido material y limitador que –acaso– tenía antes¹⁷. En los últimos tiempos, la discusión en torno al concepto de bien jurídico ha cobrado, si cabe, más importancia, pues el mismo no solamente representa el hilo conductor de los procesos de reforma de la Parte Especial del Derecho penal, sino que, al mismo tiempo, se encuentra directamente relacionado con el concepto material de delito y la posibilidad de realización de los presupuestos político-criminales¹⁸.

Dejando aparte la evolución histórica y centrándonos en el momento actual, han sido variadas las formas de conceptualizar el bien jurídico utilizadas por la doctrina, todas ellas con sus similitudes y diferencias¹⁹. Así, mientras es característica más o menos común el considerar al bien jurídico elemento importante de la convivencia social, los presupuestos que le sirven de base y los objetivos a los que está dirigido presentan distintas direcciones; pues mientras unos centran la atención en el orden social mismo o en los valores que sirven de base para su mantenimiento, otros, en cambio, optan por dar preponderancia al individuo como integrante de un sistema social orientado a la satisfacción de sus necesidades, y otros prefieren derivar el concepto de bien jurídico de las propias normas constitucionales o de los presupuestos mismos del Estado democrático. En definitiva, el concepto de bien jurídico es un terreno en litigio disputado por teorías constitucionalistas y teorías sociológicas²⁰.

Para JESCHECK²¹ p.ej. son bienes jurídicos aquellos intereses de la vida de la comunidad a los que presta protección el Derecho penal, prohibiendo bajo amenaza de pena aquellas acciones que resultan apropiadas para menoscabar de forma especialmente peligrosa los intereses de la vida o de la colectividad; con lo cual el bien jurídico ha de entenderse como *un valor ideal del orden social*

16 CUELLO CONTRERAS, DP PG, 2.ª, 1996, 49.

17 Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Sobre el concepto, 1981, 339; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 268; OLAIZOLA NOGALES, El delito de cohecho, 1999, 44.

18 Así, MAURACH/ZIPE, DP PG I, 1994, 334 s.

19 Sobre las diferentes tendencias cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Sobre el concepto, 1981, 339 ss.; LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 327; tb. ROXIN, DP PG I, 1997, 70 s.

20 Al respecto, cfr. OLAIZOLA NOGALES, El delito de cohecho, 1999, 45.

21 JESCHECK, Tratado PG, 1981, 350.

jurídicamente protegido sobre el que descansa la seguridad, el bienestar y la dignidad de la existencia de la colectividad²². En sentido parecido se expresan COBO/VIVES, para quienes el bien jurídico es *todo valor de la vida humana protegido por el Derecho*²³. MUÑOZ CONDE²⁴, en cambio, prefiere poner el acento en la persona concreta como destinatario de la tutela penal, y por ello entiende preferible la construcción del concepto de bien jurídico atendiendo a una *concepción personalista* del mismo, en la que bienes jurídicos serán *“aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social”*. Para MIR PUIG²⁵, el concepto de bien jurídico debe basarse en el aspecto funcional de los objetos realmente protegidos en atención a su *dimensión social*, traducándose como el conjunto de condiciones necesarias que determinan (o condicionan) las *posibilidades de participación del individuo en los sistemas sociales*²⁶.

22 JESCHECK, Tratado PG, 1981, 351 ss.

23 Vid. COBO/VIVES (DP PG, 5.º, 1999, 319 s.), en donde además aclaran que con el término “valor” no están circunscribiendo el término bien jurídico a su acepción individual y personalista, y tampoco concibiéndolo como derecho subjetivo o individual, sino que más bien pretenden ofrecer una concepción más amplia y compleja que, asistida de planteamientos comunitarios, encaja perfectamente con la idea de valor, toda vez que se comprueba que, junto a los valores individuales, existen otros sociales, comunitarios y públicos, en los que la esencia del bien jurídico no sólo será individual o individualista, sino también social, pública y comunitaria; en sentido parecido CARBONELL MATEU, (DP, 2.º, 1996, 31 ss.), extrayendo la idea de valor propia del concepto de bien jurídico de otros de mayor rango contenidos en preceptos constitucionales, en la medida en que corresponde al Derecho penal la tutela y desarrollo de estos últimos.

24 Vid. MUÑOZ CONDE (en: Muñoz Conde/García Arán, DP PG, 3.º, 1998, 65 y 87), que añade además (67) que la formación del concepto de bien jurídico no debe basarse en una concepción *monista* del mismo, a través de la cual se reconduce la función del Derecho penal a la protección del sistema social en su conjunto y, sólo dentro de él, en segundo plano, al individuo sino que, por el contrario, debe destacarse una *función crítica* de los bienes jurídicos, a través de una *concepción personalista* de los mismos en la medida en que los bienes jurídicos colectivos o universales sólo son legítimos en tanto sirvan al desarrollo personal del individuo (cursivas añadidas).

25 MIR PUIG, DP PG, 5.º, 1998, 137; la misma posición mantenía ya en: Adiciones PG, 1981, 368 s.

26 Cfr. MIR PUIG, DP PG, 5.º, 1998, 137; quien además de reconocer la importante utilidad que puede conceder un concepto que delimite la frontera mínima de lo que puede ser objeto de protección penal, considera que el área de acción más importante del concepto de bien jurídico radica en su *dimensión social* como exigencia propia de un *Estado Social y Democrático de Derecho*; en el mismo sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, DP PG, 2.º, 1986, 76; tb. BUSTOS/HORMAZÁBAL (Lecciones I, 1997, 57 ss.; Lecciones II, 1999, 28) entienden unido el concepto de bien jurídico a los presupuestos del Estado Social y Democrático de Derecho.

En opinión de ROXIN²⁷, el punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución, toda vez que éstos marcan los límites de la potestad punitiva del Estado²⁸, y en consecuencia, los *bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*²⁹. LUZÓN PEÑA, por su parte, prefiere optar por un concepto amplio y general que, lejos de circunscribirse a una sola perspectiva, acoge en su seno aspectos esenciales de las más representativas; para él los bienes jurídicos son el conjunto de *condiciones necesarias para el desarrollo del individuo y de la sociedad*, condiciones que pueden consistir en objetos, materiales o inmateriales, relaciones, intereses o derechos, en cualquier caso, *socialmente valiosos* y por ello dignos de protección jurídica, circunstancia esta última que alcanza también al titu-

27 ROXIN, DP PG I, 1997, 55 s.

28 En la misma línea COBO/VIVES (DP PG, 5.ª, 1999, 325) exponen que el concepto de bien jurídico también puede encontrar su base en normas y principios constitucionales (como las que fundamentan la existencia de un "Estado Social y Democrático de Derecho", basado en los principios de igualdad, justicia y pluralismo político derivado del art. 1 CE), apuntando que un concepto elaborado sobre tales bases estaría en las mejores condiciones para desempeñar la función garantizadora que normalmente se le atribuye, desde el momento en que podría aparecer como concreción de un precepto constitucional, vinculante para el legislador ordinario no sólo ideológicamente, sino también desde la más estricta positividad; en la misma línea, BERDUGO, Ensayos, 1994, 96 ss.; tb. CARBONELL MATEU (DP, 2.ª, 1996, 35), para quien el Derecho penal ha de cumplir una función de tutela y desarrollo de los valores proclamados en la Constitución, de tal manera que sea posible afirmar que detrás de cada precepto penal hay un valor con relevancia constitucional; una exposición sucinta de estas posturas es la elaborada por CUELLO CONTRERAS (DP PG, 2.ª, 1996, 54 s.), añadiendo que la propia exigencia del daño como requisito del bien jurídico a proteger penalmente y la del comportamiento lesivo que estos autores extraen de la Constitución sólo se explica por el hecho de que el bien jurídico y el comportamiento que lo daña han sido extraídos de la realidad social, no de la Constitución; tb. se refiere a las teorías constitucionalistas OLAIZOLA NOGALES, El delito de cohecho, 1999, 45 ss. Una síntesis de las teorías constitucionalistas en Alemania (Sax, Roxin y Rudolphi) e Italia (Bricola, Angioni y Musco) se puede ver en HORMAZÁBAL MALARÉE, Bien Jurídico, 1991, 121 ss.

29 A juicio de ROXIN (DP PG I, 1997, 55 s.), esta definición, al atender a "circunstancias dadas y finalidades" en vez de a "intereses" de modo general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho, como los deberes de cumplimiento de normas creados sólo por el mismo, es decir, que no se limita a la primera alternativa; al mismo tiempo considera (57 s.) que al tratarse de un concepto normativo no por ello debe ser estático, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales está abierto al cambio social y a los progresos del conocimiento científico (entrecomillado en el original).

lar concreto de esas condiciones, es decir, al titular del bien jurídico, que bien puede ser la persona individual, la sociedad o colectividad, la comunidad internacional o el Estado como organización política de la sociedad³⁰.

De los conceptos generales transcritos y de la amplia gama de bienes jurídicos merecedores de protección por el Ordenamiento jurídico es necesario precisar que al Derecho penal le corresponde (en virtud del principio de subsidiariedad o intervención mínima y del carácter fragmentario y de *ultima ratio*) ocuparse de la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a las formas de ataque más reprobables³¹, evitando, en la medida de lo posible, recurrir a la sanción de mandatos puramente formales, o a la protección de valores puramente morales o de intereses no fundamentales que no comprometen seriamente el funcionamiento del sistema social³²; de ahí que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico sólo sea merecedora de pena si previamente (tb. por imperativo del principio de legalidad³³) el legislador penal ha considerado que

30 Cfr. LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 46 s.; EPen, 1991, 58 s.; Curso PG I, 1996, 327; siguiéndole, OLAIZOLA NOGALES, El delito de cohecho, 1999, 38 y 55 s.

31 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 270; LUZÓN PEÑA, Iniciación, 1995, 76; Curso PG I, 1996, 327; MIR PUIG, DP PG, 5.ª, 1998, 89 s.; tb. MUÑOZ CONDE (en: Muñoz Conde/García Arán, DP PG, 3.ª, 1998, 87 ss.), añadiendo que con el principio de intervención mínima se quiere decir que los bienes jurídicos no sólo deben ser protegidos *por* el Derecho penal, sino también *ante* el Derecho penal, en aquellos casos en los que el restablecimiento del Orden jurídico violado pueda alcanzarse recurriendo a las medidas civiles o administrativas, en cuyo caso han de ser éstas las que deban emplearse y no las penales; por otro lado –añade–, el *carácter fragmentario del Derecho penal* se presenta en las legislaciones actuales bajo una triple forma: en primer lugar, defendiendo al bien jurídico sólo contra ataques de especial gravedad; en segundo lugar, tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del Ordenamiento jurídico se estima como antijurídico; y, por último, dejando sin castigo, en principio, las acciones meramente inmorales (cursivas en el original); en este mismo sentido, ROXIN (DP PG I, 1997, 65 ss.), para quien el Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir, que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema –como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.–; OLAIZOLA NOGALES, El delito de cohecho, 1999, 64 ss.

32 Vid. ROXIN, DP PG I, 1997, 56 s., en donde señala que las sanciones de las meras inmorales no protegen bienes jurídicos, como tampoco lo hacen las conminaciones arbitrarias, las normas basadas en finalidades puramente ideológicas o los preceptos que crean o aseguran la desigualdad entre los seres humanos; tb. MIR PUIG, DP PG, 5.ª, 1998, 93.

33 Sobre ello, cfr. LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 81, 131 ss.

dicho bien jurídico es (por su importancia y la gravedad del ataque³⁴) digno de ser protegido por el Derecho penal (bien jurídico-penal según MIR³⁵).

Unido al concepto de bien jurídico se sitúa la distinción entre éste y el objeto material de la acción o del delito³⁶. Así, se parte de que los bienes jurídicos pueden estar basados en una realidad material o inmaterial, en sí valorativamente neutra, que adquiere relevancia y calidad de bien jurídico sólo cuando le es añadida una consideración valorativa, es decir, cuando es entendida como un objeto valioso³⁷, pues –como nos recuerda MIR– aunque la cualidad de bien jurídico puede descansar sobre una cosa corporal, su concepto no se agota en ésta, puesto que requiere algo más que su ser cosa, toda vez que –evocando a FRONDIZI– “los bienes... son las cosas más el valor que se les ha incorporado”³⁸. Bajo esta premisa es posible distinguir la afectación de la cosa en concreto (“objeto material de la acción” –típica– u “objeto material del delito”³⁹) de la afectación a la cosa y al valor que recae sobre la misma (bien jurídico), y así–con un ejemplo de LUZÓN PEÑA–, mientras en el homicidio el objeto de la acción es el cuerpo humano, en concreto un órgano vital del cuerpo, el bien jurídico es la vida como algo individual y socialmente valioso; en los delitos patrimoniales como el hurto, el robo y los daños, el objeto de la acción es una cosa, pero el bien jurídico lo constituyen la propiedad o posesión como derechos reales sobre la cosa⁴⁰. La distinción adquiere mayor trascendencia cuando se ponen en relación la titularidad de la cosa (objeto material o inmaterial) y la titularidad del bien jurídico, pues aunque generalmente ambas cualidades pueden recaer sobre una misma persona (p.ej. en el homicidio, en el que el sujeto pasivo de la acción –titular de la cosa, órgano vital– es también el titular del bien jurídico vida), en otros casos una de esas cualidades pertenece a una persona (u organización) distinta, como sucede en algunos –ya menciona-

34 Así, MUÑOZ CONDE en: Muñoz Conde/García Arán, DP PG, 3.º, 1998, 89.

35 Cfr. MIR PUIG, DP PG, 5.º, 1998, 92, 133 s.; tb. utilizan la denominación “bienes jurídico-penales” OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, DP PG, 2.º, 1986, 76; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 276.

36 Con una exposición de las diferentes acepciones terminológicas (interés, objeto, objeto de la acción u objeto material, objeto jurídico u objeto de protección, objeto de ataque, objeto de bien jurídico, objeto de delito, objeto formal y objeto sustancial), POLAINO NAVARRETE, EJB I, 1995, 796 s.

37 Cfr. LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 328.

38 Vid. MIR PUIG, DP PG, 5.º, 1998, 135 ss.

39 Vid. LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 328.

40 LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 328.

dos- delitos patrimoniales o en los delitos que afectan a bienes jurídicos colectivos, en los que la persona sobre la que recae la acción delictiva (sujeto pasivo de la acción), no es la titular del bien jurídico (sujeto pasivo del delito), ya que tal cualidad recae sobre la sociedad o colectividad^{41 42}.

2. De las funciones del bien jurídico

2.1 Función de límite y orientación del *ius puniendi*

La existencia y precisión de los bienes jurídicos representa para el Derecho penal un conjunto de garantías y funciones que limitan y fundamentan la imposición de una pena por la afectación (lesión o puesta en peligro) de los mismos. La primera de ellas es la *función de límite y orientación del "ius puniendi"*⁴³

41 Así, en el ej. de MIR PUIG (DP PG, 5.ª, 1998, 136), referido al delito de atentado a la Autoridad, agente de la misma o funcionario (arts. 550 ss. CP), en donde el bien jurídico es la seguridad interior del Estado, que carece de substrato empírico, mientras que el objeto de la acción es la persona de la Autoridad, agente o funcionario, sobre la cual recae el delito.

42 En general sobre la distinción entre bien jurídico y objeto material de la acción o del delito, entre otros, en la doctrina alemana, MEZGER, Tratado I, 2.ª, 1946, 387 ss. (DP PG, 1989, 155 s.); JESCHECK, Tratado PG, 1981, 353 s.; MAURACH/ZIPE, DP PG I, 1994, 337 ss.; ROXIN, DP PG I, 1997, 62 s. En la doctrina española, CUELLO CALÓN, DP PG I, 18.ª, 1980, 301; GÓMEZ BENÍTEZ, Teoría, PG, 1984, 195 ss.; ANTÓN ONECA, DP, 2.ª, 1986, 180 s.; SAINZ CANTERO, Lecciones PG, 3.ª, 1990, 485 ss.; LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, DP PE, 2.ª, 1996, 250; LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 316 y 328; MATA Y MARTÍN, Bienes jurídicos intermedios, 1997, 14 ss.; MIR PUIG, DP PG, 5.ª, 1998, 135 s.; COBO/VIVES, DP PG, 5.ª, 1999, 361 ss.

43 Así, MIR PUIG (Adiciones PG, 1981, 369; DP PG, 5.ª, 1998, 137) expone que la idoneidad o no del concepto de bien jurídico para servir de límite al ámbito de lo punible – discutida por un sector de la doctrina española (cfr. Adiciones PG, 1981, 369, n. 2)–, depende del sentido, jurídico-positivo o no, que se confiera a aquel concepto: así en el primer sentido (jurídico-positivo), todo objeto de protección por el Derecho será bien jurídico, por lo que este concepto no puede lógicamente limitar al Derecho. Mas –añade–, si se adopta un concepto “político-criminal” de bien jurídico, que intente designar la clase de bienes que deben importar al Derecho y merecen su protección, su idoneidad limitadora es evidente; de ahí que este segundo planteamiento (que para él es el correcto) presente como ventaja la de ofrecer un criterio material útil para la Política criminal, y ello en un doble sentido: a) como *desideratum* dirigido al legislador (*de lege ferenda*); b) como guía material de la interpretación de los tipos, que puede permitir su restricción (función *de lege lata* de la Política criminal); en la misma línea se sitúa la posición de BUSTOS RAMÍREZ (DP PG, 4.ª, 1994, 250; tb. en BUSTOS/HORMAZÁBAL, Lecciones II, 1999, 34), para quien el concepto de bien jurídico aparece como un *principio garantizador de carácter cognoscitivo*, a través del cual la sociedad y el particular sabe claramente *qué* es lo que se está protegiendo y *por qué*; tb. OLAIZOLA NOGALES (El delito de cohecho, 1999, 39 ss.) se refiere a la función del bien jurídico como límite del *ius puniendi* del Estado, fundamentándolo en el art. 9.2.º de la CE.

a la luz de la cual la facultad o potestad punitiva del Estado (*ius puniendi*) debe requerir la intervención del Derecho penal sólo cuando -en atención al *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos* (de ofensividad o lesividad)- exista la amenaza de una lesión o peligro para concretos bienes jurídicos⁴⁴, amenaza que debe recaer, no sobre cualquier bien jurídico (cuya protección -como se dijo- puede estar encomendada a otras ramas del Ordenamiento), sino sobre bienes jurídico-penales, es decir, aquellos cuya lesión o puesta en peligro es sancionada con pena por el Derecho penal; pero, además de esa función de garantía, el bien jurídico desempeña una *función de orientación* de la potestad punitiva del Estado, al exigir la supresión de tipos penales que realmente no protegen bienes jurídicos (como son los denominados "delitos formales" o de mera "desobediencia"⁴⁵ o aquellos basados en meras inmoralidades⁴⁶) y, a la inversa, la creación de nuevos tipos penales para proteger bienes jurídicos que en ese momento carezcan de tutela penal⁴⁷.

44 Cfr. , ZUGALDÍA ESPINAR Fundamentos, PG, 1993, 234; LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 82; COBO/VIVES, DP PG, 5.º, 1999, 324. No obstante, como ya lo denunciara MIR PUIG (Adiciones PG, 1981, 369, n. 6), algún autor (cfr. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, DP PG, 18.º, 1995, 425) ha llegado a defender que la teoría de que *todo delito es la lesión o puesta en peligro* de un bien jurídico es insostenible a la luz del Derecho positivo, pues es incuestionable que hay numerosas figuras de delito (como los delitos de mera actividad y los de omisión pura) en que no se precisa la concurrencia, ni por lo tanto la demostración, de que se ha producido tal lesión o puesta en peligro para que la acción se reputé punible; más adelante (426) afirma que la conducta antijurídica consiste siempre en la *infracción de un deber impuesto por la ley* (cursivas en el original). En otro orden, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO (DP PG, 2.º, 1986, 77), distinguen entre la forma (lesión o puesta en peligro) y la medida (destrucción o menoscabo producto de la lesión, y puesta concreta o potencial en peligro) de ataque al bien jurídico.

45 Así, LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 328; en sentido parecido, BUSTOS/HORMAZÁBAL, Lecciones II, 1999, 36.

46 Como las recogidas por ROXIN (DP PG I, 1997, 52 y 63) en relación con la legislación alemana hasta el año 1969, que tipificaba, entre otras, la homosexualidad entre adultos, la sodomía, la alcahuetería, la difusión de pornografía, etc., es decir, conductas que siendo realizadas por personas adultas, con acuerdo recíproco y sin molestar a otros, no menoscaban ni "derechos" individuales ni "bienes", pues falta en ellas una real "causalidad lesiva" (citando a Jäger), pudiendo entenderse como infractoras de "conceptos generales" como la moral, pero no como lesiones de bienes jurídicos (entrecomillados en el original).

47 LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 328; en esta misma línea, concretamente, refiriéndose a la teoría de la incriminación/despenalización de conductas, cfr. SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 285 ss.

2.2 Función sistemática

El bien jurídico desempeña también una función sistemática que tiene como ámbito de incidencia la propia legislación penal (sea dentro del Código penal o en otras leyes penales especiales), ofreciendo la posibilidad de sistematizar y clasificar grupos de delitos en atención al bien jurídico que los mismos tratan de proteger; así p.ej. es común encontrar en la mayoría de los Códigos penales grandes bloques de tipos agrupados en atención al bien jurídico: delitos contra la vida, delitos contra la libertad, delitos contra el honor, delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, etc.⁴⁸. Lo mismo ocurre en el seno de las leyes penales especiales, en donde el bien jurídico ofrece un importante criterio de interpretación de los tipos penales en ellas contenidos, atendiendo al bien o interés protegido, o al ataque (lesión o puesta en peligro) que pretenden evitar⁴⁹. No obstante, en ocasiones la interpretación doctrinal recurre a la función sistemática del bien jurídico para demostrar la inapropiada ubicación de ciertos tipos penales cuando éstos se encuentran ubicados en Títulos, Capítulos o Secciones, cuya denominación general no coincide con el bien jurídico concretamente protegido⁵⁰; también a la inversa, puede ocurrir que existan tipos penales cuyo bien

48 Cfr. CUELLO CALÓN, DP PG I, 18.^a, 1980, 301; SAINZ CANTERO, Lecciones PG, 3.^a, 1990, 487; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, DP PG, 18.^a, 1995, 426; LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, DP PE, 2.^a, 1996, 250; LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 168 y 328 s.; MIR PUIG, DP PG, 5.^a, 1998, 137; COBO/VIVES, DP PG, 5.^a, 1999, 321 ss.; OLAIZOLA NOGALES, El delito de cohecho, 1999, 42.

49 Pero, al mismo tiempo, es posible catalogar los bienes jurídicos en atención al titular o titulares del mismo: así p.ej. podemos hablar (con JESCHECK, Tratado PG, 1981, 353) de bienes jurídicos del particular (individuales y altamente personales) y de bienes jurídicos de la colectividad; o como MAURACH/ZIPE, DP PG I, 1994, 336 s., que distinguen entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos o supraindividuales; en el mismo sentido; en la doctrina española, LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, DP PE, 2.^a, 1996, 250; tb. MATA Y MARTÍN, Bienes jurídicos intermedios, 1997, 11 ss.; MUÑOZ CONDE en: Muñoz Conde/García Arán, DP PG, 3.^a, 1998, 65 s.; analizando la problemática de los bienes jurídicos supraindividuales (colectivos), OLAIZOLA NOGALES, El delito de cohecho, 1999, 56 ss.

50 Así ocurría en el ej. manejado por LUZÓN PEÑA (Curso PG I, 1996, 328 s.), referido a que en el delito de incendios el aspecto más importante del bien jurídico afectado no era la propiedad (Tít. XIII, Cap. VIII, arts. 547 ss. CP 1944/1973), sino el riesgo para la seguridad colectiva, con lo que era conveniente que estuviera regulado dentro de este último grupo de delitos tal y como lo hace ahora el CP 1995 (Tít. XVII, Cap. II, arts. 351 ss.); puede incluirse aquí, como un segundo ej., la posición mantenida por QUERALT JIMÉNEZ (DP PE, 3.^a, 1996, 177) en relación con el bien jurídico protegido por el art. 196, en el que por protegerse –según él– la «indemnidad de las personas que integran la comunidad», éste debería estar ubicado dentro de los delitos contra la salud pública y no dentro de los delitos contra las personas.

o bienes jurídicos no puedan precisarse con la simple lectura del precepto, con lo que el recurso a esta función sistemática puede ayudar a precisarlo atendiendo al bloque (Tít., Cap., etc.) de delitos en que se encuentra inserto⁵¹.

2.3 Función interpretativa

Ligado indisolublemente a la interpretación teleológica y valorativa o axiológica de las normas penales, el criterio del bien jurídico desempeña un papel muy importante como guía de interpretación⁵², pues como señala LUZÓN PEÑA, no sólo permite identificar cuál es la finalidad protectora de los diferentes tipos penales, sino que, al mismo tiempo, la determinación del bien o interés jurídicamente protegido permite excluir del ámbito de la tipicidad todas aquellas conductas que pese a lo reprobables que pudieran parecer, o pese a que aparentemente pudieran encajar en el tenor literal de una descripción típica, no lesionen ni pongan en peligro un concreto bien jurídico protegido por el Derecho penal⁵³; sin perder de vista, además, que la función interpretativa del

51 De este recurso se valía un sector de la doctrina para asegurar que el bien jurídico protegido por el art. 489 bis (CP 1944/1973) era la libertad y seguridad de las personas, basándose en el hecho de que el legislador penal de 1951 lo había ubicado dentro de ese Tít. (XII, "Delitos contra la libertad y seguridad") y no en otro (omítemos las citas bibliográficas porque sobre ello volveremos en breve).

52 Cfr. BUSTOS/HORMAZÁBAL, Lecciones I, 1997, 61 s.; tb. MIR PUIG, DP PG, 5.º, 1998, 137; COBO/VIVES (DP PG, 5.º, 1999, 320 ss.), en cambio, prefieren poner el acento en una *función exegética* del bien jurídico en la que su función interpretativa constituye la base o punto de partida de un proceso más amplio (exegético) que pretende encontrar la finalidad objetiva de la norma (*ratio legis*); pero, en cualquier caso, ésta (la *ratio legis*) desempeña un papel secundario en el proceso interpretativo, pues si la base del mismo es el tipo de injusto y éste representa la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, es éste último el que ha de jugar un papel principal; sobre la perspectiva del denominado concepto "metodológico" del bien jurídico basado en la idea del fin de las concretas normas del DP (*ratio legis*) cfr. ROXIN, DP PG I, 1997, 54 s.

53 Así en los ej. expuestos por LUZÓN PEÑA (Curso PG I, 1996, 170 y 329), citando los casos de delito absolutamente imposible o de tentativa irreal o de falsificación de firmas por mero pasatiempo o afán coleccionista, o la donación ocasional de una pequeña cantidad de droga para efectos de consumo, que al no constituir tráfico (por ser gratuita), tampoco es peligrosa (en el sentido requerido por el tipo) para la salud pública; lo mismo sucede según la doctrina mayoritaria en los casos (traídos a colación por MIR PUIG, Adiciones PG, 1981, 369; DP PG, 5.º, 1998, 137 s.;) de intervención quirúrgica *curativa* realizada con éxito y que no da lugar al delito de lesiones, porque no agrede el bien jurídico salud e integridad física en el sentido requerido por el tipo, sino todo lo contrario. Para LUZÓN PEÑA [en: Luzón Peña/Mir Puig (edits.), Causas, 1995, 22 s.; Iniciación, 1995, 119 s.; Curso PG I, 1996, 561 s.], en cambio, la conducta sí que afecta un bien jurídico, lo que pasa es que dicha

bien jurídico posibilita la adecuación de las diferentes formas de interpretación (literal, sistemática, histórica, etc.) a los objetivos político criminales que sirvieron de base a la tipificación del delito en cuestión, permitiendo a su vez la adecuación de la ley a las necesidades y concepciones del presente⁵⁴.

2.4. Función de criterio de medición o determinación de la pena

El bien jurídico también desempeña un importante papel a la hora de determinar la pena imponible al supuesto concreto, cuando una vez demostrado que se cumplen los requisitos del tipo de injusto se procede a la determinación de la pena, pues, como así lo requiere el art. 66. 1.º, además de la valoración de las circunstancias atenuantes y agravantes (con independencia de que concurren o no), los Tribunales individualizarán la pena (su mayor o menor extensión) atendiendo a las circunstancias personales del delincuente y a la "mayor o menor gravedad del hecho"; siendo, en este último caso, indispensable atender tanto a la gravedad del injusto como al grado de culpabilidad, y es ahí, en la determinación de la gravedad del injusto, donde la intensidad y gravedad de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico desempeña su función como criterio de medición o determinación de la pena⁵⁵. Además de ello, el concepto de bien jurídico desempeña una función muy importante en el ámbito legislativo, en donde teniendo en cuenta los principios de humanidad y proporcionalidad con la asistencia además de criterios como el de justicia, oportunidad y utilidad social, el legislador penal tipifica y gradúa las sanciones de las conductas de acuerdo con los límites del merecimiento y necesidad de pena⁵⁶.

afectación o es atípica (por adecuación social) o está justificada (consentimiento o estado de necesidad, según el caso); en el mismo sentido, De VICENTE REMESAL en: Luzón Peña/Mir Puig (dirs.), Cuestiones actuales, 1999, 150 ss. En general, sobre la relevancia del consentimiento en las intervenciones médico-quirúrgicas, vid. JORGE BARREIRO, CPC 16, 1982, 5 ss.

54 LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 169 s., y 329.

55 Cfr. LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 329; MIR PUIG, DP PG, 5.º, 1998, 138.

56 En este sentido MUÑOZ CONDE (en: Muñoz Conde/García Arán, DP PG, 3.º, 1998, 89), afirmando que en un Estado de Derecho sería fundamentalmente injusto castigar un hurto de escasa cuantía con pena de muerte o con veinte años de prisión; igualmente puede ser desaconsejable castigar p.ej. con pena de prisión un comportamiento injusto, como el impago de pensiones al cónyuge o a los hijos, cuando ello puede producir más daño que beneficio a las víctimas; en el mismo sentido, JESCHECK, Tratado PG, 1981, 352; tb. OLAIZOLA NOGALES, El delito de cohecho, 1999, 68 ss.; en general sobre el merecimiento y necesidad de pena cfr. LUZÓN PEÑA, ADPCP 1993, 21-33; Fundamentos, LH-Roxin, 1995, 115-127; Luzón Peña/Mir Puig (edits.), Causas, 1995, 199-213.

3. De la importancia de precisar el bien jurídico

Naturalmente que el bien jurídico no sólo es un elemento esencial en cualquier figura delictiva en cuanto no existen⁵⁷, o no deben existir, tipos penales desprovistos de bien jurídico por la arbitrariedad que esto conlleva⁵⁸, sino que, al mismo tiempo, constituye el criterio rector de las diferentes interpretaciones vertidas en relación con los restantes elementos del delito⁵⁹, por lo que su precisión, sobre todo en el estudio de delitos en particular, es absolutamente necesaria⁶⁰ toda vez que –como lo expresara MAURACH–, la interpretación de la ley penal –y con ella su conocimiento–, sin la directriz que le da la noción del bien jurídico, es simplemente imposible⁶¹.



57 Así, en opinión de JESCHECK (Tratado PG, 1981, 352) generalmente se da una respuesta negativa a la cuestión de si existen tipos penales desprovistos de bien jurídico; en España, entre otros, TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1967, 590.

58 Pues como ha puesto de manifiesto ROXIN (DP PG I, 1997, 56 y 63), seguido por MUÑOZ CONDE (en: Muñoz Conde/García Arán, DP PG, 3.ª, 1998, 90), las conminaciones penales que no protegen bienes jurídicos son nulas por arbitrarias o por infringir el principio de intervención mínima del Derecho penal, aunque en ningún precepto de la Constitución se recoja expresamente este principio.

59 Cfr. JESCHECK, Tratado PG, 1981, 351 s.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Bien Jurídico, 1991, 9; BUSTOS RAMÍREZ, DP PG, 4.ª, 1994, 250 s.

60 Así, COBO/VIVES, DP PG, 5.ª, 1999, 315 (categóricamente, 4.ª, 1996, 292).

61 Cfr. MAURACH/ZIPE, DP PG I, 1994, 339; en el mismo sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO (DP PG, 2.ª, 1986, 77), destacando, además, su función de límite en el momento judicial de aplicación de la norma previosa del tipo.