

En el punto de mira.
La crítica a la teoría de los bienes
jurídicos

Carlos Pérez del Valle

Magistrado. Profesor titular de derecho penal. Profesor en la Escuela Judicial

379

Abstract

La legitimación material del derecho penal a través de la teoría de los bienes jurídicos se encuentra en crisis en diferentes perspectivas; la tesis que se plantea es que, pese a sus intentos originarios, no ha conseguido separarse de la mera protección de derechos subjetivos. Las justificaciones relacionadas con el respaldo de la norma constitucional (2) o con el “principio del daño” (3) no lo consiguen si no aluden a la vigencia de la norma; el ejercicio de la acción en el proceso penal (4) no refuta, sino que confirma esa conclusión, y ni siquiera una perspectiva radical de la legítima defensa ofrece una fundamentación diferente de la obligación de respeto a las normas.

Sumario

- 1. Introducción: el planteamiento del problema**
- 2. La norma constitucional como solución**
- 3. El “principio del daño”**
- 4. Una ratificación europea: la acción penal y la acusación particular**
- 5. ¿Legítima defensa de bienes jurídicos?**
- 6. Conclusión**
- 7. Tabla de sentencias**
- 8. Bibliografía**

1. Introducción: el planteamiento del problema

Una visión de los manuales y tratados de derecho penal y de las monografías de los últimos tiempos permite contemplar la dependencia que en la doctrina española existe respecto de la tesis que reza: “el derecho penal encuentra su justificación en la protección de bienes jurídicos”. Que esta tesis resulta en realidad poco útil es algo que no escapa a un observador relativamente agudo¹: si se contempla no sólo la aquiescencia ante ciertas innovaciones del Código penal, sino también las críticas que en esta cuestión y a quienes promueven esas reformas se dirigen. Un ejemplo: en la discusión en torno a la constitucionalidad del art. 380 CP (esto es, sobre el delito de desobediencia de quien no se somete a las pruebas de alcoholemia reglamentariamente establecidas) nada ha podido resolver la reflexión en torno al bien jurídico protegido; no niego el interés que la discusión en torno a este tema suscita, y la calidad de los argumentos, sino que los mismos puedan situarse en torno al bien jurídico protegido².

Desde luego, la teoría de los bienes jurídicos no resuelve problemas de legitimación “negativa” del derecho penal –esto es, para qué no está legitimado el derecho penal–, porque no es ni fue esa nunca su función. En su origen, que no es otro que la recuperación por parte de BINDING³, de la antigua teoría de BIRNBAUM⁴ propuesta en 1834 y que sólo un hegeliano como Hugo HÄLSCHNER había tenido en cuenta en el tiempo intermedio, la teoría de los bienes jurídicos pretendía una legitimación “positiva” –en otras palabras: para qué está legitimado el derecho penal– alternativa: BIRNBAUM sólo quería demostrar –y esto es muy conocido, pero en escasas ocasiones objeto de reflexión– que la vieja concepción del derecho penal como defensa de los derechos subjetivos, en la que se había situado FEUERBACH y en esos momentos se movían todavía todos sus discípulos y prácticamente la totalidad de quienes iniciaban el camino de la dogmática moderna del derecho penal, era muy reducida. Véase su afirmación en torno a los antiguos principios del derecho de Ulpiano, que había recogido el Digesto y las Instituciones: se trata de una recuperación del *suum quique tribue* (da a cada uno lo suyo) frente a la restricción del derecho al *neminem læde* (no lesiones a nadie) o, en su versión original, *alterum non læde* (no lesiones a

¹ Véanse, por ejemplo, las consideraciones de JAKOBS, (1991), 2/22 y ss.

² A esto debería añadirse un argumento de derecho comparado que cobra especial importancia cuando se pretende una vinculación directa con presupuestos constitucionales básicos. Aunque es cierto que la discusión es latente en la doctrina española, italiana o alemana, se presenta de una forma totalmente distinta en otros ámbitos, como sucede en el caso de la doctrina francesa. Se dirá con razón que se trata de otra tradición jurídica, especialmente en el derecho penal; pero no puede negarse una común tradición en el ámbito de los derechos fundamentales. Pues bien: el delito es calificado, en muchos casos en la doctrina francesa, como una perturbación social, e incluso una perturbación del “orden público”, a la que añade un resultado –en todo caso, con el primado de la perturbación del orden público (Véase CONTE/MAISTRE DU CHAMBON, [1998], p. 30). Ciertamente preocupa el proceso de decisión sobre los comportamientos que han de ser definidos como delitos, pero se observa en una forma de pensamiento tipológica y, en todo caso, en atención al contenido de infracción de las normas: se indican qué resultados son dañinos –por tanto, no deseables– y se analizan las diferentes infracciones que los producen para establecerlas como delitos; efectivamente protegen un mismo interés diferentes infracciones (“*un même résultat sociologique*”), pero ello está vinculado al primer paso en la comprobación indicada (CONTE/MAISTRE DU CHAMBON, pp. 26-27).

³ BINDING (1885), p. 353 y ss; véase a este respecto la concepción de AMELUNG, (1972), pp. 73 y ss.

⁴ BIRNBAUM (1834), p. 149 y ss.

otro)⁵. La misma recuperación de esos criterios para el derecho penal era –al menos yo lo veo así– algo innovador, pues ya KANT se había preocupado de restringir a la esfera del derecho positivo como *lex iuridica* el principio *neminem læde*, mientras que el *suum quique tribue* era *lex iustitiæ*.⁶ Por eso, el derecho penal podía asumir como tarea la protección de bienes jurídicos, en la medida que con ello se explicaba la función del derecho objetivo como reconocimiento de intereses legítimos a proteger. Pero, de ese modo, se trataba exclusivamente de explicar por qué el derecho penal podía asumir la protección de determinados intereses que no podían alcanzar la dignidad de derechos subjetivos –ni tan siquiera de derechos subjetivos del Estado; no puede olvidarse que todavía se estaba lejos de las tesis de JELLINEK sobre los derechos públicos subjetivos– tal como, a partir de HOBBS, SUÁREZ y GROCIO se habían configurado para la modernidad. Lejos de lo que hoy suele considerarse, en ese ámbito de discusión no se pensaba en justificar el carácter ilegítimo de algunos tipos penales como contrarios a la teoría de los bienes jurídicos. Por el contrario, se trataba entonces de justificar el asentamiento del orden jurídico en el concepto de derecho subjetivo; el derecho penal –la pena– simplemente asegura mediante la coacción –de ahí que la teoría del derecho penal de protección de derechos subjetivos encajase de una forma tan perfecta en un derecho penal de intimidación general en FEUERBACH, como se ha señalado antes– la inmunidad de los derechos ante los ataques de otros⁷.

En el fondo, se trata de un problema que hoy ha señalado un kantiano como KÖHLER con agudeza: el bien jurídico no es considerado, predominantemente, como un elemento objetivo teleológico, que no puede ser determinado libremente, sino que preexiste; más bien se constituyen los bienes jurídicos a partir del desarrollo y de la construcción de las normas jurídicas⁸. La crisis de la teoría del bien jurídico es, por tanto, la crisis de la fundamentación teleológica del derecho penal, que se había apoyado parcialmente en la filosofía de los valores, con algunas repercusiones de orden metodológico indiscutibles. Por ejemplo: si la vida como bien jurídico es algo que ha de extraerse de las normas que protegen la base biológica de los individuos de la especie humana, es obvio que el concepto de vida que ha de usarse para la determinación del contenido de las leyes –también de las penales– no puede ser algo diferente de una interpretación sistemática; el concepto de vida derivaría, entonces, de otras normas existentes en el mismo sistema y que se refieren a ese bien. Esta referencia de significado desde la norma interpretada a otras normas del mismo sistema constituiría lo “teleológico” de la interpretación del bien jurídico, tal como subraya ENGISCH⁹. Pero ello muestra su propia limitación en este ámbito: si nada hay del bien jurídico fuera de las normas que lo protegen en diferentes sectores del ordenamiento, parece que el concepto de bien jurídico no puede servir de criterio para definir lo que debe ser protegido penalmente y lo que no, que no es otra cosa sino lo que antes designaba como capacidad de legitimación “negativa” del derecho penal. Sin embargo, en este momento parece abrirse una esperanza sobre la base de la una norma fundamental, que es la constitución: si, tal como explicaba KELSEN, las relaciones entre constitución y ley o entre ley y sentencia del

⁵ *Iustiniani Institutiones*, I.1.1.3 ; *Digesta Iustiniani*. I.1.10.

⁶ KANT, *MdS*, Einleitung der Rechtslehre A (A 236).

⁷ Cfr. PÉREZ DEL VALLE (2004), pp. 40-41.

⁸ Véase KÖHLER (1996), pp. 24-25.

⁹ En ese sentido, ENGISCH, (1997), pp. 94-95.

juez son simplemente de determinación o vinculación (o lo que es lo mismo, una relación derivada del diferente nivel o jerarquía normativa)¹⁰, y si el orden jurídico como sistema de normas se construye sobre esa norma fundamental¹¹, es obvio que la constitución podría marcar el camino a seguir. La norma constitucional en cuestión podría definir entonces lo que debe y no debe ser protegido por el derecho penal y, simultáneamente, lo que debe ser comprendido como bien protegido, al menos en sus aspectos esenciales.

2. La norma constitucional como solución

Tal vez aquí sería honesto dar un anticipo de la conclusión: la solución de este problema a través de la norma constitucional no es ni más ni menos que un espejismo, desde mi punto de vista. Y ello lo demuestran las afirmaciones de autores que sostienen este planteamiento, como se ha de ver. En particular voy a referirme a la visión de MIR PUIG, que sin duda ha sido una de las más influyentes en la doctrina española como modelo de construcción teórica del derecho penal en el marco de la norma constitucional.

En particular, podría decirse que no han existido cambios en la concepción de MIR PUIG sobre el denominado principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como derivado de la fórmula del “estado social y democrático de derecho”.

a) MIR PUIG opta, en ese sentido, por el concepto de bien jurídico como límite al *ius puniendi*, porque el estado social y democrático de derecho “sólo deberá amparar como bienes jurídicos condiciones fundamentales de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de los individuos en la vida social”¹². Ello conduce a tres consecuencias: según la primera, que deriva del principio de estado social, éste “no ha de ocuparse en respaldar mandatos puramente formales, valores puramente morales, ni intereses no fundamentales que no comprometen seriamente el funcionamiento del sistema social”; según la segunda, que deriva del principio de estado democrático, las condiciones sociales deben servir de base para que los individuos puedan participar en el sistema social y deben ser estos quienes decidan qué es requerido para la constitución de un objeto como bien jurídico; según la tercera, que deriva del principio de estado de derecho y de legalidad material, es preciso un catálogo de bienes jurídicos en el que se excluyan cláusulas generales como “perturbación del orden social” o “perjuicio social”.

b) Desde mi punto de vista, las afirmaciones de MIR PUIG –cuyo valor no puede negarse y que han marcado una época en la dogmática española– no resultan convincentes, porque no resuelven el problema inicialmente planteado. Los límites que se establecen en las consecuencias primera y tercera quedan abiertos, pues, por una parte, no resulta posible saber qué son mandatos

¹⁰ Véase HANS KELSEN, (1934a), p. 91; en el mismo sentido HANS KELSEN (1934b), pp. 89 y ss.

¹¹ KELSEN, (1934a), pp. 66 y ss.

¹² El contenido es muy similar en las diferentes ediciones de MIR PUIG (1985), pp. 75-77; o la 4ª puesta al día con el nuevo CP (1996), pp. 91-93.

puramente formales o valores morales; y, por otra tampoco se puede conocer cuál es el nivel de generalidad que hace que un interés no pueda configurarse como bien. La indicación de algunos ejemplos puede explicar lo que quiero decir con ello.

- Respecto a la primera cuestión: el mandato de someterse a las pruebas de alcoholemia en las condiciones previstas en la ley no se comprende como puramente formal porque se explica en relación con la materia que protege, tal como lo explica la STC 161/1997 de 2 de octubre¹³; me parece claro que, de ese modo, es siempre posible alcanzar un determinado contenido material. Pero, en relación con los valores morales la cuestión es todavía menos clara. FLETCHER ha sido especialmente claro en ese sentido: cuando reconocemos que determinados intereses han de caer bajo la protección del derecho penal también hacemos juicios morales¹⁴. Y si al decidir sobre la calificación de un determinado interés como bien jurídico emito un juicio moral ¿cómo puedo rechazar entonces “valores morales” mediante juicios morales? Es claro que se hace referencia a distintos aspectos, pero, ante todo, es relevante saber qué se definiría como “valores morales” incompatibles con un derecho penal de protección de bienes jurídicos.
- En cuanto a la segunda cuestión: desconozco el motivo por el que, pese a existir una imperiosa necesidad, no se sanciona al periodista que, con sus noticias y crónicas, influye en el desarrollo de un proceso judicial, aunque no ignoro que en los medios de comunicación se baraja la tesis de que estas actividades forman parte de la libertad de prensa y que su sanción sólo se podría justificar como protección de un muy abstracto interés público que sustraería de la información pública esos ámbitos de la vida social.

c) Precisamente en este último ejemplo se regresa a un factor al que MIR PUIG parece otorgar una importancia excepcional: las posibilidades de participación de los individuos en la vida social como “confianza en el respeto de la propia esfera de libertad particular por parte de los demás”¹⁵. Mientras se demuestra la dificultad en delimitar esferas de protección en lo relativo a mandatos morales o valores formales, o en situar el nivel de generalidad de definición de un bien, se observa que lo único seguro es entonces la delimitación de la esfera de libertad de los individuos. En otras palabras: la determinación de lo que se define como *suum quique tribue* se encuentra con

¹³ La STC 161/1997 de 2.10.1997 (MP: Viver Pi-Sunyer; BOE nº 260, de 30.10.1997), cuando trata sobre la cuestión de la proporcionalidad, indica que “la propia expresión de esta finalidad inmediata lleva a la constatación de otra mediata: el riesgo que se trata de evitar --la seguridad que se trata de proteger-- lo es fundamentalmente para «la vida o la integridad de las personas» (art. 381), bienes que se integran así”, aun cuando constate un segundo nivel de protección en el principio de autoridad. Por eso, “la constatación anterior de las finalidades de la norma cuestionada, corroborada por el debate parlamentario habido en la tramitación de la disposición, demuestra la razonabilidad de la medida y no tiene mayores ambiciones de precisión que las que sirven al análisis de la alegación de posible desproporción de la pena del art. 380 Código Penal” y, “a partir de dicha conclusión no requiere mayor fundamentación, por su obviedad, la afirmación del carácter socialmente relevante de los bienes protegidos”.

¹⁴ FLETCHER (1989), p.209.

¹⁵ MIR PUIG, (1985), p. 77. La concepción de VIVES ANTÓN (1995), pp. 97 y ss, y en p: 98: bienes jurídicos son, exclusivamente, las condiciones exteriores de libertad) no difiere sustancialmente; únicamente recoge la comprensión del derecho que han explicado los autores kantianos modernos. Véase KÖHLER, (1996), pp. 9 y ss.

obstáculos que en la definición de los comportamientos que lesionan a otro (*neminem læde*) no existen. En cierto modo, esto refuerza el aspecto al que MIR se refiere cuando habla del derecho penal liberal, pero deja abierto el interrogante relativo a aquellas infracciones con las que se pretende la protección de intereses diferentes de los derechos subjetivos de los individuos. Ejemplos de este problema se encuentran en ámbitos en los que se busca la sanción a través de delitos de peligro abstracto de forma evidente -¿qué es el medio ambiente o la salud pública?- y que muestran que la construcción del bien jurídico puede ser más o menos arbitraria en la medida que es más o menos razonable, aunque que en todo caso depende de decisiones concretas en la misma legislación penal; pero también en algunas esferas en las que se ha salido a la busca de derechos subjetivos -delitos relativos a la administración de justicia, como la prevaricación judicial, la deslealtad profesional de los abogados o el falso testimonio; o delitos de solidaridad mínima como la omisión de socorro o de denuncia de delitos graves¹⁶- y se ha encontrado sólo una contraposición de intereses subordinada a intereses sociales poco definidos.

No puede ignorarse, sin embargo, el desarrollo de la cuestión en la doctrina italiana, que en esta materia ha sido sin duda extraordinariamente fructífera, aunque, desde mi punto de vista, tampoco ha logrado aportar soluciones efectivas al problema planteado. Las concreciones del principio de ofensividad -en ello cuajaría el delito como ofensa a bienes jurídicos, que haría recaer la sombra de ilegitimidad constitucional sobre “inadmisibles anticipaciones de la tutela”, infracciones que “sólo se encuentran en la voluntad del agente” o “meras violaciones del deber o desobediencias como tales”¹⁷- tienen el valor indiscutible de sus pretensiones; pero con facilidad encuentran resultados que no son tan evidentes como se quiere hacer ver, a la vez que la vía de la interpretación constitucional de determinados preceptos -*l'única corretta interpretazione*- no difiera de lo que en otros ordenamientos logra la jurisprudencia en la interpretación teleológica de los tipos penales. Por ejemplo: la limitación de la legimitidad de los delitos de peligro abstracto a aquellos casos en los que constituyen la única forma posible de protección del bien jurídico es también manipulable, especialmente en una sociedad de riesgo masificada. ¿Quién puede negar que la autorización de la prostitución es un riesgo para la libertad de las personas? Pese a ello, la protección penal intenta limitarse a algunas actividades cercanas a la prostitución, pero no a aquéllas que corresponderían a una prohibición general: desde luego, y con exclusión del comportamiento de la persona cuya libertad estaría en peligro (la prostituta), existen muchas conductas que no sólo no son típicas, sino que difícilmente pueden ser consideradas contrarias al derecho positivo. Y otro ejemplo respecto al tema de la interpretación: las restricciones de la jurisprudencia española respecto a la entrega en el acto de dosis individuales de droga alcanza límites insospechados, y ello no significa que una interpretación distinta del tipo -en realidad, respecto a normas sociales que protegen bienes y no respecto a bienes- sea inconstitucional. ¿O es contrario a la norma constitucional sancionar la entrega de tres dosis individuales de droga que no ha de consumir en el instante a un interno en un centro penitenciario?.

¹⁶ En particular, sobre la deslealtad profesional del abogado, PÉREZ DEL VALLE, *La Ley 15 abril 1997*; sobre la omisión de socorro, PÉREZ DEL VALLE/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código Penal-Doctrina y Jurisprudencia* (CONDE PUMPIDO), pp. 2305 y ss; sobre la omisión de denunciar determinados delitos, los mismos, op.cit., pp. 2332 y ss.

¹⁷ Véase MARINUCCI/DOLCINI, (1995), p. 198. Véase en la doctrina española, v. CARBONELL MATEU, (1996), pp. 207 y ss.

En todo caso, el ejemplo que proporcionaba la tesis de la Corte constitucional italiana sobre la “exigüidad”¹⁸ es una muestra de la escasa seguridad que ofrece la idea del bien jurídico para la solución: cuando se pide al juez que determine el límite a partir del que puede aceptarse una lesión del bien jurídico –una cantidad mínima de explosivo, una cantidad mínima de drogas para incriminar la tenencia como un delito- no se le está exigiendo que mida un bien; se le requiere para que especifique las normas sociales que determinan una mínima tolerancia social –contactos sociales mínimos- por debajo de los cuáles sólo puede hablarse de riesgos permitidos o, en todo caso, de ámbitos de peligro que deben ser tratados con el derecho de policía en un sentido clásico o, lo que es lo mismo, con el derecho administrativo sancionatorio. Tal es el caso de la tenencia de drogas para el tráfico en la jurisprudencia y la infracción administrativa de consumo de drogas en público; una y otra son conductas no toleradas, aunque sancionadas en ámbitos del sistema que pretenden fines distintos. En particular, y frente a un derecho de policía que previene peligros, sólo el derecho penal persigue una reafirmación radical de las normas jurídicas vigentes.

3. El “principio del daño”

La breve consideración precedente hace volver, desde mi punto, el planteamiento a un punto de partida esencial: en la tesis del principio de ofensividad, como en la tesis del “respeto de la propia esfera de libertad particular por parte de los demás”, se evoca el principio del daño (“*Harm Principle*”) tal como lo había enunciado en 1859 John STUART MILL: “el único propósito con el que el poder puede ser correctamente ejercido respecto a un miembro de una comunidad civilizada frente a lo que él quiere es el de prevenir un daño a otros”¹⁹. Este intento de reconducir la teoría de los bienes jurídicos ha sido protagonizado no hace mucho tiempo por Andrew VON HIRSCH, que ha aceptado algunas de las premisas –también ha criticado otras- admitidas por FEINBERG sobre la base de MILL: en ese sentido, comportamiento dañoso sería el menoscabo de un recurso a cuya existencia sin deterioro tiene derecho una persona; y la existencia del derecho dependería de un orden primario, del orden moral o de ambos²⁰. Por ejemplo: la protección del derecho de propiedad dependería de las consideraciones propias sobre el derecho de propiedad en el derecho civil, pero también de la determinación filosófica sobre las bases normativas del derecho de propiedad. El principio del daño estaría acompañado de dos elementos marginales: la protección del daño propio derivado del “*legal paternalism*” y de los comportamientos molestos derivado del “*offence principle*”. Pero ni siquiera estas excepciones son suficientes; en la misma argumentación se observan dificultades esenciales: la explicación de los delitos de caza de individuos de especies animales protegidas sólo se entenderían con referencia a ciertos intereses del hombre en su existencia; en todo caso, lo que interesa al hombre es la conservación de la especie y no la existencia del individuo. En otras palabras: un reintento de explicación del derecho penal como protección de derechos subjetivos a bienes determinados se encuentra con

¹⁸ Corte cost. 26 marzo 1986 n. 62, en *Giur.cost.1986-I*, p. 415 y Corte cost. 11 julio 1991 n. 333, en *Giur.cost. 1991*.

¹⁹ JOHN STUART MILL, (1859), edición de Himmelfarb, reimpresión de 1985, cap. IV.

²⁰ Véase VON HIRSCH, (2002), pp. 6-7.

idénticas dificultades que el derecho penal que concibió FEUERBACH; o tal vez con más, porque es posible que estas dificultades se acumulen a las que comprende el derecho penal de bienes jurídicos.

Estas reflexiones no pueden dejar de lado que la referencia a los derechos subjetivos en John STUART MILL es tan clara como constante. Cuando se refiere a las obligaciones sociales de quien se beneficia de la protección de la sociedad, subraya que vivir en sociedad requiere observar, de forma indispensable, una determinada forma de conducta consistente en no lesionar los intereses de otro o, mejor dicho, los intereses de otro que pueden ser considerados como derechos. Pero no se olvide alguna otra cuestión que no puede dejarse de lado: a los derechos de cada uno, MILL añade la parte de cada persona en las labores y sacrificios acometidos para defender la sociedad o sus miembros de lesiones y perturbaciones²¹. Y creo que es posible llegar más adelante en sus consideraciones: “en la conducta de un ser humano hacia otro es necesario que las reglas generales sean observadas por la mayor parte en orden a que el pueblo pueda saber lo que ellos pueden esperar”²². La referencia que sigue al libre ejercicio de la espontaneidad de cada individuo sólo puede entenderse así: únicamente con seguridad de las normas puede desarrollarse en realidad el libre ejercicio de la espontaneidad individual. Normas jurídicas, por tanto, y no bienes son las que proporcionan seguridad a los derechos.

Con estas referencias quiero sólo hacer notar que el “principio del daño” no es, en realidad, lo que en ocasiones se pretende, como no lo es el bien jurídico: cuando MILL indica que la prohibición de la venta del veneno es un límite a la libertad del comprador y no del productor o del vendedor, quiere dejar claro que es el comprador quien utiliza el veneno en función de su libertad. Pero no defiende sin más la libertad de venta del veneno, sino que afirma que “si el veneno no fuese nunca comprado o utilizado sin otro objeto que la comisión de un asesinato, sería correcto prohibir su manufactura y su venta; sin embargo, puede ser deseado no sólo para fines inocentes, sino también con un propósito para el que es posible que sea usado, de tal modo que las restricciones no pueden ser impuestas en un caso sin afectar al otro”²³. El problema no es, por tanto, la protección de la vida, ni siquiera en un adelantamiento de la barrera a momentos de peligro, pues esta función no corresponde, en la mayor parte de los casos, al derecho penal, sino al derecho administrativo o al derecho de policía. Se trata, en lo fundamental, de normas jurídicas en función de intereses sociales: la idea del riesgo permitido sobre la base del mayor beneficio que perjuicio social²⁴. Si está permitida la venta del veneno, el vendedor no responde nunca – aunque sospeche sus pretensiones- de la muerte del marido de la compradora; y es obvio que su comportamiento ha sido perturbador para la vida del marido. Esta figura, que se explica con frecuencia desde la teoría de la imputación objetiva, no carece de relevancia en la discusión de los fundamentos del derecho penal como protección de bienes jurídicos: si se protegiese un bien, nadie dudaría en imputar este comportamiento lesivo de la vida del marido de la compradora; pero, en realidad, la ley penal protege normas y no puede castigar a quien no ha infringido el

²¹ JOHN STUART MILL, (1859), cap. IV, p. 141 (en su introducción).

²² JOHN STUART MILL, (1859), cap. IV, p. 143.

²³ JOHN STUART MILL, (1859), cap. V, p. 165.

²⁴ Véase JAKOBS, (1991), 7/35.

modelo de orientación del comportamiento y se ha comportado dentro de la libertad que existe para desarrollar la espontaneidad individual, con la seguridad que esas normas proporcionan.

En todo caso, una mera separación entre daño –como aspecto puramente material- y bien jurídico –como un concepto ideal- es rechazada también por quienes se manifiestan defensores de la teoría. De interés en este punto es la construcción de DÍEZ RIPOLLÉS²⁵: el concepto de bien jurídico tiene, ciertamente, un aspecto ideal, en tanto constituye “juicio de valor positivo sobre una situación o relación de la vida social”; pero “las formas concretas de manifestación de ese substrato son materiales” y la lesión del bien jurídico es “dañosidad social”. Pues bien: si la cuestión puede definirse de este modo debe preguntarse cuál es el ámbito social en el que el sustrato material es dañado y, por ello, cuál es la vertiente social del sustrato que tiene relevancia. La respuesta es bien clara: las normas jurídicas –que son una realidad social- que protegen ese sustrato; sólo quien daña materialmente el sustrato infringiendo normas sociales puede ser sancionado con una pena. En otras palabras y sobre el ejemplo de la vida, que emplea DÍEZ RIPOLLÉS: ¿qué aspecto social de la vida se lesiona cuando se mata mediante un homicidio punible? Y la respuesta, desde mi punto de vista, sólo puede ser la siguiente: cuando un sujeto culpable ha matado infringiendo normas jurídicas. Quien causa la muerte en el marco de un riesgo permitido –quien, en un accidente de tráfico en el que finalmente murió una persona, ha respetado todas las normas de circulación- no comete un homicidio en ningún caso. En ese caso, por más que el sustrato material haya sido dañado, no lo será en una “forma empírico-socialmente constatable”, pues queda la cuestión –que es, propiamente, la cuestión social a la que se refiere Díez Ripollés- de si ha infringido las normas jurídicas. Por eso, el bien jurídico no es otra cosa que la protección de la estabilidad de las normas.

4. Una ratificación europea: la acción penal y la acusación particular

Una reflexión surge de la lectura de una Sentencia de 11 de febrero de 2003 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que se refiere a dos procesos distintos y a la interpretación del art. 54 del acervo Schengen, y que establece el principio *ne bis in idem* en el ámbito de la Unión al que el acervo es aplicable.

1. El primero de los casos es el de un ciudadano turco, residente en Holanda, respecto de quien se ha iniciado un proceso penal en Holanda por tráfico de drogas, aunque tras realizar una transacción con el Fiscal, se retira la acusación. Después es detenido en Alemania por esos hechos, juzgado y condenado. En el recurso ante la sentencia, el Tribunal Superior de Colonia al TJCE planteó la cuestión siguiente: “¿Se produce para la República Federal de Alemania el agotamiento de la acción penal, con arreglo al artículo 54 del CAAS²⁶, si, de conformidad con el Derecho de los Países Bajos, la acción penal por los mismos hechos está ya agotada en el ámbito nacional? ¿Se produce en concreto el agotamiento de la acción penal cuando una decisión del ministerio fiscal que ordena el

²⁵ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, (2003), p. 35.

²⁶ Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen.

sobreseimiento del procedimiento, una vez que se hayan satisfecho las cargas impuestas (“*transactie*” holandesa), excluye la persecución ante un tribunal holandés, mientras que, según el Derecho de otros Estados contratantes, dicha decisión necesita de la aprobación judicial?”.

2. El segundo de los casos es el de un alemán, residente en Alemania, que lesiona a una mujer en Bélgica. La mujer ejercita la acción civil ante un tribunal belga; pero en el curso de estas diligencias, el Fiscal alemán ofrece un acuerdo con pago de multa que el acusado acepta. El tribunal belga presenta la siguiente cuestión: «¿Permite la aplicación del artículo 54 del CAAS que el ministerio público belga emplace a un nacional alemán ante un tribunal penal belga y que sea juzgado por los mismos hechos respecto a los que el ministerio público alemán le ofreció, mediante acuerdo amistoso, el sobreseimiento de la causa tras el pago de una cantidad, que fue abonada por el inculpado?»
3. El TJCE mantiene que “en un procedimiento de este tipo, la acción pública se extingue mediante una decisión adoptada por una autoridad competente para participar en la administración de la justicia penal en el ordenamiento jurídico nacional de que se trate”. Añade que “cuando la acción pública se extingue definitivamente a resultas de un procedimiento como los controvertidos en los litigios principales, debe considerarse que la persona de que se trate ha sido «juzgada en sentencia firme», en el sentido del art. 54 del CAAS, por los hechos que se le imputan”. Por eso, “una vez que se cumplan las obligaciones impuestas al imputado ha de estimarse que la sanción que implica el procedimiento de extinción de la acción pública se ha «ejecutado», en el sentido de la mencionada disposición”. El planteamiento del TJCE es, por tanto, muy claro: si la acción pública quedó sin efecto –en la sentencia deja muy claro que se trata exclusivamente de la acción penal y no de la acción civil- queda sin efecto cualquier posibilidad de persecución del hecho en cualquier otro estado comunitario. Desde luego, las excepciones siguen vigentes, pero es obvio que se afecta la comprensión de la acción penal en un sentido estricto.

Soy consciente de que un planteamiento desde la perspectiva del proceso no es el ordinario en la formulación de problemas de derecho sustantivo; pero no está demostrado que sea metodológicamente un camino incorrecto. Del mismo modo que la teoría de la tipicidad existe porque derivó de la teoría procesal del *corpus delicti*, existe una relación entre la teoría de los bienes jurídicos, la concepción del derecho penal como derecho subjetivo y la existencia de la acusación particular y la acción popular. A este respecto, debe llamarse la atención de que, en la Constitución, la acusación particular no está prevista como acción en sentido estricto, a diferencia de lo que sucede con la acción popular (art. 125 CE). Es claro que la acción popular forma parte de la participación de los ciudadanos en la administración de justicia; pero entonces debe entenderse que su existencia se ampara en el derecho de tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Si fuese así, en tanto acción penal y a la vista de lo establecido en la sentencia analizada, desaparece cuando el hecho ha podido ser perseguido en un estado extranjero. Un caso evidente: cualquier

delito cometido por un alemán, que es perseguido en Alemania, no ha de serlo en España aunque lo considere así el perjudicado, que se podía haber personado como acusación particular.

De nuevo aquí aparece un argumento que no puede ser discutido: al menos en algunos casos, el ejercicio de la acción penal por una persona en particular se ve restringido cuando en otro estado europeo la acción penal pública se ha extinguido. De ese modo, la protección de bienes jurídicos a través de una acción penal –no se excluye el ejercicio de la acción civil y, por tanto, de intereses reconocidos en ese sector del ordenamiento- se reduce a la acción pública que ya ha sido ejercitada en otro estado europeo. En todo caso, esta situación demuestra al menos –también cuando se reconoce la acusación particular- que el derecho penal es algo distinto de los intereses que protege: “la protección de la vida, de la salud, de la libertad, del honor e incluso de la propiedad a través de las normas penales no fundamenta en ningún modo derechos subjetivos”²⁷. Y en una aproximación más precisa del mismo Binder: si se habla de la misma protección del derecho como un “derecho subjetivo”, lo sería de un modo totalmente distinto a los derechos protegidos, que ciertamente admiten una analogía con los derechos subjetivos privados; en realidad, se trata de “una situación jurídico-pública (...), pero no de un derecho subjetivo”²⁸.

Por eso, cuando se excluye la acusación particular en los casos indicados no existe una minoración de la tutela judicial efectiva, porque la acción penal se ha ejercitado y la acción civil – que no deja de ser “situación jurídica” en el sentido indicado, pero que reconoce una facultad (reclamación del daño) en ambos sentidos de “poder” del derecho subjetivo, por lo general asumidos en el derecho moderno- subsiste. Con ello, de todos modos, se reconoce una autonomía del sistema penal como conjunto de normas de protección del derecho que dificulta su caracterización a través del interés protegido. En el ejemplo de las lesiones, la persecución penal por un delito de lesiones no puede proteger el “derecho subjetivo” a la incolumidad corporal²⁹: no sólo porque ésta ya ha sido dañada, sino esencialmente porque el ejercicio de la acción penal no depende de quien tiene el derecho, que incluso en un sistema que se la reconoce –como el proceso penal español- puede ceder al ejercicio de la acción penal en otro estado europeo que sea competente para conocer del delito. Pero tampoco es protección del derecho a reclamar el daño, que representa la acción civil y que, de hecho, en el caso anterior, no ha desaparecido. ¿Cuál es entonces el bien jurídico que protege? Desde mi punto de vista, no se trata de la protección de un “bien jurídico” en sentido estricto, sino del aseguramiento de que las normas que tienden a la protección de ese interés que se define como “bien jurídico” están vigentes.

²⁷ BINDER, (1927), p. 364.

²⁸ BINDER, (1927), p. 381.

²⁹ En el supuesto de que el derecho, como tal, exista; al menos, es dudoso que exista de forma ilimitada, pues parece indiscutible que muchas autolesiones pueden ser consideradas ilícitas. A estos límites y a la posición del derecho penal se hará referencia posteriormente.

5. ¿Legítima defensa de bienes jurídicos?

Una demostración de esta última tesis se encuentra, en mi opinión, en la teoría de la legítima defensa. El planteamiento de la tesis sería el siguiente: un derecho penal que encuentra su fundamento en la protección de bienes jurídicos debería prescindir de la legítima defensa en sentido estricto, pues las situaciones de peligro para un bien jurídico determinado deberían resolverse siempre con una ponderación propia del estado de necesidad, en el que la lesión sólo estaría legitimada porque –no “cuando”– se ha salvado un interés de mayor valor. La legítima defensa, en tanto no está fundada necesariamente en el criterio de la ponderación, quedaría fuera de un derecho penal de protección de bienes jurídicos y sería, por tanto, inconstitucional.

Esta tesis puede ser atacada por la base: es posible pensar en una legítima defensa de protección de bienes jurídicos, si se considera desde una perspectiva contractualista. A ella se refiere BERNER –indicando que no la comparte, como es obvio en la perspectiva de un hegeliano, pero sin ahondar en la crítica– de forma sucinta³⁰: el ciudadano sólo renuncia a la protección de su derecho en la medida que el estado puede y quiere ejercer esta función de protección; donde el estado no puede llegar a proteger, resurge el derecho (natural) la protección del derecho con sus propios medios (*adversus periculum naturales ratio pemittit se defendere*).

La cuestión puede ser examinada también en un autor como LOCKE, pues ciertamente la sociedad tiene aparentemente en su concepción un contenido claramente defensivo de lo que hoy podríamos denominar bienes jurídicos y porque no puede dudarse de que, en la defensa de estos bienes –esto es, en la protección directa de los bienes por parte del individuo– ha de concurrir lo que BERNER denominaría una concepción contractualista. Para LOCKE, como es sabido, la sociedad civil se apoya en el acuerdo entre sus componentes para una mutua vida segura (*safe*), confortable y pacífica en un seguro (*secure*) disfrute de sus propiedades y una mayor seguridad (*Security*) frente a quien no pertenece a ella³¹; este fin (*Safety and Security in Civil Society*) ha sido el primario para el que ha sido constituida la comunidad, tal como LOCKE la entiende³². Este se explica porque es el fin que el hombre, todavía en estado de naturaleza, busca al unirse a otros en sociedad: la mutua preservación de su vida, libertad y posesiones, que es lo que LOCKE llama propiedad³³. Y este poder, que era propio del estado de naturaleza, es cedido por el sujeto a la comunidad para permitir la protección mutua. Es muy claro, en este sentido, que nadie puede transferir a otros más poder que el que tiene sobre sí mismo o sobre otros, y nadie tiene el poder de destruir su propia vida o de privar a otros de su vida o de su propiedad³⁴.

La cuestión, sin embargo, no es tan clara. Por una parte, no debería dejarse de lado un elemento muy particular de la exposición de LOCKE: cabe pensar que, en realidad, existe una federación de

³⁰ BERNER, (1848), pp. 555-556.

³¹ Véase LOCKE, (1988), II, cap. VIII, § 95, 5 (p. 331).

³² LOCKE, (1988), II, cap. VII, § 94, 8-9 (p. 329).

³³ LOCKE, (1988), II, cap. IX, § 123, 13ss (p. 350); sobre este amplio concepto de propiedad v. PÉREZ DEL VALLE, “En torno a la modernización del derecho penal”, *Cuadernos de Política Criminal* 84 (2004), pp. 153 y ss.

³⁴ LOCKE, (1988), cap. XI, § 135, 10-13 (p. 357).

diferentes alianzas de protección de la propiedad³⁵. El poder federativo, subordinado al legislativo, es diferente del poder ejecutivo de cada comunidad de protección; regula las relaciones entre diferentes comunidades de protección³⁶. Esto implicaría, desde mi punto de vista, que existen dos niveles de protección diferentes cuando el estado sanciona con penas: en el primero –el federativo– es posible la aplicación de leyes que protegen las alianzas o los intereses fundamentales de una federación de alianzas cuando ésta existe; en el segundo –que correspondería al ejecutivo– se aplican leyes que corresponden a lo cedido en el pacto, y sólo aquí se trata realmente de la protección de la propiedad en el sentido amplio en el que es concebida por LOCKE. Esto implica que, desde luego, en el primer nivel no hay protección de la propiedad (vida, posesiones) del sujeto en sentido estricto, sino de la alianza. Y ello supone claramente protección de los vínculos que la han fundamentado, que son normas jurídicas. En otras palabras: en la perspectiva de lo federativo, LOCKE sólo puede limitar la protección a las propias normas que respaldan la existencia de ese poder.

Resta entonces la cuestión relativa al ejecutivo, que LOCKE establecería respecto a la aplicación de leyes –dictadas por el poder legislativo, al que está subordinado– propias del pacto, de la comunidad de protección; aparentemente entonces debería afirmarse que se trata de leyes que protegen los diferentes bienes que quedan enmarcados en el concepto amplio de propiedad, en el sentido en que lo considera LOCKE. Y, en realidad, para LOCKE, los límites de la legislación y los límites de la pena no tienen otro fin ni medida, que poner en manos de los jueces el poder necesario para preservar la vida, libertades y posesiones de los individuos que pretenden obtener una mayor seguridad en comunidad. Esto garantizaría, para LOCKE, la exclusión de un poder arbitrario o absoluto en la legislación; no cabe legislar en comunidad más allá de los límites del poder natural que el individuo ha cedido en sociedad a la preservación de su propiedad³⁷. La justificación de que nadie puede transmitir un poder que no tiene para sí –a la que se hizo referencia antes– implica, de este modo, una justificación de los límites a la arbitrariedad sobre la base del poder del individuo en el estado de naturaleza.

Pero ésta sería una visión que prescinde, en mi opinión, de un aspecto fundamental en las explicaciones de LOCKE. Si, como ha de reconocerse, el derecho es previo al estado civil y existe en el estado de naturaleza³⁸, esto sucede también con “la ley fundamental natural” que es la preservación de la humanidad, contra la que ninguna sanción puede ser buena o válida³⁹. Aquí LOCKE se manifiesta claramente en el marco del iusnaturalismo racionalista y pone de manifiesto una concepción de la ley penal no demasiado lejana de la de HOBBS: en realidad, la ley penal aparece anexa a la ley humana que refuerza obligaciones de derecho natural, que no cesan –porque preexisten, como el derecho natural– cuando el individuo vive en sociedad para reforzar su observancia⁴⁰. En otras palabras: la ley penal no constituye, ni siquiera en el caso de LOCKE,

³⁵ Alianzas de protección de que ROBERT NOZICK ve en el estado de naturaleza. Véase NOZICK, (1974), pp. 12 y s.

³⁶ Véase LOCKE, (1988), cap. XII, § 146, (p. 365).

³⁷ LOCKE, (1988), cap. XV, § 172, 6-21 (p. 381-382).

³⁸ Sobre estos derechos inalienables, y sobre la influencia de la visión de LOCKE en la declaración de independencia norteamericana, véase ADOMEIT, (1995), pp. 64 y ss.

³⁹ LOCKE, (1988), cap. XI, § 135, 31-32 (p. 358).

⁴⁰ LOCKE, (1988), cap. XI, § 135, 23-26 (pp. 357-358).

una protección del bien en sentido estricto, sino de la obligación de derecho natural subsistente en sociedad, después de que el individuo haya abandonado el estado de naturaleza; por tanto, el bien jurídico que protege la ley penal es la observancia de las normas jurídicas y, en particular, de las que establecen obligaciones de derecho natural.

Sólo restaría por examinar un aspecto: ¿tampoco en el caso de la legítima defensa se protege el bien que se defiende? Este problema está relacionado, sin duda, con el derecho anterior a la constitución de la sociedad, de la alianza de protección. El sujeto tiene un derecho sagrado a la autopreservación⁴¹ que, en el estado de naturaleza, ejercitaría defendiéndose por sí mismo de los ataques y castigando a los delincuentes; ello implica que habría de ejercitar ese poder por sí mismo constituyéndose en juez en asuntos propios y esta inconveniencia explicaría la cesión⁴². Debe pensarse, como es lógico, que este derecho sagrado es ejercitado directamente por el individuo cuando –por diferentes circunstancias- la sociedad, a la que ha cedido el derecho, no es capaz de protegerle. Y esto significa, por tanto, que el individuo no protege el bien en sentido estricto; protege su derecho natural a la propiedad (vida, posesiones) que tiene desde el origen, desde su estado de naturaleza; y muy probablemente, cuando está en sociedad, también el derecho de preservación de otros, lo que justificaría la defensa de terceros. No hay en la defensa –como cesión de un derecho natural- fundamento para pensar que el individuo protege el bien en concreto, y una radicalización en este sentido del contractualismo sólo sería compatible con un derecho penal de protección de derechos subjetivos.

6. Conclusión

En las líneas precedentes se ha intentado demostrar que la teoría de los bienes jurídicos, tal como es formulada con frecuencia, no puede sustentar la legitimación material del derecho penal por sí misma, porque, en realidad, se ha confundido con la mera protección de derechos subjetivos. Según creo, ni el apoyo en la norma constitucional (2), ni el denominado “principio del daño” (3) permiten resolver esa cuestión, que aflora en diferentes facetas del proceso a través del ejercicio de la acción (4). De hecho, una perspectiva radical –por tanto, contractualista- de la defensa no ofrece una fundamentación diferente de la obligación de respeto a las normas. En esas circunstancias, la crisis de la teoría de los bienes jurídicos resulta clara y su crítica –aunque en demasiadas ocasiones sea situada en el punto de mira- justificada.

⁴¹ LOCKE, (1988), cap. XIII, § 149, 13-18 (p. 367).

⁴² LOCKE, (1988), cap. XI, § 136, 8ss (pp. 358-359).

7. Tabla de sentencias citadas

Tribunal Constitucional

<i>Resolución y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STC, 2.10.1997	161/1997	Carles Viver Pi-Sunyer	Cuestión de inconstitucionalidad

Corte Costituzionale Italiana

<i>Sala</i>	<i>Ref./Fecha de depósito</i>
Corte Costituzionale Italiana	62/1986, de 26 de marzo de 1986
Corte Costituzionale Italiana	333/1991, de 11 de julio de 1991

8. Bibliografía citada

ADOMEIT (1995), *Rechts- und Staatsphilosophie, Bd. II Rechtsdenker der Neuzeit*.

AMELUNG (1972), *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gessellschaft*.

BERNER, "Die Notwehrtheorie", *Archiv des Criminalrechts-1848*

BINDER (1927), *Prozeß und Recht*.

BINDING (1885), *Handbuch des Strafrechts*.

BIRNBAUM (1834), "Ueber das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens", *Archiv des Criminalrechts-Neue Folge (1834-II)*.

CARBONELL MATEU (1996), *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2ª edic.

CONTE/MAISTRE DU CHAMBON (1998), *Droit Pénal Général*, 3ª edición.

DÍEZ RIPOLLÉS (2003), *Política criminal y derecho penal-Estudios*.

ENGISCH (1997), *Einführung in das juristische Denken*, 9ª edición de Wütemberger/Otto.

FLETCHER (1998), *Basic Concepts of Criminal Law*.

VON HIRSCH (2002), "Der Rechtsgutbegriff und das «Harm Principle»", GA-2002.

JAKOBS (1991), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín, 2ª edición.

KANT, *MdS, Einleitung der Rechtslehre A (A 236)*.

KELSEN(1934a), *Reine Rechtslehre*, 1ª edición.

KELSEN (1934b), "Zur Theorie der Interpretation", *Revue Internationale de la Théorie du Droit-VIII*.

KÖHLER (1996), *Strafrecht-Allgemeiner Teil*.

LOCKE (1988), *Two Treatises of Governement (1698)*, edición de P. Laslett

MARINUCCI/DOLCINI (1995), *Corso di diritto penale-1 (Nozione, struttura e sistematica del reato)*.

STUART MILL (1859), *On Liberty*, edición de Himmelfarb, reimpresión de 1985.

MIR PUIG (1985/1996), *Derecho penal-Parte general*, 2ª edición o 4ª edición.

NOZICK (1974), "Anarchy, State and Utopy".

PÉREZ DEL VALLE (1997) Sobre la deslealtad profesional del abogado, *La Ley 15 abril 1997*.

PÉREZ DEL VALLE, "En torno a la modernización del derecho penal", *Cuadernos de Política Criminal 84 (2004)*, pp. 149 y ss.

PÉREZ DEL VALLE/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA *Sobre la omisión de socorro*, en Conde Pumpido (director) *Código Penal-Doctrina y Jurisprudencia*.

PÉREZ DEL VALLE/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Sobre la omisión de denunciar determinados delitos*, en Conde Pumpido (director) *Código Penal-Doctrina y Jurisprudencia*.

PÉREZ DEL VALLE (2004), *Estudios de filosofía política y del derecho penal*.

VIVES ANTÓN (1995), *La libertad como pretexto*.