

No sólo bienes jurídicos

Hace más de cinco lustros que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, como elemento integrante de una teoría de la legitimación del Derecho penal, se halla en crisis¹. Dicha crisis surgió, en realidad, tan pronto como la doctrina del bien jurídico hubo de afrontar la realidad de los nuevos procesos de criminalización, para los que –debe convenirse– no estaba preparada, tras décadas de cómoda convivencia con los procesos de despenalización. La pluralidad de doctrinas modernas acerca de qué es exactamente un bien jurídico ha hecho perder fuerza expresiva al concepto². Por lo demás, las distintas concepciones se mueven con frecuencia en el voluntarismo, el intuicionismo o, sin más, constituyen meras peticiones de principio.

La gran duda se refiere, a mi entender, a la naturaleza de un concepto que debe servir para controlar la actividad del legislador: de control “democrático” habla *Hassemer*³, lo que obliga a plantear la cuestión de a qué democracia se refiere. Pues bien, esta democracia no puede ser la representada por el principio mayoritario, sino que debe incorporar, de algún modo, un criterio precisamente contramayoritario. Dado que, por tanto, el bien jurídico se sitúa en el plano supralegal, no quedan muchas alternativas: o se deriva de la Constitución (Derecho positivo supralegal), lo que ciertamente permitiría referirse a él como instrumento de control democrático(-constitucional) del legislador; o se extrae de una idea suprapositiva (natural) de Derecho (penal). Pese a las apariencias, y habida cuenta de la ambigüedad constitucional, entre lo uno y lo otro no hay tantas diferencias. Sobre todo si se acoge la idea de que con la mención del Derecho suprapositivo no se está aludiendo a una idea de Derecho universal y atemporal, sino a un “Derecho natural de contenido variable”. Pero, lo que es más importante, tampoco habría, en realidad, grandes diferencias entre estas posiciones y las que sitúan el objeto de protección del Derecho penal en las normas vigentes, con tal de que esto último no se reformule en términos de protección de las normas fácticamente vigentes. Pues dichas normas vigentes susceptibles de protección habrán de ser, asimismo, legítimas. Y es perfectamente razonable introducir, como criterio de legitimidad, una cierta visión, adecuada a los tiempos (¿y a los lugares?), acerca del

¹ Cfr. Heinz KORIATH, «Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts», *GA* 1999, pp. 561 y ss.

² Lo que se pone de relieve en el libro Roland HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (ed. española a cargo de Alcácer/Martín/Ortiz de Urbina), Madrid-Barcelona (Marcial Pons) 2007.

³ Winfried HASSEMER, «¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?» (trad. Spínola), en HEFENDEHL (ed.), *La teoría*, p. 105.

merecimiento y necesidad (proporcionalidad) de la protección penal⁴ del contenido de una determinada norma. En realidad, también a esto se le podría llamar “bien jurídico”.

En esta tesitura, de notable imprecisión, algunos han vuelto la mirada hacia las teorías que –antes de la obra de *Birnbaum*- trataban de legitimar la intervención del derecho penal ciñéndola a las conductas lesivas de derechos subjetivos de terceros; algo que –no cabe duda de ello- resulta sustancialmente más determinado. Otros, en cambio, han abundado en la crítica a la teoría del bien jurídico. La novedad viene dada por el hecho de que esta crítica no se basa ahora en la incapacidad limitadora del concepto de bien jurídico, cuanto en la posibilidad de que el Derecho penal tenga que dejar de ceñirse a éste para cumplir con sus necesarias funciones protectoras⁵. Ya se habla de *extending principles*,⁶ entre los que se contarían el *offence principle*, ciertos supuestos de paternalismo penal, etc. Es cierto que las pretensiones de protección de los animales o de los intereses de las generaciones futuras han sido detonantes, en buena medida, de esta actitud. Pero el planteamiento al que aludo va más allá y pretende, en suma, sostener que no todas las normas jurídico-penales legítimas se basan en bienes jurídicos. A él se han sumado, en diferente medida, *Roxin*⁷ y *Stratenwerth*⁸. Aquí me interesa traer a colación el punto de partida de *Stratenwerth*. A saber, la conveniencia de superar la idea liberal, que ve al sujeto como puro *individuo* (*homo oeconomicus*) al que librar de las ataduras del Estado corporativo. Y la oportunidad de considerar la protección (no siempre penal) del sujeto como *persona moral*, esto es, “en sus creencias básicas que van más allá de su individualidad y tienen que ver con toda su visión del mundo”⁹. Si partimos de que esas creencias, como creencias compartidas, se acaban manifestando en las normas de conducta establecidas en una sociedad dada ¿no resulta que estamos dando vueltas siempre sobre lo mismo: o derechos subjetivos o modelos de organización social?

Jesús-María Silva Sánchez

⁴ Para evitar citas más polémicas, valga aquí remitirse a un trabajo clásico de Klaus TIEDEMANN, «Stand und Tendenzen von Strafrechtswissenschaft und Kriminologie in der Bundesrepublik Deutschland», *JZ* 1980, p. 489 ss., 490: “...que los bienes jurídicos son sólo valores relativos, esto es, dependientes del respectivo sistema dominante (unidades funcionales) y que, consiguientemente, los efectos disfuncionales (socialmente dañosos) son distintos en función del sistema global de que se trate, no sólo se ha convertido hoy día en una evidencia para la dogmática del Derecho penal, sino que también ha adquirido un significado prácticamente fundamental para el enjuiciamiento del merecimiento y necesidad de pena del comportamiento humano, esto es para la política del Derecho penal y para la reforma del Derecho penal”.

⁵ Günter STRATENWERTH, «Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?», *ZStW* (105), 1993, pp. 679 y ss.

⁶ Cfr. las referencias en HEFENDEHL, «De largo aliento: El concepto de bien jurídico», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría*, pp. 466 y ss.

⁷ *Strafrecht AT*, Band I, 4. Auflage, München 2006, pp. 29 y ss., n^o marg. 51 y ss.

⁸ Cfr. Günter STRATENWERTH, «Zum Begriff des "Rechtsgutes"», en ESER (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München (Beck) 1998, pp. 377 y ss.

⁹ Günter STRATENWERTH, «La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría*, pp. 369 y ss.