

BIEN JURÍDICO Y OBJETO PROTEGIBLE

JUAN ANTONIO LASCURAÍN
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN: Los artículos se prologan con introducciones para que el lector se haga una temprana idea de lo que se va a encontrar en las líneas que le esperan. Ya el título suele aspirar a hacer tal función, a veces justificadamente frustrada por intenciones estéticas o por la – dichosa o maldita - ambigüedad semántica de las palabras. Esta ambigüedad se ceba desde luego en la expresión “bien jurídico”, que transmite un concepto no descriptivo, sino teórico¹, para el que existen dos consolidadas y divergentes teorías que pretenden explicar su significado. Es por ello por lo que un artículo que se presente como “Bien jurídico” o como “Teoría del bien jurídico” despertará muy razonables dudas acerca de su contenido: acerca de si es un trabajo de dogmática penal o de política criminal; de si trata de lo que la norma protege, sea o no legítima esta protección, o de lo que la norma puede proteger, esté o no *de facto* protegido.

Por razones semánticas, pero también legales, la expresión “bien jurídico” debería reservarse para el concepto dogmático, para el concepto que transmite lo protegido: para nominar el objeto inmediato de protección de la norma penal. A justificar esta idea y a otros aspectos de la teoría del bien jurídico dedicaré el

¹ Señala CARLOS S. NINO que “bien jurídico” es “un término teórico. Los términos teóricos son aquellos que no hacen referencia directa a ninguna entidad observable. (...) Los términos teóricos no pueden ser entendidos en forma aislada de una teoría que los define implícitamente” (“Consideraciones sobre la dogmática jurídica”, México - UNAM -, 1974, pp. 66 y s.). Advierte posteriormente de que los dogmáticos no perciben que la tarea que realizan es la de estipular un significado para un término, entendiéndola como una búsqueda de la verdadera `naturaleza' o `esencia' de un cierto instituto jurídico, cuyo hallazgo tendrá como resultado habilitar la deducción de principios jurídicos relevantes” (p. 81).

segundo epígrafe de este artículo. El tercero tendrá por contenido un esbozo de la teoría de lo protegible: de lo que puede legítimamente protegerse por vía sancionadora en un Estado democrático. Especial atención requerirán al respecto tres cuestiones que forman parte candente del actual debate político criminal: ¿pueden protegerse los solos sentimientos?; ¿pueden protegerse bienes que no sean directa o indirectamente personales?; ¿pueden protegerse bienes que no sean directa o indirectamente constitucionales?

PALABRAS CLAVE: Bien Jurídico, dogmática penal, política criminal

ABSTRACT: The articles are extended with introductions so the reader can get an early idea of what they would find in the lines ahead. The title already tends to make this function, sometimes justifiably frustrated by aesthetic interests or by – blessed or cursed- semantic ambiguity of words. This ambiguity is fed into the expression of “legal asset” that transmits not a descriptive concept but a theoretic one. For which there are two consolidated and divergent theories that pretend to explain their significance. Therefore, an article that presents itself as “Legal Asset” or as “Theory of the Legal Asset”, will arouse reasonable doubts about its content: whether it is a work of criminal dogmatic or of criminal policy; or if it is of what the law protects, being legitimate or not the protection, or about what the law can protect, whether it is “*de facto*” protected or not.

For semantic reasons and also legal reasons, the expression “legal asset” should be reserved for the dogmatic concept, for the concept that transmits what is protected: to nominate the immediate object of protection of the criminal law. The second chapter of this article is dedicated to justify this idea and other aspects of the theory of the legal asset. In the third chapter an outline of the theory of the protectable will be presented: of what may be protected by punitive ways in a Democratic State. Special attention is required for three aspects that are part of the current political debate: Can the feelings be protected? Can assets that are not directly or indirectly personal be protected? Can assets that are not directly or indirectly constitutional be protected?

KEYWORDS: Legal asset, criminal dogmatic, criminal policy

Fecha de recepción: 10 de octubre de 2012.

Fecha de aprobación: 17 de noviembre de 2012.

I. INTRODUCCIÓN: LO PROTEGIDO; LO PROTEGIBLE

1. Desde prácticamente la generación del concepto, hace más de 150 años, se han conformado en torno al bien jurídico dos teorías del bien jurídico: una de ellas formal, metodológica, dogmática o inmanente al sistema; y otra que se ha catalogado como material, crítica, liberal, político-criminal o trascendente al sistema². No se trata, sin embargo, en realidad, de dos teorías sobre un mismo concepto, sino de dos teorías que definen y desarrollan dos conceptos diferentes pero con un mismo significante ("bien jurídico"). Resulta por ello que no se trata entre ambas corrientes de elegir la mejor teoría del bien jurídico, aquella que sea más útil para entender o para conformar el ordenamiento. De lo que se trata, a la vista de que son teorías sobre objetos distintos, es de distinguir las nominalmente y de evaluarlas, no en función de su imposible comparación, dada su heterogeneidad, sino de su aptitud para alcanzar las funciones que pretenden.

2. La consideración aislada de ambas teorías revela que los dos conceptos que se presentan con el nombre de bien jurídico son conceptos necesarios. Necesitamos, en primer lugar, un concepto que exprese el objeto inmediato de

² Sobre la historia dogmática del concepto de bien jurídico v. los completos estudios de P. SINA, "Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs 'Rechtsgut'", Basilea (Helbing & Lichtenhahn), 1962; K. AMELUNG, "Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft", Francfort (Athenäum), 1972; y POLAINO NAVARRETE, "El bien jurídico en el Derecho penal", Sevilla (Universidad), 1974.

protección de la norma penal para facilitar el conocimiento de la norma y del sistema jurídico-penal, y para proceder a su propia autointegración o recomposición. Y necesitamos también un concepto, otro concepto, que exprese los fines de protección que puede legítimamente perseguir una norma penal y, además de la teoría que explique tal noción, otra teoría que a partir de ciertas pautas valorativas seleccione determinados bienes como valiosos - valga la redundancia, porque si es bien es valioso - y condicione la legitimidad de las normas jurídico-penales a la protección de los mismos. Buscamos ahora un concepto que sirva para la evaluación del sistema y para la orientación de su futura conformación. Si el primer concepto nos va ayudar a entender mejor el ordenamiento que es, el segundo fijará su aportación en el ordenamiento que debe ser. Si el primero es un instrumento para la comprensión del sistema, el segundo lo es para su construcción racional.

3. Es la dualidad de conceptos bajo una misma denominación la que hace que conspicuos teóricos del bien jurídico, que además no distan en exceso en sus concepciones de lo que es y de lo que debe ser el Derecho Penal, afirmen cosas tan antitéticas cómo, por ejemplo, que toda norma penal protege un bien jurídico y que la lesión del mismo constituye la esencia del delito, de un lado, y que toda norma penal debería proteger un bien jurídico y que existe por ello un principio político-criminal de "exclusiva protección de bienes jurídicos", de otro. Curiosa paradoja la que deba ser lo que es necesario. Y es la indiferenciación semántica reseñada, unido a la labilidad, por su carácter altamente abstracto, del concepto dogmático y del concepto político-criminal de bien jurídico, las que hicieron que Welzel afirmara que "(q)uien se ocupa con cierta profundidad del desarrollo del problema del bien jurídico (...) no se libra de una considerable desazón (...). El bien jurídico ha llegado a ser un auténtico proteo que se transforma repentinamente en otra cosa entre las manos que creen sostenerlo con firmeza"³.

Para intentar afrontar esa desazón en esta investigación sobre lo protegido

³ "Studien zum System des Strafrechts", en *ZStW*, 58, 1939, p. 509.

y lo protegible por el Derecho Penal, parto de una diferenciación terminológica. Como a continuación expondré, por razones semánticas, pero también legales – de uso legal del término -, la expresión “bien jurídico” debería reservarse para el concepto dogmático, para el concepto que transmite lo protegido: para nominar el objeto inmediato de protección de la norma penal. A justificar esta idea y a otros aspectos de la teoría del bien jurídico dedicaré el segundo epígrafe de este artículo. El tercero tendrá por contenido un esbozo de la teoría de lo protegible: de lo que puede legítimamente protegerse por vía sancionadora en un Estado democrático. Especial atención requerirán al respecto tres cuestiones que forman parte candente del actual debate político criminal⁴: ¿pueden protegerse los solos sentimientos?; ¿pueden protegerse bienes que no sean directa o indirectamente personales?; ¿pueden protegerse bienes que no sean directa o indirectamente constitucionales?

Como se trata de la función posible de la coacción en un sistema de libertades, la teoría de lo protegible forma parte de la teoría de la proporcionalidad en la intervención estatal sancionadora. Sólo así será también una teoría acerca de lo protegible por el Derecho Penal. Sólo esta inserción permitirá superar las que, según Frisch, son las dos críticas tradicionales a las teorías de lo penalmente protegible (a las teorías político-criminales del bien jurídico, según la terminología más habitual): su desconexión con el resto de ordenamiento y la sobrevaloración de su aportación a la legitimación del Derecho Penal⁵. La concepción del postulado de lesividad (de protección sólo de lo protegible) como el primero de los escalones del juicio de proporcionalidad visualiza tanto que no es éste un análisis

⁴ Para el debate al respecto, v. la obra colectiva (coord. R. Hefendehl, A. von Hirsch, W. Wohlers), “Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?”, Baden – Baden (Nomos), 2003. Existe traducción al castellano (coord. R. Alcácer, M. Martín e I. Ortiz de Urbina): “La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?”, Madrid – Barcelona (Marcial Pons), 2006.

⁵ “Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens”, en AA. VV., “Die Rechtsgutstheorie...”, cit. n. 4, pp. 216 y ss.

penal, sino, en rigor, constitucional, como que el mismo (el tradicionalmente denominado como principio exclusiva protección de bienes jurídicos) es sólo una parte, y no la más conflictiva en su aplicación práctica, de un principio más complejo de legitimación. Sólo esta inserción, y la correlativa inserción en la Constitución, afirmada por el Tribunal Constitucional español⁶, posibilitará la contradicción de la crítica más incisiva a la teoría del bien jurídico como teoría de lo protegible: su falta de vinculación positiva y, con ello, de eficacia práctica. Sólo esta inserción, en fin, y la diferenciación que supone, permitirán desbrozar la cuestión de la lesividad de la conducta de la cuestión de (el resto de) la justificación de su represión penal, cosa que podrá aportar luz a debates tan enconados y confusos como los relativos a la punición de ciertas caricaturas ofensivas o de ciertos supuestos de aborto consentido – por citar dos ejemplos bien distintos –.

Termino mi introducción sintetizándola: las reflexiones que paso a exponer tratan de lo protegido y de lo protegible: de la teoría del bien jurídico como instrumento de expresión y de conocimiento de lo protegido, en primer lugar, y de la teoría de lo protegible como parte de la teoría de la proporcionalidad, en segundo.

II. LO PROTEGIDO: TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

⁶ “Debemos precisar en primer lugar cuál es el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, cuáles son los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma. Esta precisión constituye el *præ* lógico para la determinación de si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas, vulnerador del art. 17.1 CE, al introducir un sacrificio patentemente inidóneo, innecesario o desproporcionado del derecho a la libertad; a la par que permite descartar toda posibilidad de sujeción mínima al principio de proporcionalidad si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes (STC 111/1993, f. j. 9)” (STC 55/1996, f. j. 7; también: SSTC 161/1997, f. j. 10; 136/1999, f. j. 23; AATC 233/2004, f. j. 3; 332/2005, f. j. 4)

4. Creo que el primer paso para construir una teoría mínimamente sólida del bien jurídico es el de diferenciar terminológicamente lo protegido y lo protegible. Sin tal diferenciación léxica nos arriesgamos a un diálogo dogmático o político yermo. En esta tarea distintiva, en esta nominación, considero que debería reservarse la expresión “bien jurídico” para el primero de los conceptos, para “lo protegido”. Ello por razones principalmente semánticas, pues de semántica es de lo que se trata, pero también por argumentos genéticos y legales que corroboran las razones semánticas. Al segundo objeto, a “lo protegible”, cabe referirse precisamente con la locución "objeto protegible" o, si se desea acentuar que el objeto es valioso para quien utiliza la expresión, “bien protegible”.

A) El argumento semántico no exige excesiva explicación. El vocablo "bien" hace referencia al objeto de una valoración positiva⁷ y el adjetivo “jurídico” que le acompaña alude al sujeto y a la forma de dicho juicio⁸. De ahí que cuando hablamos de un objeto que podría ser protegido penalmente no sea adecuado denominarlo “bien jurídico”, porque en realidad es a lo sumo, valga la expresión, un “bien juridicable”. Existe una íntima conexión del significado de la expresión “bien jurídico” con el Derecho positivo, que se constata tanto en su utilización espontánea en un sentido formal como en las dificultades semánticas que ha de superar un contenido material de corte políticocriminal para revestirse de la citada locución.

⁷ Así, G. JAKOBS afirma que "un bien es un estado de cosas positivamente valorado. Se entiende aquí estado de cosas en sentido amplio, de modo que no sólo comprende objetos (corpóreos y otros) sino también situaciones y desarrollos" ("Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen un die Zurechnungslehre", Berlín - Nueva York, Walter de Gruyter, 1991, 2^a ed., p. 35, n. m. 3; p. 39, n. m. 12). En sentido similar ("bien es una realidad valorada por alguien"), E. SCHMIDHÄUSER ("Strafrecht. Allgemeiner Teil.", Tubinga - J. C. B. Mohr-Paul Siebeck -, 1984 - 2^a ed. -, p. 84, n. m. 25).

⁸ "Un bien se convierte en bien jurídico a través del disfrute de una protección jurídica" (JAKOBS, "Strafrecht...", cit. n. 7, p. 39, n. m. 12). En sentido similar, POLAINO NAVARRETE ("El bien jurídico...", cit. n. 2, p. 31).

En efecto: la definición de bien jurídico en clave crítico-material conduce a forzar el significado habitual de las palabras y, salvo especificación previa, hace extraño el uso del concepto en el discurso. Así, en contra del entendimiento común de las palabras, resultará que un objeto de efectiva protección jurídica podrá no ser un bien jurídico – se protege algo que no debería ser protegido - y que existirán bienes jurídicos que no ostentan entre sus características la de ser objeto de efectiva consideración positiva por parte del Derecho – algo que debería ser protegido no se protege -. Sucederá también que existirán delitos sin bien jurídico, incluso en el caso de que la norma de valoración se refiera inequívocamente a un objeto como referencia descriptiva de las conductas no deseadas. Quedará así desmentida la generalizada opinión de que todo delito supone la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico⁹. Como puede observarse la definición material de bien jurídico genera un embrollo lingüístico nada desdeñable e incita a la confusión acerca de la condición jurídica de un objeto del que la misma se desea.

B) Crucial para la determinación acerca de cómo deba utilizarse la expresión “bien jurídico” es el sentido legal de la expresión: que el legislador emplee el concepto de bien jurídico y que lo haga en un sentido formal, como expresión de lo protegido por la norma. No otra consecuencia cabe inferir de la regulación del estado de necesidad en el Código Penal español. Si el artículo 20.5º del exonera de responsabilidad al que “en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber”, siempre que concurren ciertos requisitos, resultarán absurdas las consecuencias a las que conduciría una concepción crítico-material de bien jurídico que parta de un criterio democrático de legitimidad. Si un determinado tipo delictivo sanciona una conducta que desde esta perspectiva se estima inocua o incluso valiosa – por ejemplo: un sujeto resulta sancionado por mantener relaciones homosexuales, o

⁹ "Para la dogmática penal todo delito lesiona un bien jurídico" (C. S. NINO, "Consideraciones...", cit. n. 1, p. 56).

por expresar sus ideas políticas, o por reunirse, o por declararse en huelga - y, por lo tanto, resulta que, desde tal punto de vista, este ciudadano no *lesiona* bien jurídico alguno, que es el presupuesto legal del estado de necesidad, resultará que el mismo no sólo será injustamente sancionado, sino que además se verá privado del posible amparo del estado de necesidad. Cabe alegar desde luego que "infringe un deber", pero no dejaría de ser una curiosa contradicción la de considerar que el objeto de su lesión no alcanza la dignidad jurídica mientras que al mismo tiempo sí lo hace el deber que infringe por lesionarlo o por no preservarlo¹⁰.

¹⁰ El art. 74 del Código Penal español regula el delito continuado del siguiente modo: "1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior [Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas], el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado. 2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas. 3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva".

Si entendemos que la mención del "bien" del apartado 3 lo es, de modo abreviado, a la de "bien jurídico", parece también que el legislador está presuponiendo un concepto formal del mismo. No parece que, cuando introduce la relativa a las "ofensas a bienes eminentemente personales", el legislador haya querido instituir un filtro en manos del juez para la exclusión de las reglas del delito continuado. Sería bastante extraño que el legislador le dijera al juez que revisara en cada caso si la ofensa lo es a un bien merecedor de protección con independencia de lo que dice el Código: de lo que él como legislador considera digno de protección.

C) En relación con el argumento genético en torno a qué significado debe atribuirse al significante “bien jurídico”, no debe ocultarse que la finalidad que se perseguía con la ideación y el desarrollo del concepto de bien jurídico constituye el centro de un enconado debate. A mi juicio, empero, es digna de adhesión la conclusión del documentado estudio de Amelung de que "históricamente el dogma de la protección de bienes jurídicos es un producto del positivismo"¹¹. La preocupación inicial de Birnbaum, reconocido como el introductor del concepto en el análisis jurídico-penal¹², fue la de definir la esencia del delito a través del bien jurídico y de su lesión, en contraposición a las tesis iluministas del delito como infracción de un derecho subjetivo¹³. Por otra parte, la reflexión posterior en torno

¹¹ "Rechtsgüterschutz...", cit. n. 2, p. 5.

¹² Cfr. SINA, "Die Dogmengeschichte...", cit. n. 2, pp. 23, 24; AMELUNG, "Rechtsgüterschutz...", cit. n. 2, p. 50; H.-J. RUDOLPHI, "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico", en *NPP*, 1975, p. 329; C. ROXIN, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", I, Múnich (Beck), 2006 (4ª), p. 16, n. m. 8. Para POLAINO NAVARRETE la teoría de BIRNBAUM "establece con solidez las bases precisas para la configuración técnica del bien jurídico" ("El bien jurídico...", cit. n 2, p. 103), aunque, dado que no hace "empleo lingüístico expreso de la locución bien jurídico" (p. 103; cfr. también SINA, op. ul. cit., p. 23, que indica, sin embargo, que utiliza expresiones equivalentes), no es "rigurosamente exacto" (p. 103, n. 34) atribuir a BIRNBAUM el calificativo de fundador de la teoría del bien jurídico. AMELUNG indica que, aunque Moos señala que la escuela de Christian Wolff conocía ya una teoría penal de protección de bienes, no se ha probado una conexión de la misma con el moderno dogma de la protección de bienes jurídicos ("Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit", en AA. VV. - ed. de Heike Jung, Heinz Müller-Dietz y Ulfrid Neumann -, "Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung", Baden-Baden, Nomos, 1991, p. 269, n. 4).

¹³ Frente a la insuficiente teoría de la lesión de derechos que fuerza el significado del término lesión ("Ueber das Erforderniss einer rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung", en *Archiv des Criminalrechts*, 1834, II, pp. 155 y ss.) y deja fuera del Derecho Penal los delitos contra la religión y la moral (pp. 160 y ss.), que tampoco podrían quedar lógicamente encuadrados dentro de las infracciones de policía (pp. 166 y ss.), BIRNBAUM parece recurrir en la primera parte de su estudio a la lesión de bienes como criterio de definición de la esencia del delito. Posteriormente, sin embargo, se traslada al plano prepositivo (en este sentido, AMELUNG, "Rechtsgüterschutz...", cit. n. 2, pp. 44, 46; SINA estima que "parece seguro que no concibe el concepto 'bien' de un modo puramente formal" - "Die Dogmengeschichte...", cit. n. 2, p. 22 -) del

al bien jurídico se dirigió fundamentalmente a la configuración de un concepto de tipo formal, con funciones exclusivamente intrasistemáticas¹⁴, como lo demostró paradigmáticamente su pervivencia en el período nacionalsocialista¹⁵. Sólo tras la Segunda Guerra Mundial se producen sólidos intentos de dotar de contenido material al bien jurídico y de instrumentar a través del mismo determinadas estrategias político-criminales¹⁶.

5. La denominación "bien jurídico" debe reservarse así para referirse a lo protegido por una norma. Con más precisión y en atención al cumplimiento de las funciones que están en su propia génesis, considero que ha de definirse el bien jurídico como el objeto inmediato de protección de la norma penal.

fundamento del Derecho y del fin del Estado para señalar que la esencia del poder de éste reside en la garantía del igual disfrute de todos los hombres de ciertos bienes que les son dados por naturaleza o que son el resultado de su desarrollo social y de la unión de los ciudadanos (p. 177). Este concepto de bien, material pero muy amplio, echa leña tanto al fuego de los que defienden un origen predominantemente formal del concepto en la pluma de Birnbaum como al de quienes ven en su surgimiento el de un instrumento de una política criminal liberal (v. AMELUNG, "Rechtsgüterschutz...", cit. n. 2, p. 45), pues si bien se delimita su contenido con rasgos que no son puramente formales, también es cierto que la amplitud con que son descritos éstos hace pensar en una pura descripción material genérica consecutiva a la estipulación de una definición formal.

¹⁴ En la obra de BINDING ("Die Normen und ihre Übertretung", I, Utrecht, Scientia Verlag Aalen, 1965 - nueva ed. de la 4ª de Leipzig de 1922 -, pp. 312 y s.) y de SCHWINGE ("Die Einwilligung des Verletzten", I, "Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage", Mannheim - Berlín - Leipzig, J. Bensheimer, 1919; "Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre", Bonn, Ludwig Röhrscheid, 1930). Este autor llega a señalar en esta última obra que "el moderno concepto de bien jurídico se ha despojado de todo su contenido de Derecho natural; improcedente es toda apreciación *de lege ferenda* en torno a él" (p. 59).

¹⁵ Cfr. AMELUNG, "Rechtsgüterschutz...", cit. n. 2, pp. 257 y s.

¹⁶ Por ejemplo, en las obras de AMELUNG ("Rechtsgüterschutz...", cit. n. 2), M. MARX ("Zur Definition des Begriffs `Rechtsgut'", Colonia - Berlín - Bonn - Múnich, Carl Heymanns, 1972), y W. HASSEMER ("Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre", Francfort, Athenäum, 1973).

No sólo resulta relevante la opción por una concepción formal del bien jurídico frente a una concepción material. Tampoco es baladí la elección de una u otra definición formal, que no trata de ser fiel en la descripción de una realidad observable, sino de generar un instrumento útil para la comprensión del sistema jurídico. Se trata de ser funcional, y a ello responde el concepto propuesto desde la perspectiva de las funciones que están en la raíz de la generación del concepto, y que son la inmediata de transmisión sintética del fin primordial de la norma y la mediata de comprensión y autocomposición del sistema a partir de dicha transmisión.

Correctamente conceptualizado, el bien jurídico es capaz de transmitir sintética y fidedignamente lo principalmente protegido por la norma. La norma penal es una directriz coactiva de conducta que, por una parte, aísla conceptualmente un determinado tipo de comportamientos y, por otra, pretende su evitación o su realización a través de la amenaza de la pena y de los diversos efectos – positivos y negativos, en dudosa pero consolidada terminología - que esta despliega en sus destinatarios. El bien jurídico-penal indica sintéticamente la razón principal de la coacción, al expresar el objeto afectado por los comportamientos amenazados y cuya protección es el fin que ha motivado la puesta en marcha del mecanismo instrumental penal. Simultánea e implícitamente expresa el porqué de la consideración de un comportamiento como disvalioso: por su incidencia negativa en la vida social, expresada como pérdida de un determinado valor - desvalor de resultado -, en primer lugar, pero también por las características intrínsecas del comportamiento estimadas asimismo negativas por su relación más o menos directa con dicha pérdida de valor - desvalor de acción -.

El bien jurídico constituye así, en palabras de Amelung, “una mediación comprensible de las representaciones del legislador”¹⁷. En ello radica la esencia de su instrumentalidad: la constatación del sentido primordial de la norma, el bien jurídico de cada norma, servirá mediatamente para entender y delimitar la misma y

¹⁷ "Rechtsgüterschutz...", cit. n. 2, p. 394.

para evaluarla con parámetros de legitimidad. Dicho de otro modo: el bien jurídico es un instrumento que sirve para condensar el aspecto esencial de la lesividad del delito, la razón genética de su tipificación, la finalidad básica de la contundente reacción estatal que surge contra él. Y esta comprensión sintética del desvalor esencial del delito sirve para precisar sus límites, para ponderar la reacción punitiva adecuada al mismo, para evaluar la legitimidad de su tipificación y de su pena¹⁸.

6. La determinación del bien jurídico de la norma nos sirve, en primer lugar, para determinar el elenco de conductas prohibidas tanto en relación con el enunciado legal principal, con el tipo inicial de injusto, como con otras normas, de incriminación o permisivas, con las que aquel enunciado se relaciona. Respecto a esta labor de integración normativa constituye una afirmación ya clásica la de que el bien jurídico es un instrumento de interpretación al que se llega sobre todo, precisamente, tras la interpretación de los enunciados legales que incorporan la norma. La norma penal se gesta a partir de una determinada valoración de la realidad y de su vulnerabilidad. Lo que el Código transmite, obvio es decirlo, no es directamente esa valoración – en ocasiones sí en las exposiciones de motivos o en los títulos a las distintas partes del Código -, sino una norma de comportamiento y la pena asignada a su incumplimiento. El valor inspira la norma, pero al valor llegamos a través de la norma, que todavía será releída a la luz del valor. Así: el bien inspira la norma, en primer lugar; la norma permite conocer el bien que la impulsa, en segundo; y todavía, en tercer lugar, en un viaje de vuelta, es el bien el que precisa los contornos de la norma. La determinación del bien jurídico es así tanto un punto de llegada como un punto de partida en la interpretación de la norma.

El recurso al bien jurídico como criterio de interpretación sirve para seleccionar el significado de las palabras de la norma y para excluir aquellas conductas a las que no les sea imputable la lesión del bien jurídico. En la medida

¹⁸ Al respecto v. también n. 49.

en que el bien jurídico incorpora el fin y la génesis de la norma instrumenta, por una parte, un criterio teleológico de interpretación, y por otra, una vía para alcanzar la pretensión prioritaria de la interpretación, que en un sistema democrático regido por el principio de legalidad es, antes que la de una solución justa, la pretensión de una solución jurídica, de hallazgo de la respuesta legal al conflicto suscitado: antes una pretensión de juridicidad que de justicia¹⁹. *Rectius*: lo que el intérprete, significativamente el juez, ha de pretender en un ordenamiento democrático es encontrar la respuesta jurídica más justa según el criterio de justicia que inspira dicho ordenamiento²⁰. Y qué duda cabe que para averiguar tal respuesta constituye una vía privilegiada la de saber qué quería hacer con la norma su legítimo agente²¹.

Así, el bien jurídico de una norma sirve para dibujar los contornos de la misma allí donde sus palabras lo han dejado borroso. En cada norma, además, el bien jurídico coadyuva a perfilar tanto el momento de la consumación, que habrá de coincidir con su lesión, como el del comienzo de la tentativa, que estará

¹⁹ Como señala R. ALEXI, "la argumentación jurídica se caracteriza por la vinculatoriedad, como quiera que deba determinarse, al Derecho vigente" ("Teoría de la argumentación jurídica", Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 206). N. MACCORMICK defiende la tesis de que el fin de la argumentación jurídica es "la justicia de acuerdo con el Derecho" ("Legal Reasoning and Legal Theory", Oxford, Clarendon Press, 1978, pp. 17, 74, 250).

²⁰ Lo que se pretende del juez es que busque la respuesta más correcta, más razonable, dentro de las posibles respuestas que ofrece el ordenamiento al conflicto y, en ello, dentro de los principios y valores que el ordenamiento profesa. Ello no comporta que dicha respuesta exista como tal, sino que dentro del margen de apertura que ofrece la norma específica, el juez ha de buscar la solución que sea más valiosa a la luz de los valores del ordenamiento jurídico. Como subrayan ALEXI ("Teoría...", cit. n. 19, p. 302) y ALONSO MAS ("La solución justa en las resoluciones administrativas", Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 55 y ss., 67) la idea de la respuesta correcta no es un punto de llegada, sino un punto de partida.

²¹ ALEXI sostiene en una de sus reglas de argumentación que "los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse motivos racionales que concedan prioridad a otros argumentos" ("Teoría...", cit. n. 19, p. 239).

relacionado con la “inmediata puesta en peligro del bien jurídico”²². Debe destacarse también la aportación del bien jurídico a la comprensión del daño producido por la conducta típica y, en relación con él, y con la delimitación del sujeto pasivo del delito – también mediada por el bien jurídico en cuanto que el sujeto pasivo es el titular de éste -, su contribución a la determinación de si son uno o varios los delitos cometidos por la misma o varias conductas típicas²³, y, en su caso, por disposición expresa del legislador, si quedan excluidas *a limine* las reglas del delito continuado por no ser eminentemente personales los bienes jurídicos afectados (art. 74.3 del Código Penal español).

Más allá, el bien jurídico va a contribuir a la determinación de las fronteras de una norma penal instrumentando la reflexión acerca de su relación con otras normas con las que en principio parece competir para calificar un determinado supuesto de hecho. Para el análisis de la intervención o el desplazamiento de una norma penal por la retirada o la aplicación preferente de otra y, en ello, para la utilización de las reglas que rigen el concurso aparente de normas y para la comprensión de las diferentes relaciones que las mismas presuponen – inclusión, exclusión, coincidencia parcial no incluyente -, podrá jugar un importante papel la determinación de los bienes jurídicos protegidos y de las relaciones entre ellos. A falta de una diferencia relevante en las modalidades de ataque, la resolución de la concurrencia de normas podrá producirse a partir del hecho de que el bien jurídico

²² MIR PUIG, "Derecho penal. Parte general", Barcelona (Ed. Reppertor), 2004 (7^a), p. 347, n. m. 58).

²³ Así, a modo de ejemplo, a los efectos del delito contra la seguridad de los trabajadores (art. 316 del Código Penal español: “Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”), será irrelevante para la unidad delictiva el que sean varios los trabajadores puestos irregularmente en peligro por una misma conducta del sujeto activo (v. LASCURAIN SÁNCHEZ, “La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo”, Madrid, Civitas, 1994, pp. 112 y ss.).

de una de ellas no sea más que una especificación del bien jurídico de la otra, de que la lesión de uno de los objetos de protección presuponga la lesión del otro, o a partir del valor desproporcionadamente superior de uno de los bienes jurídicos, que convierte en comparativamente irrelevante la lesión del otro.

El bien jurídico muestra también su utilidad en la delimitación del área de lo penalmente prohibido como instrumento de análisis en la aplicación de las normas de permisión. Si, como expone convincentemente Molina Fernández, tales normas están inspiradas en el criterio del interés preponderante, de modo que la razón por la que se permite una conducta inicialmente típica y definitivamente lesiva de un bien jurídico es la de que la misma procura la preservación de unos intereses que el ordenamiento considera prevalentes, va de suyo la utilidad para tal ponderación de un concepto que trata de condensar los efectos positivos y negativos de un comportamiento en la realidad social²⁴. De un modo paralelo al análisis de proporcionalidad de las normas penales – de si las mismas protegen un interés legítimo de un modo cualitativamente idóneo, comparativamente mínimo y globalmente ventajoso – en todas las causas de justificación se trata de comprobar que la lesión del bien jurídico imputable al agente no resulta objetivamente indeseable porque era la manera eficaz menos lesiva de salvaguardar unos intereses prevalentes. Y de modo paralelo al análisis de proporcionalidad de las normas no se trata de ponderar sólo sus ventajas e inconvenientes más notorios, constituidos en aquel análisis por el bien jurídico y por la pena, sino de realizar una completa ponderación que atienda a “la valoración atenta del peligro, la presencia de efectos colaterales, la existencia de

²⁴ De hecho se utiliza el concepto en la expresión de la idea: “las situaciones en las que operan las causas de justificación son situaciones de conflicto, más o menos complejo, de intereses que pueden gráficamente representarse como los dos platos de una balanza en la que se situarían en un lado las ventajas – salvación de bienes jurídicos – y en otra las desventajas – lesión de bienes – de la acción” (MOLINA FERNÁNDEZ, “El estado de necesidad como ley general. Aproximación a un sistema de causas de justificación”, en *RDPC*, pp. 210 y s.).

derechos y obligaciones especiales, etc.”²⁵.

Esta ponderación es especialmente visible en el estado de necesidad²⁶, pero también en la justificación por el cumplimiento de un deber o por el ejercicio legítimo de un derecho, en los que o bien el deber y el derecho presuponen una ponderación previa que legitima en todo caso su ejercicio, o bien deben someterse a un nuevo balance de utilidad en relación con los intereses que el ordenamiento considera valiosos. No otro esquema de razonamiento es el que subyace a la legítima defensa y al consentimiento. Si la legítima defensa es valiosa es porque es una acción necesaria de preservación de ciertos bienes de la manera globalmente ventajosa que procura la reacción frente al agresor injusto, con la preservación del ordenamiento y el efecto preventivo que ello supone²⁷. Lo que supone el consentimiento como exención de responsabilidad penal, en fin, es, bien que no se lesionó interés alguno, bien que se estima prevalerte la autonomía de la persona que consiente sobre el valor del bien consentidamente lesionado. Lo primero sucederá cuando el bien jurídico no estaba constituido por una realidad objetiva, sino por el ejercicio de unas facultades sobre la misma que no se lesionan, sino que se desarrollan al consentir la conducta ajena²⁸.

²⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, “El estado de necesidad...”, cit. n.24, p. 222.

²⁶ Respecto a la funcionalidad del bien jurídico en relación con la explicación del estado de necesidad, cfr., por ejemplo, NINO, “Consideraciones...”, cit. n. 1, pp. 70 y s.

²⁷ Como señala MOLINA FERNÁNDEZ, “también la reafirmación del derecho frente a agresiones ilícitas es un interés a ponderar en el conflicto, interés que, sumado al de la protección de los bienes del amenazado, forman un conjunto cuyo valor supera, según el derecho, al valor de los bienes del agresor que se lesionan mediante la defensa racionalmente necesaria” (“El estado de necesidad...”, cit. n.24, p. 217; también, pp. 229 y ss).

²⁸ La naturaleza dual del consentimiento es hoy mayoritariamente reconocida, lo que “permite a la vez afirmar que el consentimiento representa en ocasiones una ausencia de interés y en otras un interés en conflicto a ponderar con otros. En el primer caso el consentimiento (...) no opera como regla de justificación, sino de atipicidad – en otros términos, no es un presupuesto negativo de la prohibición, sino que directamente excluye la existencia de una acción lesiva (...) -. En el segundo no tiene que ver con el principio de ausencia de interés,

Con independencia, en fin, de la mayor o menor precisión del fundamento de cada causa de justificación, lo que sí deseo destacar, ahora de cara a la defensa de la utilidad del concepto de bien jurídico para la comprensión y para la aplicación de las mismas, es que subyace siempre a dicho fundamento una determinación y ponderación de intereses cuya realización queda facilitada con el recurso al bien jurídico. Como señala Molina Fernández, “la necesidad de crear reglas de justificación sólo surge cuando existen acciones que tienen un efecto dual y de sentido opuesto: por un lado lesionan bienes jurídicos, pero por otro los salvaguardan, sin que sea posible prescindir en el caso concreto de uno de estos dos efectos (...). Las normas de conducta debe formularse prohibiendo, no acciones que provoquen las lesiones de bienes jurídicos *simpliciter*, sino acciones que provoquen un saldo negativo en el conjunto de los intereses afectados”²⁹.

7. La función de exposición y síntesis que desempeña el bien jurídico no sirve sólo a fines interpretativos. La segunda gran utilidad del concepto es la de facilitar el juicio de coherencia de la realidad protegida con los valores del sistema: conocer si lo protegido es legítimamente protegible. Junto a la función interpretativa es quizás la principal del bien jurídico la de mostrar el fin de protección de la norma para que se pueda cuestionar su justificación a través del principio de proporcionalidad.

Su utilidad en esta función crítica es parcial, porque parcial es su función expositiva. El bien jurídico transmite cierta información fundamental sobre la norma pero no constituye toda la norma (A) ni su protección agota toda la finalidad de la norma (B). El bien jurídico, sí, expresa el origen y el fin primordial de las

sino con la ponderación de intereses en conflicto: por un lado el bien al que se renuncia que tiene valor en sí, y por otro la voluntad del titular que prepondera en el caso concreto” (MOLINA FERNÁNDEZ, “El estado de necesidad...”, cit. n. 24, p. 209).

²⁹ “El estado de necesidad...”, cit. n. 24, p. 208.

normas penales³⁰. No menos, pero tampoco más.

A) Que un bien sea un bien jurídico-penal no significa que todo proceso de deterioro o menoscabo del mismo sea un delito³¹. Fijado el objeto de protección, el agente normativo seleccionará aquellos procesos que pueden y deben ser prevenidos con la norma, lo que le llevará a rechazar, en virtud de los propios valores sociales que informan la formación de la norma, dicho ahora sin mayores matices, los acontecimientos que no constituyan conductas humanas voluntarias; las conductas humanas voluntarias que, aún dañinas para un bien jurídico, sean globalmente valiosas por los beneficios sociales que generan; y las conductas humanas voluntarias y dañinas que no obstante no se estime eficaz o justo penar porque no respondan a un normal ejercicio de la autonomía personal: porque por las características del sujeto, por sus conocimientos o por otras circunstancias se considere como relevante la dificultad del emprendimiento de una conducta inocua alternativa.

B) Tampoco la protección del bien jurídico agota la finalidad de la norma. La norma penal no se crea sólo para proteger un bien a través de la evitación futura de ciertos comportamientos humanos que atentan contra dicho bien. La norma penal, con su poder, con su ropaje institucional, con la maquinaria pública que la hace valer, genera también, en primer lugar, un espacio de confianza que facilita el desarrollo de la personalidad de los ciudadanos. En el caso de los bienes individuales ese espacio está íntimamente vinculado al propio bien jurídico y a las posibilidades de desarrollo vital que están en su base.³². Asimismo debe

³⁰ Su “eje material” (*Angelpunkt*), según R. HEFENDEHL (“Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, en AA. VV., “Die Rechtsgutstheorie...”, cit., p. 132).

³¹ V. en sentido similar, VON HIRSCH, “Der Rechtsgutsbegriff un das `Harm Priciple’”, en AA. VV., “Die Rechtsgutstheorie...”, cit., p. 20; ALCÁCER GUIRAO, “¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?”, Barcelona (Atelier), 2003, p. 113.

³² CARRARA hablaba del “daño intelectual” del delito, que consiste en que “por una ofensa causada a la seguridad de uno solo, todos los demás sufran por la

apuntarse, en segundo lugar, la finalidad de la norma de protección de otros bienes jurídicos, y entre ellos los del propio agresor, a través de la disuasión de las reacciones violentas que puede provocar el propio delito. La institucionalización de un sistema racional y fiable de represión del delito frena otras reacciones menos racionales en su dirección y en su intensidad, y procura así la protección de bienes del autor del delito y de terceros: más y antes que las propias normas penales que tipifican el correspondiente comportamiento de reacción. Con el linchamiento se termina antes a través de una alternativa pública eficaz que a través de la amenaza de pena para los linchadores.

Ilustrado lo anterior con un ejemplo hipotético. Si en un determinado entorno social no estuvieran penadas las agresiones sexuales, no sólo sucedería que se producirían más, sino también que los ciudadanos se sentirían inseguros, desconfiados, en el establecimiento de relaciones interpersonales y limitarían así su libertad, el desarrollo de su personalidad: muchas personas tenderían a no salir a la calle, o a no salir solas, a tomar medidas de seguridad extraordinarias y costosas, a restringir sus contactos afectivos. Y sucedería además, la sociedad asistiría a violentas reacciones informales contra los agresores o contra los sospechosos de agresión, reacciones probablemente desmesuradas o injustas.

Los fines anteriores de la norma pueden organizarse como un trípode: la

disminución de la confianza en la propia seguridad” (“Programma del Corso di Diritto Criminale. Parte generale”, I, 1924, 11ª ed., §§ 118 y s., 619 y 621). Señala ALCÁCER GUIRAO, “la lesividad del delito, incluso la de los que atentan contra bienes personales, no se agota en el menoscabo de la esfera de libertad del ciudadano, sino que conlleva también una ulterior – y dependiente de la primera – afección intersubjetiva, consistente en un menoscabo de la seguridad, de la confianza en el respeto de las normas, que debe ser tenida en cuenta a la hora de configurar el merecimiento y necesidad de la pena del hecho punible”. (“¿Lesión de bien jurídico...” cit. n. 31, p. 94. Añade posteriormente que, “junto a los bienes jurídicos, condición de la libertad del ciudadano en sociedad es también la misma expectativa de seguridad de que esos mismos intereses no habrán de verse lesionados por terceras personas (...). Sólo esa seguridad permite un trato pacífico con sus propios intereses, sin el permanente temor a ver vulnerada su esfera de libertad” (p. 122).

protección de bienes jurídicos, la generación de libertad en el disfrute de los bienes jurídicos, y la evitación de la venganza que podría subseguir al delito (la protección de bienes jurídicos frente a la reacción de quien ve lesionados los suyos o los de otros). Más fidedigna resulta la descripción de estos fines como uno principal y dos derivados. Lo que la norma penal pretende es evitar el daño a los bienes jurídicos y evitar los daños subsiguientes a la lesión de bienes jurídicos: la restricción de las facultades en las que los mismos pueden consistir y la represión de nuevos atentados a bienes jurídicos consecuentes al que la norma tipifica como prohibido³³.

8. La correcta comprensión del concepto de bien jurídico que se propone requiere que nos detengamos en dos de los rasgos que sustentan su funcionalidad: en su formalidad y en el elemento de inmediatez que incorpora a su definición. El concepto de bien jurídico es un concepto útil porque es un concepto formal y porque expresa, no la finalidad de protección última de la norma, sino el objeto inmediato de protección.

Comienzo por el rasgo de la inmediatez y comienzo con algún ejemplo. El tipo que describe la denegación al sometimiento a las pruebas de alcoholemia (art. 383 del Código Penal español: “El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas,

³³ Para ALCÁCER GUIRAO entre el fin de protección de bienes jurídicos y el fin de protección de la seguridad respecto a tales intereses “existirá, en principio, una relación de reciprocidad funcional, en la medida en que la protección de los bienes jurídicos conllevará en sí mismo un refuerzo de la confianza del ciudadano en el respeto generalizado de las normas. La satisfacción del primero, entonces, conllevará *eo ipso* la del segundo. Ello es una primera razón para (...) situar en un rango axiológico superior la protección de bienes jurídicos. Pero hay otra: si bien esa seguridad cognitiva será un factor relevante de cara al aumento de la libertad del ciudadano, lo fundamental para sus intereses será, en todo caso, la efectiva protección de bienes jurídicos: una seguridad material, y no sólo cognitiva, siendo ésta un mero espejismo simbólico – y condenado a la defraudación – sin el efectivo aseguramiento de la indemnidad de los primeros” (“¿Lesión de bien jurídico...” cit. n. 31, cit., p. 122).

estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con la penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años”) es un tipo que protege la autoridad, la conducción sobria, la seguridad de la vida y la integridad física de las personas, la vida y la integridad física de las personas, y la dignidad de las personas en cuanto comprensiva de su derecho a la vida y a la integridad física. El tipo de defraudación a la Hacienda Pública (art. 305.1 del Código Penal español) protege la Hacienda, protege las funciones estatales que posibilita la recaudación tributaria, protege a los ciudadanos beneficiarios de esas funciones estatales, protege el Estado y, singularmente quizás, protege al Estado como Estado social.

Lo que el rasgo de inmediatez del bien jurídico procura es que se considere que los bienes jurídicos de estos dos tipos penales son sólo, respectivamente, la autoridad - la autoridad en el ámbito del tráfico rodado frente a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas - y la Hacienda Pública. Y no más. El bien jurídico selecciona así entre los distintos objetos que pueden quedar simultáneamente amparados por la norma en una misma línea de protección, aquél cuya incolumidad centra el sentido de la norma y merece la atención incondicional del legislador penal. Esto es importante no sólo para la indagación del bien jurídico-penal de los delitos de peligro, que es la seguridad de otro bien, pero no este bien mismo, sino para el estudio de tantos delitos que protegen objetos que en mayor o menor medida sirven instrumentalmente a las necesidades esenciales de la persona.

Si lo que pretende el concepto de bien jurídico es instrumentar la captación de cierta especificidad de la norma relativa a su finalidad, para recomponer la norma o para evaluarla, su utilidad se empieza a desvanecer si lo que transmite es una finalidad ulterior – más inespecífica cuanto más ulterior – en la que convergen distintas normas con distintas estrategias o relativas a distintos ámbitos de la actividad humana. No es sólo que el concepto final de bien jurídico sea más

impreciso - ¿cuán final es el objeto de protección? – sino que nos ofrece una información más imprecisa para las funciones que persigue el concepto. En el camino de lo inmediato a lo final en el objeto de protección perdemos rasgos relevantes para aquellas funciones de comprensión, reajuste y legitimación que impulsaron la generación del concepto de bien jurídico.

Muestra de ello son las consecuencias que tiene la utilización de un concepto final de bien jurídico para el análisis de legitimidad de la norma. La pérdida de especificidad en la transmisión de lo que se protege resta gran parte de su instrumentalidad al concepto en este ámbito. La pérdida del elemento de inmediatez hace que el bien jurídico deje de designar lo que la norma protege y pase a comprender, sólo o también, lo que la norma penal pretende proteger a través de lo que en realidad protege. Obsérvese que hasta los delitos de peligro menos grave y los delitos de peligro presunto podrían aferrarse a un bien jurídico de especial trascendencia para adquirir legitimación. No se entiende, por otra parte, por qué sólo los delitos de peligro despiertan el afán de acercar el bien jurídico penalmente protegido a los intereses individuales y, por lo tanto, la necesidad de indagar más allá del objeto inmediato de protección para el hallazgo de aquél, y no alientan dicha inquietud otros delitos, en los que se reconoce sin más que el bien jurídico es la libertad de competencia, la libertad de precios, el poder ordenador de la Administración en materia de precios, el modelo económico, la seguridad del tráfico mercantil, la solidaridad, la economía nacional o el erario público.

La segunda razón que avala un concepto de bien jurídico referido en exclusiva a la protección inmediata es de corte legal, atinente a la utilización del concepto en el Código Penal español: se refiere a las consecuencias aplicativas de la alternativa en la apreciación del estado de necesidad y del delito continuado, para cuyas regulaciones se vale el legislador de los términos "bien jurídico" y "bien", respectivamente. Si se concibe que el bien jurídico en los delitos de peligro es el bien cuya seguridad se lesiona - por ejemplo, la vida o la integridad física de

las personas - o en otros delitos el bien final cuyo bien instrumental se lesiona, resultará entonces que el estado de necesidad devendrá inaplicable al comportamiento típico peligroso, pues éste no "lesionaría el bien jurídico". Piénsese en el ejemplo de quien conduce temerariamente para llevar a un herido grave al hospital. La exención que procura el art. 20.5ª del Código Penal español sería aquí inaplicable porque no se habría lesionado el bien jurídico del artículo 380.1 ("El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas"), que sería la vida, la integridad física o la salud del de las personas.

Asimismo, de seguirse el concepto propuesto, se ampliaría la exclusión de las reglas del delito continuado para los delitos contra bienes eminentemente personales mucho más allá de lo que parecía pretender el legislador, incluyendo en la excepción, por ejemplo, los delitos de peligro u otros que atacan bienes o instituciones instrumentales: ¿por qué no considerar el patrimonio – o la Hacienda Pública - un bien eminentemente personal?; ¿por que no entender que el patrimonio personal – o el público - no es un sino, al menos en parte, medio para la alimentación, para la sanidad, para la cultura?

9. Cuando afirmo que el concepto de bien jurídico que se propone es un concepto formal pretendo reseñar que el mismo tiene por contenido una característica puramente externa del objeto referido: la de ser objeto de protección a través de la pena. Debe de nuevo recordarse que en tal formalidad reside la base de la utilidad perseguida de facilitar el conocimiento de la norma, de cada norma, a través de un rasgo principal a la vez genético y final, con independencia de la calificación que pueda merecer la misma desde una perspectiva de calidad. El bien jurídico señala lo que protege la norma que es y nada dice acerca de si es buena tal protección, de si debe pervivir la norma³⁴.

Si se quiere avanzar en la identificación de los bienes jurídicos a través de

³⁴ V. infra punto 10.C.

la adición de nuevos rasgos³⁵, ello sólo es posible – sólo es consistente con la definición y con la funcionalidad del concepto – como derivación de características implícitas en la definición y en la teoría que la sustenta. Debe advertirse que esta operación de desarrollo definicional es escasamente útil y relevantemente peligrosa. Es poco útil, porque lo único importante del bien jurídico es que es un objeto – así, con tal genericidad – de protección. Es arriesgada, porque cualquier avance hacia algún rasgo material común de dichos objetos puede ser útil para la comprensión del sentido del sistema penal, pero puede convertirse en un misil en la línea de flotación del concepto, que sustenta su utilidad en su formalidad. Los pasos materiales pueden revertir en contra del concepto, pues podrá suceder que

³⁵ El bien jurídico se ha definido como "situación o estado de cosas positivamente valorado" (JAKOBS, "Strafrecht...", cit. n. 7, p. 39, n. m. 12), "valor" (H. JÄGER, "Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten", Stuttgart, Ferdinand Enke, 1957, p. 15; E. J. LAMPE, "Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis", en AA. VV., "Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag", Berlín - Nueva York, Walter de Gruyter, 1974, pp. 151 y ss.; H.-H. JESCHECK y T. WEIGEND, "Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil", Berlín, Duncker & Humblot, 1996, 5^a ed., p. 232; T. LENCKNER, en Schönke-Schröder, "Strafgesetzbuch. Kommentar", Múnich, Beck, 2006, 27^a ed., n. m. 9 previo al § 13), "objeto en su relación con la persona" (M. MARX, "Zur Definition...", cit. n. 16, p. 67), "posibilidad de participación" (R. P. CALLIESS, "Theorie der Strafe in demokratischen und sozialen Rechtsstaat", Francfort, Fischer, 1974, pp. 143 y ss.; MIR PUIG, "Objeto del delito", Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix, t. XVII, 1982, p. 770), "interés" (F. VON LISZT, "Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft", en *ZStW*, 1888, pp. 133 y ss.; K. TIEDEMANN, "Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht", Tubinga, J. C. B. Mohr-Paul Siebeck, 1969, p. 115; W. HASSEMER, "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", en *DP*, 46/47, 1989, p. 282; G. STRATENWERTH, "Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat", Colonia - Berlín - Bonn – Múnich, Carl Heymanns, 2004, 5^a ed., p. 26, nn. mm. 7 y 8), "unidad de función valiosa" (H. OTTO, "Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand", en AA. VV. - ed. H. Müller-Dietz -, "Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik", Colonia - Berlín - Bonn – Múnich, Carl Heymanns, 1971, p. 8; H. J. RUDOLPHI, "Los diferentes aspectos...", cit. n. 12, pp. 342 y ss.), "relación social concreta" (H. HORMAZÁBAL, "Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal", Barcelona, PPU, 1991, p. 152), "recurso" (VON HIRSCH, "Der Rechtsgutsbegriff...", cit. n. 31, p. 16), "condición mínima de convivencia social" (LUZÓN PEÑA, "Alcance y función del Derecho penal", en *ADPCP*, 1989, p. 32; dichas condiciones "pueden consistir en estados, circunstancias, intereses, valores, relaciones, etc.").

haya objetos de protección penal que escapen a dicho rasgo. Es por ello por lo que los desarrollos de la definición deben adquirir una de las dos siguientes cautelas. O ceñirse a la derivación de rasgos implícitos en la definición formal del concepto, o especificar que se trata de rasgos no definicionales: que suelen concurrir en los bienes jurídicos pero que podrían dejar de hacerlo

En la primera de las dos líneas de cautela avanzadas cabe señalar que, a partir de la definición del bien jurídico-penal como el objeto inmediato de protección de la norma penal y de la consideración de ésta como una regla de conducta no puramente caprichosa, sino consecuente a una valoración, puede colegirse que la conducta contemplada por la norma como posiblemente delictiva es, desde su perspectiva, una conducta disvaliosa y que el rasgo común de los objetos cuya protección fundamenta la tipificación tiene que estar constituido por la posesión de alguna propiedad valiosa que el ordenamiento desea mantener o producir. De ahí que la lesividad de una conducta consista precisamente en el empeoramiento - o, en ciertos casos, en la no evitación del empeoramiento, o incluso en el no mejoramiento - de la realidad desde una determinada perspectiva axiológica³⁶. Y de ahí que podamos ampliar la caracterización del bien jurídico-penal como una realidad en cuanto portadora de una propiedad valiosa, según el criterio de valoración del ordenamiento jurídico-penal. Kindhäuser ha descrito, en este sentido, la lesión de un bien como la manipulación de una realidad portadora de valor, a la que se atribuye una propiedad valiosa relevante, de modo que a la vista de dicha propiedad aquella realidad quede disminuida en su valor³⁷.

³⁶ Y que sea cierto que el cometido del Derecho Penal sea “garantizar la permanencia de aquello que tiene valor para la moralidad que se toma como base” (W. KARGL, “Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena”, en AA.VV., “La insostenible situación del Derecho Penal”, Granada, Comares, 2000, p. 56). Así, “las modalidades de conducta que interesan son ante todo dañosas porque con ellas se lesiona la moralidad jurídico-penal, esto es, la pretensión de valor de los `bienes jurídicos´ simbolizada en las normas” (p. 59).

³⁷ “Gefährdung als Straftat”, Francfort (Klostermann), 1989, p. 144. Si el bien es una propiedad valiosa de un derecho o de una norma, continúa este autor, su

El uso habitual del lenguaje parece confirmar la adscripción al bien jurídico de la característica de constituir una realidad en cuanto portadora de una propiedad valiosa. Términos como "libertad", "honor" o "propiedad" son cotidianamente utilizados para hacer referencia a bienes jurídico-penales. Parece patente, sin embargo, que estos sustantivos no designan realidades concretas portadoras de alguna característica valiosa, sino lo que tienen en común múltiples realidades concretas en cuanto portadoras de una propiedad relevantemente valiosa: designan, pues, la propiedad misma³⁸. Debe recordarse, sin embargo, de nuevo con Kindhäuser, que la necesaria utilización de nombres abstractos para la denominación de los bienes jurídico-penales, pues de comprender los múltiples objetos amenazados por un cierto tipo de conducta se trata³⁹, no debe inducir a la comprensión de que el objeto de protección está constituido por entidades ideales⁴⁰ o por la valoración misma⁴¹. Objeto de protección de las normas penales no son meras abstracciones, sino concretas propiedades de concretas realidades

lesión se produce cuando disminuye su valor en relación con dicha propiedad. Si el bien es una propiedad del hombre, la lesión podrá consistir en una influencia sobre su organismo o sobre su psique cuando la propiedad se refiera a su esencia vital, y en el menoscabo de sus derechos cuando la propiedad se refiera a su condición de persona (p. 145). La protección de los bienes que consistan en propiedades naturales supone así la protección de su existencia; la de los que consisten en propiedades normativas o convencionales, la de su vigencia fáctica (pp. 143 y ss.).

³⁸ Cfr. KINDHÄUSER, "Gefährdung...", cit. n. 37, pp. 138 y s. E. MARQUARDT indica gráficamente que los bienes son portadores de valor ("Valor y bien jurídico", en "Temas básicos de Derecho penal", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, pp. 56 y s.).

³⁹ En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS ("El Derecho Penal ante el sexo", Barcelona, Bosch, 1981, p. 106).

⁴⁰ Parece difícil de asumir, en este sentido, que "el daño del homicidio radica (...) en el menosprecio del respeto debido a la vida del individuo" (KARGL, "Protección de bienes jurídicos...", cit. n. 36, p. 53).

⁴¹ Pues "desde la perspectiva del bien jurídico no se atiende directamente a la norma jurídica; esto es, a la valoración de la realidad social, sino a la realidad social valorada" (ALCÁCER GUIRAO, "¿Lesión de bien jurídico..." cit. n. 31, p. 88).

portadoras de valor⁴². Son, mejor expresado, concretas realidades en cuanto portadoras de una propiedad⁴³. De hecho lo que se tipifican son conductas efectiva y directamente transformadoras de la realidad y no, por ejemplo, en cada caso, también las apologéticas de un cambio de valores⁴⁴. La tarea penal consiste en la protección de determinada configuración de la realidad, de la vida social, conforme a ciertos valores. La protección de la conservación del valor de la configuración de la vida social – *rectius*: la preservación de determinadas realidades valiosas - motiva la discriminación de ciertas conductas y su coactivo desaliento a través de la amenaza y la imposición de la pena, que sirve además de aliento y reafirmación del ejercicio vital conforme al ordenamiento. Es este mecanismo de la amenaza condicional, y por lo tanto pro futuro, pero confirmada en quien en el pasado cumplió la condición de la que pendía la imposición del mal, el que hace que las normas pretendan “controlar el futuro desde el pasado”⁴⁵.

10. De la definición que propongo de bien jurídico se derivan, entre otras, las tres siguientes consecuencias: toda norma penal protege un bien jurídico (A); la tipicidad de la conducta exige la imputación objetiva de la lesión del bien jurídico (B); el bien jurídico no sirve *per se* para evaluar la norma, aunque sí instrumenta

⁴² ALCÁCER GUIRAO, (“¿Lesión de bien jurídico...” cit. n. 31, p. 144, n. 24. SUHR estima posible la utilización de la expresión tanto para denominar el concepto ideal como sus consecuencias ("Zur Begriffsbestimmung von Rechtsgut und Tatobjekt im Strafrecht", en *JA*, 1990, p. 306 y s.). ESCRIVÁ GREGORI indica que "la razón de protección de la ley no es una mera abstracción, sino la protección de cada uno de los bienes que pueden resultar afectados concretamente" ("La puesta en peligro de bienes jurídicos en el Derecho Penal", Barcelona - Bosch -, 1976, p. 43).

⁴³ Creo que es en tal sentido en el que puede afirmarse que “el Derecho penal impide la realización de actos que vengan a negar los valores tenidos como tales por el Derecho” (CARBONELL MATEU, “Derecho penal: Concepto y principios constitucionales”, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, 3ª ed., p. 33).

⁴⁴ Por ello lo que nos preocupa de un homicidio no es “el menosprecio del respeto debido a la vida del individuo” (KARGL, “Protección de bienes jurídicos...”, cit. n. 36, p. 53) sino que ese menosprecio se “consolide” en una consecuente alteración de la realidad.

⁴⁵ KARGL, “Protección de bienes jurídicos...”, cit. n. 36, p. 61.

tal evaluación a través de la expresión que procura de la misma (C).

A) Toda norma penal protege un bien jurídico y todo delito – antes: toda conducta típica – supone la lesión de un bien jurídico, aunque un mismo bien jurídico pueda ser protegido por distintas normas penales que diferencien modalidades de ataque a dicho bien⁴⁶. Desde esta óptica no puede denominarse un principio, que como tal contiene un deber ser, como “de exclusiva protección de bienes jurídicos”, que expresa un necesario ser de la norma⁴⁷. Creo que el contenido del principio se transmite adecuadamente con la expresión “principio de exclusiva protección de bienes legítimos” o, mejor, con la expresión “principio de

⁴⁶ Como afirma NINO, "todo delito lesiona un bien jurídico", de modo que "no es concebible un delito que no lesione un bien jurídico protegido" ("Consideraciones...", cit. n. 1, p. 56). En sentido similar: A. PAGLIARO ("Bene giuridico e interpretazione della legge penale", en AA. VV., "Studi in onore de F. Antolisei", 1965, p. 393, n. 8); E. W. HANACK ("Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?", Múnich - C.H. Beck -, 1968, p. 32). En contra, sin embargo, POLAINO NAVARRETE ("El bien jurídico...", cit. n. 2, pp. 57, 303, 307 y 349 y ss.), RUDOLPHI ("Los diferentes aspectos...", cit. n. 12, p. 336), ROXIN ("Sentido y límites de la pena estatal", en "Problemas básicos del Derecho Penal", Madrid, Reus, 1976, p. 23; "Strafrecht...", cit. n. 12, pp. 15 y s.) y JAKOBS ("Strafrecht...", cit. n. 7, pp. 41 y ss., nn. mm. 16 y ss.).

⁴⁷ En relación con este principio, *vid.*: JÄGER, "Strafgesetzbuch...", cit. n. 35, pp. 6 y ss., 121 y ss.; POLAINO NAVARRETE, "El bien jurídico...", cit. n. 2, p. 357; ROXIN, "Sentido y límites...", cit. n. 46, pp. 23 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, "Derecho penal. Parte general", Madrid (Civitas), 1978, pp. 52 y s.; LUZÓN PEÑA, "Curso de Derecho Penal. Parte General I", Madrid (Universitas), 1996, p. 82; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "Sobre el concepto de Derecho Penal", Madrid (Universidad Complutense), 1981, pp. 336 y ss.; MIR PUIG, "Derecho Penal...", cit. n. 22, pp. 128 y ss. Tras advertir que el principio puede parecer tautológico (p. 69) añade OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO que dicha impresión es falsa, "pues lo que se pretende al proclamar el sometimiento del Derecho penal al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, no es simplemente redundar en la elemental afirmación de la que he partido. Tal afirmación deriva de la observación directa de las normas penales incriminadoras, que revela cómo éstas nacen en consideración y con objeto de ofrecer tutela a ciertos intereses, denominados 'bienes jurídicos'. En cambio, al enunciar el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, se persigue algo más. Se intenta asignar una función o, mejor, unas funciones a la idea de 'bien jurídico' en relación con el ejercicio del poder punitivo estatal" ("Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en *ADPCP*, 1990, p. 7).

lesividad”.

La mayor o menor dificultad en la determinación del bien, con la que habrá de enfrentarse la hermenéutica, o su mayor o menor efabilidad, de la que dará cuenta la semántica, o su mayor o menor valor, del que se ocupará la política criminal, no deben confundirse con la propia existencia de un bien protegido, que podrá consistir en la existencia de una realidad natural, en la vigencia fáctica de una norma o de un derecho, en el funcionamiento de una institución, en la vigencia fáctica de una concepción moral, en el respeto a un símbolo, o incluso en la mera regularidad de una conducta. Si el bien jurídico es lo inmediatamente protegido por la norma penal, protegida puede ser cualquier cualidad de la realidad cuyo sostenimiento o disminución sea imputable a aquello de lo que se ocupa el Derecho, que es el comportamiento humano.

B) Una conducta sólo será típica si le es objetivamente imputable la lesión de un bien jurídico. Tal conducta podrá consistir en una activa transformación negativa de la realidad (por ejemplo, el secretario del Ministro se apodera del dinero público que se encontraba en la caja fuerte del Ministerio); o en no impedir una transformación negativa de la realidad (el Ministro permite la conducta de su secretario); o en no procurar una transformación positiva de la realidad (el contribuyente no paga a Hacienda). La idea de bien jurídico introduce en todo tipo penal una cierta clase de resultado que permite incorporar a todos los tipos penales la ponderación de libertades y las garantías de justicia que están detrás de los contenidos de la imputación objetiva del resultado a la conducta.

C) El bien jurídico no es más que un instrumento dogmático ideado para transmitir sintéticamente el objeto inmediato de protección de la norma penal. Sus utilidades residen en las que procura tal comprensión sintética y fidedigna de lo protegido⁴⁸. De una manera comunicativamente sencilla el bien jurídico expresa el

⁴⁸ Capacidad de síntesis de la que carecen otros conceptos formales que giran en torno a la idea de fin o de interés del legislador o de la norma, o a la de

interés que genera la norma penal y que resume lo esencial de su fin de protección. Presupuesto de la utilidad es pues su capacidad de síntesis y su identificación con lo protegido por la norma - que no se produce, según he señalado ya, cuando el bien jurídico se utiliza para nombrar lo que se debería proteger o lo que se desea proteger en última instancia tras lo que en realidad se protege -.

El concepto de bien jurídico se limita así a transmitir lo que es y nada dice acerca de lo que debe ser, por lo que no sirve *per se* para la crítica de la norma o para su anulación. La crítica a la norma no puede hacerse sin más con lo que la norma dice, que no es sino el objeto de la crítica. Para evaluar el sistema están los valores y los principios, cuya eficacia va a depender de que queden positivizados y de que existan mecanismos jurídicos para hacerlos valer. El bien jurídico es un concepto formal, valorativamente neutro, que transmite la decisión del legislador, pero que nada dice acerca de si la misma es una buena decisión: si existen buenas razones para la pena. El bien jurídico, sí, ayudará al análisis crítico de la norma en cuanto que ayuda a su descripción, pero carece en sí mismo de toda disposición crítica en relación con lo descrito. Tan bien jurídico puede ser la vida como la pureza de la raza, y no lo es más uno u otro, ni por ello puede el bien jurídico servir en sí como factor de anulación de la norma que prohíba los matrimonios interraciales, que no dependerá de que tenga o no bien jurídico, sino de que tenga un "buen" bien jurídico desde la perspectiva valorativa del sistema: de que pueda considerarse constitucionalmente como bien lo que el normador estima como tal.

11. No quiero terminar este esbozo de una teoría del bien jurídico sin destacar que la misma es una teoría acerca del fin de la norma penal y una teoría

objeto de protección, sin más matices. Obsérvese que, como afirma PAGLIARO, junto al interés central tutelado, encontramos también "valoraciones de tipo ético e incluso consideraciones generales en el tema de la función de la pena, de la certeza del Derecho, de oportunidad, y otras consideraciones del mismo estilo" que exigen una limitación del concepto de bien jurídico al "momento central" del fin de una proposición normativa ("Bene giuridico...", cit. n. 46, p. 393, n. 5).

acerca de la lesividad del delito que no es ni incompatible ni sustituible por las teorías que sitúan la esencia del delito en la infracción de normas o en la infracción de deberes, o que hacen recaer la finalidad de la norma penal en el mantenimiento de la vigencia de las normas de conducta a las que se refiere la norma penal o en la confianza en dicho mantenimiento. Qué duda cabe que un delito supone tanto la lesión de un bien jurídico como la quiebra de una norma y la infracción de un deber. Qué duda cabe que el fin de la norma penal es tanto la protección de bienes como el mantenimiento de ciertas pautas normativas, de ciertos modelos de conducta. Y qué duda cabe que el fin del Derecho Penal es también generar confianza, seguridad, a través de la protección de bienes jurídicos y de la vigencia de las pautas normativas básicas.

Pero que se sean tesis correctas en la definición del delito o en la comprensión de la norma penal no supone que sean tesis sustituibles. Como ha mostrado en la doctrina española Alcácer Guirao, la idea del bien jurídico, en cuanto atiende a los efectos nocivos inmediatos de un delito a partir de un juicio de valor, desempeña funciones que no puede desempeñar la teoría del delito como quiebra de normas de organización⁴⁹. Está además en juego una cuestión de

⁴⁹ La primera radica en la derivación del concepto de peligro, “que permite la determinación de la lesividad de la acción en la decisión en el caso concreto, y una contrastación de los diferentes grados posibles de afección al bien jurídico, lo que imprime, frente a la opción alternativa”, la de quebrantamiento de la vigencia de las normas, “un componente de racionalidad y seguridad jurídica”. Además, en segundo lugar, “permite establecer una clara diferenciación dogmática en las estructuras de desvaloración jurídico-penal, a partir de la diferenciación entre el desvalor de acción, que engloba el peligro para el bien jurídico desde la perspectiva del agente (...), y el desvalor del resultado, que plasma la efectiva lesión del bien jurídico, configurando con ello la situación última que el Derecho penal desea, en última instancia, evitar”. El concepto de delito como lesión de un bien jurídico permite, en tercer lugar, “desnormativizar” el referente de lo lesivo”, lo que permitirá “una `objetivación´ social de la genérica lesión al ordenamiento (...) un referente de imputación tanto objetiva como subjetiva (...) y una mayor seguridad jurídica en la labor probatoria de los tribunales”. La concreción de lo protegido en bienes jurídicos permite, en cuarto lugar, “una más fácil jerarquización valorativa de los intereses de protección, lo que resultará esencial para dirimir los conflictos de intereses en que se basa el

énfasis y de incisividad en el entendimiento de la misión del Derecho Penal. Si la idea de bien jurídico acentúa la lesividad del comportamiento delictivo en cuanto transformador negativo de la realidad social, la de la norma de comportamiento incide en el carácter transgresor de la conducta; si la idea de bien jurídico transmite la razón de la pauta normativa que se quiere mantener, la idea de la norma de comportamiento se detiene en la pauta normativa en sí⁵⁰. Señala Mir Puig que “situar los intereses de los ciudadanos en el centro de los objetivos del Derecho Penal, concediendo a éste la función de prevención de ataques a bienes jurídico-penales como forma de protegerlos ... enfatiza la subordinación del poder punitivo del Estado al servicio de las personas”; por el contrario, erigir las normas jurídicas “en el objeto último de protección por parte del Derecho penal ... supone

juicio concreto de antijuridicidad en relación con las causas de justificación” Asimismo, finalmente, “el criterio del peligro imprimirá también una mayor exigencia en cuanto al establecimiento del grado mínima de lesividad para considerarse a la conducta merecedora de pena” (“¿Lesión de bien jurídico...”, cit. n. 31, pp. 116 y ss.). Al respecto v. supra puntos 6 y 7.

⁵⁰ Valga como ejemplo la tesis de KARGL de que “el juicio de dañosidad no se basa primordialmente en el acaecimiento de un estado de cosas indeseado y perjudicial en sí, sino en la lesión de la pretensión de que tal estado de cosas eventualmente no llegue a producirse” (“Protección de bienes jurídicos...”, cit. n. 36, p. 54). Afirma GIMBERNAT ORDEIG que naturalmente que el Derecho Penal pretende “confirmar la validez de las normas, pero esa confirmación de la validez de la norma como tal no nos dice nada sobre cuál es (o, al menos, debería ser) el contenido de ésta cuando de lo que se trata es de las normas jurídicopenales: si se quiere atribuir al Derecho penal algo más que una tarea estrictamente formal y fantasmagórica, e decir: algo más que una tarea incolora, inodora e insípida, si se quiere saber cuál es (o debería ser) en un Estado de Derecho pluralista su contenido, entonces tiene que ser definida como la rama del ordenamiento jurídico que pretende confirmar la validez de las normas (aspecto formal) que castigan la puesta en peligro o la lesión de los bienes jurídicos más importantes mediante comportamientos típicos, antijurídicos y culpables (aspecto material)” (prólogo al libro de Alcácer Guirao, Rafael; “¿Lesión de bien jurídico...”, cit. n. 31, pp. 12 y s.). GARCÍA-PABLOS DE MOLINA señala, en fin, que “el principio del bien jurídico no sólo aporta un criterio material decisivo para la interpretación y construcción de la teoría del bien jurídico (...) sino todo un modelo o paradigma de Derecho Penal que se autoconcibe como ordenamiento protector y garante de intereses básicos para la convivencia, y no como mero orden imperativista, regulador de las voluntades individuales” (“Derecho penal: Introducción”, Madrid, Universidad Complutense, 2006, 4ª, p. 548).

considerar valiosa por sí misma la restricción de la libertad que implican. Ello no puede aceptarse desde una perspectiva democrática”⁵¹.

III. TEORÍA DE LO PROTEGIBLE

12. Hasta aquí he escrito acerca de un instrumento dogmático y he intentado desarrollar una teoría dogmática: la del bien jurídico. Bien diferente en su carácter y en sus ambiciones es la teoría de lo protegible, que es una teoría política: una teoría acerca de cómo deberíamos organizar la sociedad en alguno de sus aspectos, de cómo deberían ser las cosas a partir de un determinado punto valorativo de partida, que a su vez debe ser teorizado. Lo jurídicamente protegible, lo penalmente protegible, es lo jurídica o penalmente protegible según un determinado presupuesto axiológico de partida, por mucho que éste se dé frecuentemente por supuesto.

En lo que sigue pretendo esbozar una indagación acerca de lo protegible en un Estado que pretende una legitimación democrática⁵². Este criterio de legitimidad es un criterio liberal e igualitario: parte de la idea de la autonomía moral

⁵¹ “Límites del normativismo en Derecho Penal”, en AA. VV., “Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo”, Madrid (Thomson – Civitas), 2005, pp. 678 y 679.

⁵² El criterio democrático de legitimidad constituye hoy un parámetro casi unánime en los intentos de legitimación de cualquier modelo de organización política. Se debate en torno a su contenido pero prácticamente nadie cuestiona su virtud. Como afirma ALF ROSS en su prefacio a la obra “¿Por qué democracia?”, “de hecho, todos pretendemos ser demócratas (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 11). A los efectos de este trabajo baste con citar dos poderosas ideas justificativas de la democracia: la que la sustenta sobre el valor de la libertad (por todos, N. BOBBIO, “¿Qué socialismo?”, Barcelona, Plaza & Janés, 1986, p. 131; H. KELSEN, “¿Qué es la justicia?”, México, Fontamara, 1992, 3ª, pp. 34, 77 y s., 82 y s.;) y la que destaca su valor epistemológico para la determinación de las decisiones más justas (por todos, C. S. NINO, “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia”, en Análisis Filosófico, VI, 1986, 2, *passim*; J. RAWLS, “Sobre las libertades”, Barcelona - Buenos Aires – México, Paidós, 1990, pp. 86 y ss.).

igual de la persona – de su individualidad y de su igual capacidad para valorar y para decidir según sus valoraciones –. A partir de dicha idea cabe acordar, sin mayores concreciones, matices ni desarrollos ahora⁵³, que el sistema se justifica por el criterio de decisión mayoritaria para las decisiones colectivas - por la simetría material de los ciudadanos en cuanto a la toma de decisiones -, en primer lugar; por las libertades de información, expresión y participación respecto a los asuntos de interés público - por la simetría material de los ciudadanos en cuanto a la información de lo público -, en segundo; y por el respeto a la autonomía personal, al modo que cada persona tenga a bien entender y organizar su vida, al modo en que quiera buscar su plenitud, su enriquecimiento personal o su sosiego⁵⁴.

Es esta prioridad de la libertad la que hace que el sistema vea con antipatía las normas sancionadoras, y significativamente las penales, como expresión máxima de la coerción estatal⁵⁵. La pena es así un cuerpo extraño en el sistema, un cuerpo a disminuir e incluso, en el horizonte, a expulsar, que se tolera sólo, precisamente, por su utilidad a la libertad. Toda norma penal debe ser así una norma *duplex*, de efectos duales de sentido opuesto. Mientras que una de las

⁵³ Concreciones, matices y desarrollos que conducen de un consenso muy amplio en torno a estos trazos básicos a una mayor conflictividad y discutibilidad. Surgen lo que RAWLS denomina *burdens of judgement*, constituidos por la complejidad de las evidencias empíricas y científicas frente a un mismo caso y por la dificultad de sopesarlas adecuadamente; por la vaguedad de los conceptos políticos y morales que utilizamos en el discurso; por la relatividad de la evaluación de las evidencias y valores, dependientes de nuestra propia experiencia vital; por la dificultad de sopesar consideraciones normativas contrapuestas en torno a una misma cuestión; por la dificultad propia de la toma de decisiones últimas en los dilemas valorativos (“Political Liberalism”, Nueva Cork, Columbia University Press, 1993, pp. 54 y ss.).

⁵⁴ Para lo anterior, por todos, ELÍAS DÍAZ, “De la maldad estatal y la soberanía popular”, Madrid (Debate), 1984, pp. 59 y s., 116, 142 y s.

⁵⁵ De ahí que “deba interpretarse toda la actividad punitiva del Estado con el principio *restringenda sunt odiosa*; es decir, interpretando como odiosa cualquier restricción de la libertad” (CARBONELL MATEU, “Derecho penal...”, cit. n. 43, p. 200).

caras de este peculiar Jano es naturalmente coactiva, la otra busca legitimarse por su servicio a la libertad⁵⁶. Pues bien: en estos casos de actividades públicas a la vez positivas y negativas en términos de valor, el análisis racional de legitimación es el que procura el principio de proporcionalidad. Partiendo de esta naturaleza de *norma duplex*, la norma penal será legítima si es positiva (si persigue un bien legítimo y de un modo posible), si reduce al máximo su componente negativo (si es mínima) y si además es mayor su cara positiva que su cara negativa (si es ventajosa).

13. La teoría de la proporcionalidad⁵⁷ constituye una teoría política acerca de lo que puede legítimamente protegerse a través de la pena y acerca también de la intensidad que puede desplegar dicha protección. La esencia del principio es, en su racionalidad, como se anunciaba en el punto anterior, relativamente sencilla. Partiendo del valor de la libertad y partiendo de que la norma penal es un instrumento coactivo, antiliberal, su legitimación pasa por la generación de más libertad que la libertad que se sacrifica, en primer lugar, y, en segundo, por la necesidad de este sacrificio: por el carácter mínimo de este sacrificio en comparación con otras estrategias posibles de protección del ámbito de libertad en cuestión⁵⁸. La norma penal ha de ser así no sólo ventajosa sino la más ventajosa

⁵⁶ Como afirma gráficamente FEIJOO SÁNCHEZ, “la imputación penal cobra, así, legitimidad porque desempeña una función en la sociedad de libertades y crea libertad” (“El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995”, Madrid – Colex -, 1997, p. 70).

⁵⁷ Al respecto, SÁNCHEZ GARCÍA, “El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho Penal”, *La Ley*, 1994, 4; LASCURAÍN SÁNCHEZ, “La proporcionalidad de la norma penal”, en *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 1998, pp. 175 a 189; VON HIRSCH, “Censurar y castigar”, Madrid (Trotta), 1998; AGUADO CORREA, “El principio de proporcionalidad en Derecho Penal”, Madrid (Edersa), 1999; GONZÁLEZ BEILFUSS, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Pamplona (Aranzadi), 2003; BERNAL PULIDO, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Madrid (CEPC), 2005 (2ª); LOPERA MESA, “Principio de proporcionalidad y ley penal”, Madrid (CEPC), 2006.

⁵⁸ V. al respecto MIR PUIG, “Límites del normativismo...”, cit. n. 51, pp. 678 y 679. La conexión entre libertad como valor y proporcionalidad como principio es

de las alternativas posibles. Se trata, en palabras del profesor Carbonell, de “garantizar el máximo de libertad posible con las menos injerencias posibles”⁵⁹.

El principio de proporcionalidad es así la clave para la conformación de un Derecho Penal reducido a lo estrictamente necesario y ventajoso en la protección de la libertad, de la autonomía personal de los ciudadanos⁶⁰. Organiza y hace más comprensibles en el marco constitucional los tradicionales principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* e intervención mínima, y reivindica que lo propio de una sociedad democrática es una comprensión tendencialmente mínima del Derecho Penal. La ordenación analítica del principio, la razonable protección de la libertad, depara dos condiciones y dos presupuestos. Una norma penal resulta proporcionada si no puede ser eficazmente sustituida por una intervención menos contundente (B), y si, además, bien mirado lo que salva y lo que sacrifica, no resulta una norma más coactiva que liberadora (A). Presupuestos de este balance positivo son los de que la norma pretenda proteger un bien

destacada por COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN (“Derecho Penal. Parte general”, Valencia – Tirant lo Blach -, 1999 – 5ª ed. -, p. 82). Utilizando las palabras de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA para el principio de intervención mínima, el de proporcionalidad trataría de “verificar la racionalidad y coste social de los medios que utiliza el Estado para el control de la delincuencia, sometiendo a límites rigurosos el empleo del más devastador de todos: la pena” (“Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del `Ius Puniendi`”, en AA. VV., “Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero”, Córdoba, 1996, p. 249).

⁵⁹ CARBONELL MATEU, “Derecho penal: concepto...”, cit. n. 43, pp. 199, 202.

⁶⁰ Para STERNBERG – LIEBEN, el principio de proporcionalidad se sitúa en el centro de la argumentación sobre la legitimidad de la expansión del Derecho Penal “Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers”, en AA. VV., “Die Rechtsgutstheorie...”, cit. n.4, p. 74). También, BUNZEL acentúa que el principio de proporcionalidad constituye el límite primario del Derecho Penal material (“Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des Rechtsgüterschutzes in der Informationsgesellschaft”, en AA. VV., “Die Rechtsgutstheorie...”, cit. n. 4, p. 96). Para BÖSE, como los límites constitucionales específicamente penales no se derivan de los concretos derechos fundamentales, es el principio de proporcionalidad la base para una limitación de la intervención del Derecho Penal (“Grundrechte und Strafrecht als `Zwangsrecht`”, en AA. VV., “Die Rechtsgutstheorie...”, cit. n. 4, p. 91).

legítimo (D) y pueda hacerlo (C)⁶¹.

A) La primera condición, y la más intuitiva como condición de proporcionalidad, es la que se suele analizar en último lugar: que se trate de una protección ventajosa, que depare más libertad que la libertad anegada por la prohibición y por la pena.

Es muy importante enfatizar el carácter global de este balance valorativo. El análisis comparativo interno de la norma debe computar todas las ventajas e inconvenientes de la norma⁶². Los costes que importan de la norma son todos. No sólo la cantidad y calidad de la pena, sino también el reproche que comporta la misma⁶³, la pérdida de autonomía que supone la prohibición en sí, y los costes

⁶¹ Presupuestos que remiten a las condiciones que señalaba M. E. MAYER para la justificación de la protección penal: que se trate de un bien digno de protección (*Schutzwürdigkeit*), necesitado de protección (*Schutzbedürftigkeit*) y con capacidad de ser protegido (*Schutzfähigkeit*) (“Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts”, Heidelberg, Carl Winters, 1923, 2ª ed., pp. 22 y ss.).

⁶² Señala A. ROSS “que la cuestión acerca de qué actos el Estado está moralmente autorizado para calificar de delitos sólo puede contestarse siguiendo líneas utilitaristas; es decir, atendiendo a los beneficios sociales que se atribuyen a la incriminación legal, balanceados con sus desventajas sociales y de cualquier otra índole. Más concretamente, hay que evaluar la finalidad de la particular ley penal, juzgar luego su actitud para promover esa finalidad y, por último, contrapesar todos los efectos indeseables que la aplicación de ella puede producir, recordando que el castigo mismo es sufrimiento y que, por lo tanto, tiene un valor negativo desde el punto de vista utilitario” (“La finalidad del castigo”, en AA. VV., “Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja”, Astrea - Buenos Aires -, 1976, n. 17, pp. 173 y s.).

⁶³ Señala ROSS que el reproche “no es simplemente un juicio moral que se formula acerca de alguien. Es a la vez, y en sí mismo, una sanción; el reproche produce sufrimiento, o por lo menos cierto desagrado a la persona contra quien va dirigido. Cuando se causa al transgresor un sufrimiento adicional en la forma de castigo en sentido jurídico, ese sufrimiento adicional puede ser entendido como que se lo pide, tanto por los miembros de la comunidad como por el transgresor mismo, como una ampliación de la hostilidad ya transmitida en la expresión de desaprobación” (“La finalidad...”, cit. n. 62, p. 157). V. también LAGODNY, “Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik”, en AA. VV., “Die Rechtsgutstheorie...”, cit. n. 4, p. 84.

indirectos que generan la administración policial, judicial y penitenciaria. Sólo a partir del cómputo de la prohibición en sí se entienden las restricciones a la punición de las omisiones; sólo a partir del cómputo de otros costes se entiende que, por su proximidad al ejercicio de derechos fundamentales, sea tan baja la pena de la injuria; sólo si se computan como costes los de administración de la pena se entenderán algunos de los poderosos argumentos que se esgrimen a favor de la despenalización del tráfico de drogas, que tiene directa o indirectamente ocupado a buena parte del aparato policial, judicial y penitenciario. Y sólo a partir de esta globalidad, aplicada ahora al siguiente juicio de proporcionalidad – el de protección mínima - se entiende, por ejemplo, que no sustituyamos las penas de prisión por la vigilancia permanente domiciliaria: porque el balance que demarca ésta es peor, más negativo, si se toman en cuenta sus enormes costes económicos - ¿cuántos policías por preso? -, además de sus menores efectos preventivos – de la menor afflictividad de estar encerrado en casa respecto a estarlo en la cárcel⁶⁴ -.

Si estos son los costes básicos de una norma penal, su beneficio esencial radica en la protección que provee a un bien jurídico. El beneficio que genera la norma será mayor cuanto más valioso sea el bien y cuanto mayor protección se le dispense⁶⁵. Respecto a la cuantificación del valor de un bien resultan muy sugestivas las reflexiones de Von Hirsch en torno a la idea de los niveles de

⁶⁴ Con un curioso y riguroso estudio, tres economistas, LAWRENCE KATZ, ELLEN SHUSTOROVICH y STEVEN D. LEVITT muestran la relación estadística entre las malas condiciones carcelarias y el efecto disuasorio de la pena de prisión ("Prison Conditions, Capital Punishment, and Deterrence" *American Law and Economics Review*, 2003, 5, 2, pp. 318-43).

⁶⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA reseña que no debe ponderarse sólo "la gravedad intrínseca del hecho por el grado de desvalor del resultado y de la acción (número y entidad de bienes jurídicos afectados, relevancia del daño ocasionado, peligrosidad de la acción y desvalor de la intención del autor, etc.); sino, también, la gravedad extrínseca de aquél, esto es, el peligro de frecuencia de su comisión y consiguiente alarma social, extremo que puede incluirse en el desvalor objetivo de la acción, si bien debe evaluarse con prudencia" ("Derecho penal...", cit. n. 50, p. 582).

calidad de vida de una persona – subsistencia, mínima, adecuada, intensa –⁶⁶ y la de Feinberg, muy ligada al principio de autonomía, acerca de que el daño a un bien dependerá de las opciones vitales que queden anegadas, tesis que ilustra con el símil del sistema ferroviario: el daño al sistema por el daño a una vía es mayor cuantos mayores destinos queden suprimidos, sea directamente, sea por conexión⁶⁷.

B) La segunda condición no compara lo que la norma gana con lo que la norma pierde, sino que coteja la norma con otras normas hipotéticas: sólo será proporcionada la norma si la protección que depara no puede ser sustituida eficazmente por una norma de menor intensidad coactiva⁶⁸. Esto es lo que habitualmente denominamos principio de necesidad, o de subsidiariedad, o de intervención mínima, o de *ultima ratio*. Su formulación clásica, relativa a que no deberá imponerse una concreta pena – significativamente una pena privativa de libertad - si la misma puede ser eficazmente sustituida por una pena menor – significativamente una pena no privativa de libertad -, que antes de acudir al Derecho Penal para solucionar un conflicto penal debe intentarse el recurso a sanciones no penales, y que ni siquiera es legítimo el recurso a las sanciones no penales si el problema puede solventarse con medidas no sancionadoras, sólo resulta admisible como directriz. Por usual que resulte lo contrario, puede suceder que medidas no sancionadoras sean más coactivas que las sancionadoras y que medidas sancionadoras no penales sean más incisivas en la libertad del individuo que las penales: puede ser que la expulsión del territorio sea más gravosa que una pena breve de prisión, y que la sanción penal por la negativa a someterse a la

⁶⁶ “Censurar...”, cit. n. 57, p. 65.

⁶⁷ “Harm to others. The moral limits of the criminal law”, Nueva York – Oxford, Oxford University Press, 1984, pp. 206 y ss.

⁶⁸ Esta es la formulación de BERNAL PULIDO: “De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto” (“El principio de proporcionalidad...”, cit. n. 57, p. 734).

prueba de alcoholemia sea menos gravosa que la compulsión directa por los agentes de policía para la realización de dicha prueba. Desde una perspectiva global, el recurso a la sanción, penal o no, para quien se desvíe de la norma, puede deparar una organización social mejor, más libre, que la realización de complejos controles o medidas que eviten la desviación. Con el intrusismo, por ejemplo, se podría terminar prescindiendo de la sanción penal, pero sometiendo complejos sistemas de acreditación cada acto profesional⁶⁹; la Hacienda Pública podría quedar mejor preservada con un sistema directo y general de inspección directa a cada contribuyente que con un sistema de autoliquidación sometido a la sanción del mentiroso.

Tanto de este análisis acerca del carácter mínimo de la protección como del anterior en torno a su carácter ventajoso se intuirá ya que su principal obstáculo es lo poco que sabemos acerca de los efectos de la norma penal, de cómo y cuánto previene la comisión de delitos y, en consecuencia, de qué efectos tienen las alteraciones cuantitativas o cualitativas de la pena en la prevención de delitos⁷⁰. Esta ignorancia pone sin duda pies de barro al análisis de proporcionalidad, llama a la prudencia en su ejercicio y lo convierte en un juicio menos empírico que de racionalidad en torno al comportamiento humano.

C) No hay ganancia en términos de libertad si, a pesar de que la norma penal tenga una aspiración valiosa, lo que no hay es funcionalidad: si la pena pretende proteger un espacio de libertad, sí, o un presupuesto del mismo, pero de un modo imposible, cualitativamente inidóneo. Puede pensarse, en primer lugar, que, por obvia, sobra toda consideración sobre la aptitud protectora de bienes de las normas penales. Puede pensarse que, en cuanto mal amenazante a través de un aparato estatal creíble en su disposición a cumplir la amenaza, la pena lleva en

⁶⁹ Así, en general en relación con los sistemas preventivos de control, BÖSE (“Grundrechte...”, cit. n. 60, p. 94).

⁷⁰ V. al respecto, por todos, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, “Derecho penal...”, cit. n. 50, pp. 324 y ss., que alerta “sobre “la imperiosa necesidad de verificar empíricamente la efectividad real del castigo”.

su seno capacidad preventiva: intimidará a potenciales delincuentes, castigará y hará así innecesario otro castigo informal, transmitirá fácticamente ciertas valoraciones, reforzará el presupuesto y la racionalidad del seguimiento de la prohibición. De hecho, si la resocialización del penado es la única de las funciones básicas de la pena que menciona la Constitución como de obligada persecución es precisamente porque es la única que no es consustancial a la pena.

En casos excepcionales, sin embargo, la pena podrá dejar de ser instrumental por su insuficiencia aflictiva relativa, comparado el mal que supone la pena con lo que el destinatario de la misma pretende ganar con la quiebra de la prohibición, argumento éste que se ha barajado, por ejemplo, respecto a la punición de determinados supuestos de aborto. Si tal cosa sucediera y si por razones de proporcionalidad estricta la pena no pudiera ser superior, estaríamos ante un paradójico supuesto de desproporción de la pena debida a su baja intensidad: a que la misma supone una coacción leve pero al fin y al cabo inútil y a que la sociedad estaría mejor si prescinde de tal norma penal.

D) Pero al punto al que quería llegar con esta aproximación al principio de proporcionalidad es al del primero de sus presupuestos lógicos. No hay balance positivo si no hay ganancia: si la norma penal no protege un bien protegible; si no cabe considerar la conducta delictiva como lesiva. La exigencia de la legitimidad del bien protegido, de la lesividad de la conducta, es así una exigencia derivada del principio de proporcionalidad⁷¹, derivado a su vez de la inserción de la norma penal en un sistema de libertades. Esta ubicación de la teoría de lo protegible explica la génesis del postulado de lesividad y le da fuerza positiva, raigambre constitucional. De hecho el Tribunal Constitucional descarta “toda posibilidad de sujeción mínima al principio de proporcionalidad si el sacrificio de la libertad que

⁷¹ HASSEMER señala que en su variante negativa el principio de protección de bienes jurídicos se adecúa sin fisuras a la tradición jurídico-constitucional de la prohibición de exceso (“Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?”, en AA. VV., “Die Rechtsgutstheorie...”, cit. n . 4, p. 61).

impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes” (SSTC 55/1996, f. j. 7; y 161/1997; f. j. 10; 136/1999, f. j. 23⁷²).

14. Pero tras su ubicación en la teoría de la proporcionalidad centrémonos de nuevo en la segunda pregunta básica que alienta este trabajo: en la respuesta acerca de lo democráticamente protegible, acerca de qué conductas pueden estimarse legítimamente lesivas en un Estado democrático.

La respuesta parte de los valores que están en la base del criterio de legitimación. Protegible con la restricción de libertad es la libertad: la autonomía personal, sus presupuestos y sus manifestaciones. Bienes protegibles serán así las instituciones públicas democráticas, y los distintos presupuestos y manifestaciones de las libertades públicas y privadas. A los bienes institucionales, las libertades públicas y las libertades privadas deben añadirse las bases de la realidad biológica y del respeto social (la vida, la integridad física, la salud, el honor), que constituyen presupuestos de las mismas⁷³.

⁷² También en AATC 233/2004, f. j. 3; 395/2004, f. j. 2; 332/2005, f. j. 3.

⁷³ A este respecto resulta interesante la gráfica, aunque imprecisa relación de FEINBERG de los “requisitos básicos del bienestar del ser humano” (*welfare interests*), constituidos por el interés en continuar con vida, y por los intereses en la propia salud física y el vigor, la integridad y el normal funcionamiento del cuerpo, la ausencia de un dolor o sufrimiento absorbente o de una desfiguración grotesca, una agudeza intelectual mínima, la estabilidad emocional, la ausencia de resentimiento y ansiedad infundados, la capacidad de participar normalmente en la vida social y de disfrutar y mantener amistades, un mínimo de ingresos y de seguridad financiera, un medio físico y social tolerable, y un cierto ámbito de libertad libre de coerción y de interferencias (“Harm to others...”, cit. n. 67, p. 37). Más sistemática es la clásica propuesta de RAWLS en torno a los bienes primarios, que divide en cinco categorías: “las libertades básicas (libertad de pensamiento y libertad de conciencia, etc.): estas libertades constituyen las condiciones institucionales de fondo necesaria para el desarrollo y pleno ejercicio informado de las dos potestades morales” (la capacidad de ser racional y de ser razonable) y “para la protección de una amplia gama de concepciones determinadas de lo bueno”; “la libertad de movimiento y libre ocupación frente a un trasfondo de diversas oportunidades: estas oportunidades permiten la

El punto de partida para la determinación de lo protegible es, pues, la defensa de la libertad individual y de las instituciones que la amparan y la promueven. La autonomía personal cede a través de normas coactivas que utilizan incluso la privación de la libertad deambulatoria del individuo para proveer una mayor nivel de autonomía personal. Es la propia lógica de la coexistencia y de la ponderación de libertades como objeto de protección la que hace que no pueda en absoluto configurarse como parte de la autonomía de una persona la posibilidad de condicionar la libertad de otras personas autónomas cuando esta libertad no afecta a su ámbito de intereses, a su círculo de organización. A tal efecto supondría una perversión del sistema el considerar que afecta a la autonomía de una persona el solo hecho de que otras personas utilicen su libertad de un modo que a dicha persona le resulta inadecuado o incluso gravemente negativo desde su perspectiva moral, también si le genera malestar o hiere su particular sensibilidad. Piénsese en el ejemplo de quienes sufren con cómo visten, comen o se peinan los demás, o en el ejemplo menos trivial, y castigado penalmente en épocas no muy lejanas, de las personas que reprueban ciertas prácticas sexuales de terceros a pesar de que son libremente aceptadas por los practicantes.

No puede restringirse la autonomía personal por lo que no puede

prosecución de diversas metas finales y dan efecto a una decisión de revisarlas y cambiarlas”; “potestades y prerrogativas de cargos y puestos de responsabilidad: éstas dejan espacio a las diversas capacidades de autogobierno y capacidades sociales de la persona”; “ingresos y riqueza, concebidos en términos amplios como medios generales (con valor de cambio)”; “las bases sociales del respeto a uno mismo: estas bases son aquellos aspectos de las instituciones básicas normalmente esenciales para que los ciudadanos tengan un auténtico sentido de su valía personal y sean capaces de desarrollar y ejercer sus potestades morales y proseguir sus fines y metas con confianza en sí mismos” (“Sobre las libertades”, cit. n. 52, pp. 52 y ss.). Con una sistemática distinta, VON HIRSCH refiere del siguiente modo “los diversos intereses que acostumbra a resultar afectados por un delito (...): 1) la integridad física, 2) medios materiales y comodidades, 3) integridad personal y 4) privacidad” (“Censurar...”, cit. n. 57, p. 64).

considerarse seriamente como parte de la autonomía de terceros, so pena de incurrir en una grave reducción global de la libertad de los ciudadanos. Esta aseveración conduce a las clásicas pero también candentes cuestiones acerca de si se pueden proteger penalmente los sentimientos y de si los objetos protegibles pueden ir más allá de las personas sin caer en un tipo de moralismo incompatible con la raíz moral del sistema. Piénsese para lo primero en los ejemplos relativos a la punición de la negación de la comisión de genocidios, o de las blasfemias absolutas, o de los ultrajes a la nación y a sus símbolos, y para lo segundo, en la punición del maltrato cruel de ciertos animales⁷⁴.

15. La pregunta por la protección de los sentimientos no es en rigor la de si los mismos pueden protegerse, pues se protegerán casi siempre de la mano de la protección de los bienes cuya pérdida genera aflicción en su titular, sino la de si pueden protegerse los solos sentimientos: la de si puede castigarse una conducta porque lesione sólo los sentimientos de una persona⁷⁵; si se prefiere, en la terminología que utiliza la literatura anglosajona, si pueden penarse las ofensas. Y creo que la respuesta debe ser en este punto tajante: sí en la medida en que tal lesión afecte a la autonomía personal del sentiente. Ejemplos ilustrativos de esta respuesta son los de los delitos de injurias y de ciertas vejaciones, y quizás el de ciertas lesiones psíquicas, de legitimidad indiscutida. La ofensa grave a los sentimientos, legítima o no, constituye un atentado a la personalidad que, en los

⁷⁴ Desde su concepción personalista del bien jurídico, STERNBERG – LIEBEN considera que la protección de los animales puede interpretarse también como protección de la vida o la integridad física humanas o como protección de la misma en un ámbito previo (“Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit...”, cit. n. 60, p. 70, n. 13)

⁷⁵ En contra, por ejemplo, recientemente, STERNBERG – LIEBEN (“Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit...”, cit. n. 60, p. 75). HÖRNLE sostiene que el delito de recompensa y aprobación de ciertos delitos del § 140 del Código Penal alemán sólo se entiende desde la protección de la moral y de los sentimientos (“Der Schutz von Gefühlen im StGB”, en AA. VV., “Die Rechtsgutstheorie...”, cit. n. 4, pp. 277 y s.). Es discutible si en realidad no se están configurando como delitos de peligro, más o menos lejano: como protección de la seguridad de los bienes jurídicos atacados por los delitos aprobados o recompensados.

casos más graves, en los queda afectada la autoestima o la capacidad de decisión, o en los que supone un daño objetivamente relevante, puede perjudicar notoriamente su desarrollo⁷⁶. Es en tal sentido en el que se ha configurado como bien jurídico la denominada “integridad moral”.

Debe insistirse en que si no se duda de la legitimidad de principio de la sanción de las injurias o de ciertas vejaciones de hecho, que no son sino cierto tipo de ofensas graves a los sentimientos, habrá de admitirse como punto de partida que cierto tipo de sentimientos pueden ser legítimamente protegidos como parte de la protección de la autonomía personal y que por lo tanto la cuestión no es la de “sí”, sino la de “cuándo” y “cómo”. Y en su respuesta no sobran desde luego las cautelas que eviten una perversión del sistema de libertades consistente en la restricción de la autonomía de unos por el sólo hecho de que alguno de sus desarrollos hieran la sensibilidad de otros.

La primera de tales cautelas es la de que ha de tratarse de sentimientos profundamente arraigados, cuyo daño es un daño a la situación social del individuo y por lo tanto a su autonomía personal, y cuya trascendencia goza del consenso social básico, sin que puedan tenerlo las ofensas que provengan de la actitud intolerante de la persona que sufre con ideales de vida diferentes al suyo. La segunda cautela, que afecta sobre todo a la cuestión de la punición de las blasfemias o de los ultrajes a ciertos símbolos, es la de que la ofensa sólo será punible si no constituye el ejercicio de una libertad a cuya preservación ostenta mayor valor que a la protección del sentimiento. Viene aquí a colación sobre todo el ejercicio de la libertad de expresión en un doble sentido: no sólo porque no se puede sancionar su ejercicio legítimo, sino porque tampoco deben sancionarse conductas de expresión cercanas a dicho legítimo ejercicio. Por dos razones: porque al ser borrosa la frontera entre lo legítimo y lo ilegítimo su sanción disuade

⁷⁶ Así, para STERNBERG – LIEBEN en el delito de insulto a las creencias del § 166 I del Código Penal alemán se ataca, como en el ataque al honor, la pretensión de reconocimiento mutuo como presupuesto del libre desarrollo de la personalidad (“Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit...”, cit. n. 60, p. 70, n. 13).

del ejercicio de la expresión sobre lo público, básico para el entero sistema; y porque la mera cercanía a la licitud hace que disminuya el desvalor de la conducta y que su desvalor remanente sea insuficiente para recurrir a la pena. La tercera de las cautelas básicas anunciadas afecta al análisis de proporcionalidad relativo al carácter mínimo de la sanción y se refiere al esmero en la respuesta a la cuestión de si el sentimiento resulta razonablemente protegible mediante una multa administrativa o mediante la declaración y la indemnización que pueden obtenerse en la vía civil.

16. No creo que la película de lo protegible deba terminar con la protección posible de los sentimientos como forma de protección de la autonomía personal, y que en tal sentido el círculo de lo esencialmente valioso deba cerrarse en lo que atañe a la persona. No se entiende bien por qué la moral democrática ha de ser una moral exclusivamente antropocéntrica, insolidaria en tal sentido, que haga que los ciudadanos sólo puedan legítimamente proteger los bienes de los ciudadanos - su autonomía personal, sus presupuestos y sus derivados – y que no deban en el ejercicio conjunto de tal autonomía emprender la protección de otros bienes. Pueden existir otros objetos que se estimen valiosos sin contradicción con los postulados axiológicos de partida, merecedores incluso en su protección del sacrificio de la autonomía personal que comporta la intervención sancionadora. Que la autonomía personal no sea sacrificable por otros bienes personales que no formen parte de tal autonomía no comporta que no sea sacrificable en cierta medida por otros bienes: por los bienes de otros. Y esos “otros” no pueden ser otros, valga el juego de palabras, que los animales, las personas que fueron y las personas que van a ser. Los ciudadanos, en el ejercicio conjunto de su autonomía, en la constatación o en la configuración de una moral social básica, pueden optar por proteger otros bienes, como la integridad física de ciertos animales frente a cierto tipo de ataques, o como el honor o la dignidad de las personas fallecidas⁷⁷,

⁷⁷ La profanación de cadáveres ha sido considerada como una lesión de la autonomía de los vivos en relación con las disposiciones sobre su cadáver (así, STERNBERG – LIEBEN, “Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit...”, cit. n. 60, p. 70, n. 13;

o como ciertas condiciones de vida de las generaciones futuras.

El sistema democrático de legitimación no sólo presupone ciertos valores - básicamente, repito, la igual autonomía de las personas - sino que constituye también un sistema de construcción o reconocimiento de una moral social básica consistente con sus propios puntos valorativos de partida⁷⁸. Un ordenamiento democráticamente consecuente podrá proteger no sólo el sistema y sus presupuestos, sino también sus frutos, entendidos como los objetos considerados democráticamente valiosos. La conclusión provisional sería así que los bienes protegidos pueden serlo legítimamente porque constituyan o salvaguarden la autonomía, pero también porque sean el legítimo fruto del ejercicio coordinado de la misma sin atentar a los presupuestos que la garantizan. Cierto es que es esta segunda fuente de legitimación es más débil que la de la protección de la autonomía, y también que la de la protección de ciertos sentimientos, que bebe de la anterior. Por ello el grupo de bienes protegibles que de ella pueda manar debe ser pulido y mirado con una cierta desconfianza que no permita abrir la puerta a la protección de lo que sólo sea una visión particular del mundo, o de la mera animadversión a un determinado ejercicio ajeno de la libertad, o que no instituya auténticas contraprotecciones que al socaire de la protección de ciertos bienes no directamente vinculados a la persona se conviertan en lesiones del desarrollo de

HÖRNLE, "Der Schütz...", cit. n. 75, p. 276), como una lesión de los sentimientos de los vivos, como una lesión de la dignidad de los vivos en relación con la posibilidad de profanación de su propio cadáver (v. ROXIN, "Strafrecht...", cit. n. 12, p. 23, n. m. 31), o, como creo preferible, como una lesión de la dignidad de los muertos justificada por razones morales no directamente vinculadas con la protección de la autonomía. Esta perspectiva no debe extrañar a la vista de la naturalidad con la que el ordenamiento español protege "el honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida" (art. 4.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen). Sobre este debate, v. también VON HIRSCH, "Der Rechtsgutsbegriff...", cit. n. 31, pp. 24 y s.

⁷⁸ En feliz expresión de NINO, la democracia tiene valor epistemológico en el ámbito moral ("La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia", cit. n. 52, *passim*; también, en "La autonomía constitucional", en AA. VV., "La autonomía personal", Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 74 y ss.).

la libertad de ésta. Así, si desde la perspectiva del bien jurídico, y con independencia ahora de consideraciones de necesidad o de proporcionalidad, cabe la punición de la profanación de tumbas o del maltrato de ciertos animales es porque existe una percepción cuasiunánime de la inmoralidad central de tales conductas y de su carácter lesivo para bienes que merecen protección, y porque la represión de las mismas no atenta contra las bases morales del propio sistema: no supone una manifestación de la autonomía personal que deba ser protegida por su significado objetivo para el desarrollo personal o para la organización de la convivencia⁷⁹. Deben traerse de nuevo a colación tres poderosos filtros para la legitimación de estos bienes no derivados de la autonomía personal: el consenso social acerca de su valor y de su trascendencia; que su lesión sea gratuita, en el sentido de no responder a una manifestación significativa de la autonomía personal; y que no sea posible su protección a través de medios de menor intensidad coactiva.

17. Protegibles en un Estado democrático son, pues, en palabras de Kahlo, “los elementos básicos de la libertad personal”⁸⁰, y además ciertos bienes ajenos a ella, pero consistentes con ella, a los que la sociedad consensuadamente otorga trascendencia. Es este un planteamiento que ha partido de un criterio democrático de legitimidad, lo que en nuestro Estado democrático comporta de un modo evidente que es también un planteamiento constitucional. Bienes protegibles por vía sancionadora son, en principio, los bienes constitucionales, pero también ciertos bienes congruentes con el sistema constitucional de valores.

Este laxo punto de partida debe afinarse en dos supuestos, que no se

⁷⁹ FEINBERG considera que existe un pequeño reducto de conductas ofensivas punibles: las perturbaciones graves con las que su autor no persigue utilidad alguna (“Offense to others. The moral limits of the criminal law, II”, Nueva York – Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 35 y 44).

⁸⁰ “Über den Zusammenhang von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht”, en AA. VV. (coord. R. Hefendehl, A. v. Hirsch, W. Wohlers), “Die Rechtsgutstheorie...”, cit. n. 4, p. 32.

identifican sin más con “lo penal”, sino de una manera más precisa con el desarrollo y la limitación de los derechos fundamentales – cuestión que, como ha afirmado el Tribunal Constitucional español a efectos de rango normativo, no depende de que la norma sea o no sea penal⁸¹ -. El primer supuesto se refiere a que la conducta penalmente prohibida incida en el área inicial de cobertura de un derecho fundamental; el segundo, y en la práctica más importante, se refiere a que la pena restrinja algún derecho fundamental, lo que sucederá paradigmáticamente con la pena de prisión.

Se trata en ambos casos de supuestos en los que el legislador regula y limita derechos fundamentales. Su validación constitucional pasa, como señala la doctrina constitucionalista, por la preservación ventajosa de otros derechos y bienes constitucionales, por el respeto al contenido esencial del derecho limitado, y por una determinación suficientemente precisa de estos límites⁸². Si bien esta

⁸¹ El Tribunal Constitucional español ha establecido que las normas penales no requieren en cuanto tales el rango de ley orgánica, sino sólo en la medida en que la pena suponga una restricción de derechos fundamentales, pues sólo tal restricción supone el desarrollo, siquiera negativo, de los mismos exigido por el art. 81.1 de la Constitución española (“Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución”): “el desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste precisamente en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas (...). Pues bien, no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí (...). En este sentido el Código penal, y en general las normas penales, son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del artículo 81.1 de la C.E., en cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad” (SSTC 140/1986, f. j. 5, y 160/1986, f. j. 4. También en las SSTC 17/1987, f. j. 1; 32/1987, ff. jj. 3 y 4; 122/1987, ff. jj. 1 y 2; 18/1988, f. j. 4; 118/1992, f. j. 2; 119/1992, f. j. 1; 234/1997, f. j. 10; 129/1999, f. j. 2).

⁸² Esta conexión entre la tradición jurídico-penal y la tradición jurídico-constitucional constituye una tendencia “satisfactoria y muy prometedora”, pendiente desde hace tiempo (HASSEMER, “Darf es Straftaten...”, cit. n. 71, p. 58; también, en esencia, BUNZEL, “Die Potenz...”, cit. n. 60, pp. 110 y ss.). V. MEDINA GUERRERO, “La vinculación negativa del legislador a los derechos

vinculación más estrecha de ciertas normas penales – de ciertos bienes jurídicos - con los derechos y bienes constitucionales manifiesta claramente que no se puede malbaratar la pena de prisión, despierta justificados recelos en torno a la imposición de un corsé demasiado rígido a la protección elemental de nuestro sistema de convivencia, que puede no quedar reflejado en alguna de sus manifestaciones en el texto constitucional. Al fin y al cabo éste no se redacta con el empeño de detallar tales manifestaciones con la vista puesta en su protección, sino sólo con el objetivo de proclamar los valores de partida del sistema de organización social, las condiciones esenciales que pueden configurarse como derechos fundamentales, y los mecanismos de organización del poder. Por volver a dos ejemplos ya citados en otro contexto: ¿deben acaso reputarse como ilegítimas las normas que sancionan con prisión el maltrato de ciertos animales o la profanación de cadáveres?

El *caveat* de la finalidad constitucional de las normas cuya pena suponga la limitación de derechos fundamentales debe tomar en cuenta el sentido de la Constitución, su referencia implícita a un cierto consenso social en torno a los valores de partida y a sus manifestaciones, y su propio deseo de incorporar nuevos consensos que se sustenten en dichos valores⁸³. Los derechos que proclaman las constituciones democráticas son concreciones de valores más genéricos que a su vez también se proclaman como valores fundantes de sistema, de modo que cabe extraer de éstos nuevas concreciones no expresadas en el texto constitucional⁸⁴; en relación con lo anterior es característica de la constitución democrática la de que la libertad preside el sistema y configura su

fundamentales”, Madrid (McGraw Hill), 1996, *passim*; ACOSTA GALLO, “El deber de legislar y los principios de proporcionalidad y diversidad como sus límites”, en Revista Aragonesa de Administración Pública, 21, 2002, *passim*.

⁸³ Así, advirtiendo de la necesidad de que la interpretación de la Constitución sea dinámica, “adecuada a los cambios sociales y de otra índole que se vayan produciendo”, CARBONELL MATEU (“Derecho penal: concepto...”, cit. n. 43, p. 37).

⁸⁴ V. SAX, Grundsätze der Strafrechtspflege”, en AA. VV. (dir. K. A. Betterman, H. C. Nipperdey y U. Scheuner), “Die Grundrechte”, t. 3, vol.2, Berlín (Duncker & Humblot), 1959, pp. 912 y ss.

cláusula de cierre del sistema, de modo que queda amparada cualquiera de sus manifestaciones que no colida con una manifestación más intensa o preferente⁸⁵.

Desde estas perspectivas resultaría sorprendente pensar que el respeto por los cadáveres humanos como proyección del valor de la dignidad de la persona no pudiera ser objeto de la severa protección penal que dispensa la amenaza de privación de libertad, o que no pueda ser objeto de tal represión el maltrato cruel de animales como parte de una cierta sensibilidad colectiva hacia otros seres vivos y, sólo en tal sentido, como potencialmente integrante del libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos. Cuenta de tal sensibilidad la da la ratificación por España del Convenio Europeo sobre protección de animales vertebrados utilizados con fines experimentales y otros fines científicos⁸⁶.

18. La gran mayoría de las normas penales no suscita duda alguna en cuanto a la legitimidad de su bien jurídico: acerca de que protegen bienes protegibles⁸⁷. Existe sin embargo un reducido grupo de casos difíciles en este

⁸⁵ STERNBERG – LIEBEN destaca que la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania tiene como fundamento el pensamiento de la autonomía personal, expresada a través de la garantía del libre desarrollo de la personalidad y reforzada por el valor de la dignidad de la persona (“Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit...”, cit. n. 60, p. 65).

⁸⁶ El Convenio es de 18 de mayo de 1986; la ratificación de España se hizo por Instrumento de 2 de agosto de 1989. El Convenio se enmendó mediante el Protocolo de 22 de junio de 1998 (ratificado por España mediante Instrumento de 30 de octubre de 2003).

⁸⁷ El grueso de la respuesta a la pregunta acerca de lo protegible suscita un generoso consenso correlativo al que genera la calificación de un comportamiento como socialmente dañoso (v. al respecto FEINBERG, “Harm to others...”, cit., n. 67, p. 38). Más allá afirma VON HIRSCH que “algunas encuestas de opinión han sugerido que la población es capaz de llegar a un cierto grado de acuerdo acerca de la gravedad de determinados delitos. Y las comisiones legislativas que han intentado graduar la gravedad de los delitos no se han encontrado con dificultades insalvables” (“Censurar...”, cit. n. 57, p. 62). Añade LAGODNY que pocas prohibiciones resultan inconstitucionales en atención a su fin: la limitación del fin para la legitimación de la norma es muy marginal (“Das materielle Strafrecht...”, cit. n. 63, p. 84).

ámbito, al que me voy a referir muy fragmentariamente a continuación, siquiera sea para distinguir en él a título de ejemplo entre bienes cuya protección es ilegítima *per se*, bienes cuya protección es ilegítima por su coste⁸⁸, y falsos bienes: bienes que se invocan como protegidos pero que no son los lesionados por la conducta tipificada en la norma. Debe insistirse en este punto en que estamos ante una reflexión en torno al suelo de la intervención penal, referida sólo al primero de los escalones del análisis de la interdicción del exceso sancionador. Más allá de que se trate en su caso de bienes dignos de protección, nada se dice acerca de que además puedan de hecho ser protegidos a través de penas⁸⁹.

A) Entre las normas con bienes ilegítimos estarán sin duda las que sancionen la homosexualidad o las relaciones homosexuales. Y también las prohibiciones genéricas de contratación de relaciones sexuales a cambio de precio. La consideración de que la prostitución libre de adultos es siempre vejatoria para quien la practica – y, por poner otro ejemplo, la producción de pornografía – no deja de ser una visión de lo bueno que se que se interferiría así en el libre acuerdo de dos personas autónomas: no deja de ser un ejercicio de perfeccionismo incompatible con la raíz liberal del sistema⁹⁰. Cuestión distinta,

⁸⁸ En el esquema de análisis de la proporcionalidad el primer escalón se refiere al valor del bien afectado por la conducta, con independencia del valor de la conducta, que es un análisis propio del balance de costes y beneficios propio del último escalón, referido a que la protección sea ventajosa o estrictamente proporcionada. Sucede sin embargo que, como lo que se evalúa no es sin más un bien, sino que se tiene en cuenta el tipo de ataques frente al que quiere protegerse, puede resultar decisivo ya para el primer nivel que la conducta analizada sea siempre más valiosa que disvaliosa por ser superior el beneficio de la conducta que su perjuicio.

⁸⁹ De hecho, como indica SEHER, al concepto de bien jurídico se le ha exigido demasiado como base necesaria para el juicio de legitimación penal (“Prinzipiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff”, en AA. VV., “Die Rechtsgutstheorie...”, cit. n. 4, p. 54).

⁹⁰ En este sentido, en esencia, GIMBERNAT ORDEIG, “La mujer y el Código Penal español”, en “Estudios de Derecho Penal”, Madrid (Tecnos), 1990 (3^a), p. 84; GÓMEZ BENÍTEZ, “Derecho Penal. Parte general. Teoría jurídica del delito”, Madrid (Civitas), 1984, p. 166. Recuérdese también el debate que se suscitó

obvio es decirlo, que se obligue a alguien a prostituirse, lesionando precisamente su autonomía, o que se paguen contactos sexuales a menores, a quienes en este ámbito no reconocemos autonomía. Cuestión también distinta es la de que quienes se dediquen a la prostitución lo hagan por cuenta ajena y sean explotados, caso subsumible en las normas generales de protección penal de los derechos de los trabajadores.

En general, en el debate en torno a la prohibición de la promoción o de la utilización de servicios de prostitución late la compleja cuestión de los límites de la autonomía personal en un sistema liberal, en un sistema “autonomista”. Tan claro como que cabe encontrar tales límites en la mayor preservación de la autonomía ajena según un criterio racional de distribución de la misma, es que no cabe tal restricción, como ya se ha señalado, por razones perfeccionistas: por el ideal de bien personal de quien genera la limitación. “Como esos ideales sólo toman en cuenta los efectos de la acción sobre la propia vida o carácter del individuo, la interferencia perfeccionista con ella busca imponer un ideal de bien diferente y no es legítima y no es legítima sobre la base del valor de la autonomía, ya que socava ese valor (generalmente en forma auto-frustrante, porque un ideal del bien no se satisface por la imposición coactiva), sin que se preserve la autonomía de ningún otro”⁹¹. Mucho más discutibles son los límites del paternalismo no perfeccionista⁹²: si cabe – y si cabe en qué supuestos – coaccionar al individuo para hacer efectivas sus propias decisiones actuales o potenciales. Este es, en parte, el debate en torno a la punición del auxilio al suicidio, al homicidio consentido y a las lesiones graves consentidas. Y, con circunstancias propias muy relevantes en torno a la validez de su consentimiento, es también el debate en

hace ya algunos años en relación con una discoteca que organizaba lo que denominaba como “lanzamiento de enanos”. La punición de estas conductas podría apoyarse en lo ofensivas que resultan para un concepto firmemente compartido de dignidad de la persona, pero toparían con la utilidad que suponen para el ejercicio conjunto de la autonomía de lanzador y lanzado.

⁹¹ C. S. NINO, “La autonomía...”, cit. n. 78, p. 44.

⁹² Al respecto, SEHER, “Prinzipiengestützte Strafnormlegitimation...”, cit. n. 89, pp. 51 y s.

torno a la sanción del mantenimiento de condiciones laborales irregulares consentidas por los trabajadores: “la coacción que se ejerce sobre los individuos no es para imponerles intereses que no tienen, sino para satisfacer sus preferencias subjetivas que no pueden satisfacer por sí mismos debido a la dinámica de acción colectiva autofrustrante”⁹³.

B) Las normas que penan la negación del genocidio (art. 607.2 del Código Penal español; § 130, párr. 3º del Código Penal alemán) son normas con un fin legítimo – protección de la dignidad de las víctimas⁹⁴ - pero en las que se castiga una conducta que aporta más valor que daño en cuanto ejercicio de la expresión en asuntos de interés público, por hiriente o insensato que nos parezca a la inmensa mayoría el contenido de lo expresado⁹⁵. La protección institucional que en alguna medida añaden las normas que tipifican los delitos de utilización de simbología nacionalsocialista (§ 86 a del Código Penal alemán) o de ultraje a la bandera (art. 543 del Código Penal español)⁹⁶ no parece suficiente para trocar el juicio anterior de ilegitimidad⁹⁷.

C) Distinta sería la perspectiva de análisis de una norma que castigara la

⁹³ C. S. NINO, “La autonomía...”, cit. n. 78, p. 74.

⁹⁴ Como afirma GIL GIL, ni siquiera puede identificarse la negación de los crímenes del delincuente con la defensa o justificación de los mismos (“Derecho penal internacional”, Madrid, Tecnos, 1999, p. 332).

⁹⁵ El Tribunal Constitucional español declaró inconstitucional el delito de negación del genocidio (STC 235/2007).

V. LAURENZO COPELLO, “La discriminación en el Código Penal de 1995”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX, 1996, p. 269; LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Protección penal y límites penales de las libertades comunicativas”, en AA. VV. “La libertad de información y de expresión”, Madrid (CEPC), 2002, pp. 51 y ss.

⁹⁶ Así, STERNBERG – LIEBEN, “Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit...”, cit. n. 60, p. 71, n. 13

⁹⁷ Por la despenalización de los delitos de ultraje al Ejército, a la bandera y al Gobierno se ha manifestado GIMBERNAT ORDEIG (“Ensayos penales”, Madrid, Tecnos, 1999, p. 78).

mera embriaguez⁹⁸. La ilegitimidad de esta norma no provendría del bien que se invoca como protegido, que es la seguridad de los importantes bienes amenazados por los delitos que mediatamente se pretenden evitar, sino del bien realmente protegido, que es el poco autonomista control personal sobre los propios actos. Que la seguridad de la vida, del patrimonio o de la integridad física es un bien legítimamente protegible es algo tan poco discutible como mucho lo es el que tal seguridad quede afectada sin más por la embriaguez de las personas. No parece que esto sea así a partir de una percepción objetiva de los comportamientos sociales: no hay una relación estadística significativa entre embriaguez y delito – no es suficientemente probable que quien esté ebrio vaya a cometer un delito como para poder afirmar que con su embriaguez está dañando la seguridad – del tipo de la existente, por ejemplo, entre conducción de automóviles en tal estado y daño para terceros.

V. CONCLUSIONES

19. Considero necesario distinguir en contenido y denominación la teoría del bien jurídico de la teoría de los objetos jurídicamente protegibles.

A) La teoría del bien jurídico es una teoría dogmática que se refiere al objeto inmediato de protección de la norma penal. Sólo esta definición formal de bien jurídico es semánticamente adecuada y consistente con la génesis y con la utilización legislativa del concepto. Y sólo su formalidad, unida a la referencia a la inmediatez de la protección, le permitirá cumplir las importantes funciones que

⁹⁸ El § 323 a del Código Penal alemán sanciona tal conducta si el sujeto comete en tal estado un hecho antijurídico que no resulta penado precisamente porque el sujeto era inimputable en tal situación: “Wer sich vorsätzlich oder fahrlässig durch alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel in einen Rausch versetzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn er in diesem Zustand eine rechtswidrige Tat begeht und ihretwegen nicht bestraft werden kann, weil er infolge des Rausches schuldunfähig war oder weil dies nicht auszuschließen ist”.

provocaron la creación del concepto y que se refieren a la comprensión y a la autocomposición del sistema normativo. Estas funciones sólo son desplegadas por un concepto que atienda a los efectos nocivos inmediatos de un delito a partir de un juicio de valor y no por la teoría que sitúa la lesividad del delito en la quiebra de las normas básicas de organización social.

B) Consecuencias de la definición propuesta de bien jurídico son las siguientes: toda norma penal protege un bien jurídico - por lo que: ni la protección de un bien jurídico dice nada acerca de la legitimidad de la norma, ni la catalogación de un objeto como bien jurídico dice nada acerca de la legitimidad de su protección -; la tipicidad de la conducta exige la imputación objetiva de la lesión del bien jurídico; el bien jurídico no sirve *per se* para evaluar la norma, aunque sí instrumenta tal evaluación a través de la expresión que procura de la misma.

20. La teoría de lo penalmente protegible en un Estado democrático es una teoría política que forma parte de la teoría de la proporcionalidad, que es una teoría acerca de la justificación de las normas sancionadoras en un sistema que parta del valor igual de la autonomía personal. Dicha teoría exige que la protección penal sea mínima y ventajosa, lo que presupone, amén de la posibilidad de la protección emprendida a través de la coacción penal, que el bien protegido sea valioso desde la perspectiva axiológica que informa el sistema.

A) Protegible con la restricción de libertad es la libertad: la autonomía personal, sus presupuestos y sus manifestaciones. Bienes protegibles serán así las instituciones públicas democráticas, y los distintos presupuestos y manifestaciones de las libertades públicas y privadas. A los bienes institucionales, las libertades públicas y las libertades privadas deben añadirse las bases de la realidad biológica y del respeto social (la vida, la integridad física, la salud, el honor), que constituyen presupuestos de las mismas.

B) Pueden formar parte de este catálogo de lo protegible los solos

sentimientos, en la medida en que, como demuestran las injurias, su lesión puede constituir una lesión objetiva y relevante de la autonomía personal. Y pueden ampliar ese catálogo bienes no personales, bienes de otros – de los animales, de las personas que fueron, de las personas que van a ser -. En el ejercicio coordinado de su autonomía los ciudadanos pueden considerar valiosos tales bienes sin contradicción con los postulados valorativos de partida del sistema: pueden considerarlos más valiosos que la autonomía personal que restringe la norma. Especial cautela requerirán en ambos casos los análisis acerca de si no concurre una libertad preferente – significativamente la libertad de expresión en la ofensa a los sentimientos – y acerca del carácter mínimamente suficiente de la sanción.

C) De las reflexiones anteriores se infiere que los objetos protegibles han de ser congruentes con la Constitución democrática. En consistencia con la teoría de las restricciones al legislador en la limitación de los derechos fundamentales, una correspondencia más incisiva exigirán los bienes cuya protección se realice a través de una pena restrictiva de un derecho fundamental o a través de la punición de una conducta amparada inicialmente en el área de cobertura de un derecho fundamental.

D) Entre los clásicos casos difíciles en torno a la protegibilidad del bien debe distinguirse entre bienes cuya protección es ilegítima *per se* (el de la norma que sancionara los actos homosexuales, por ejemplo), bienes cuya protección es ilegítima por su coste (el de la norma que sanciona la negación de la comisión de un genocidio), y falsos bienes: bienes que se invocan como protegidos pero que no son los lesionados por la conducta tipificada en la norma (el de la norma que sancionara la embriaguez bajo la pretensión de prevenir delitos en tal estado).