

BIEN JURÍDICO Y VIGENCIA DE LA NORMA: ¿DOS FUNCIONES EXCLUYENTES?*

*Legal Interest and the Validity of the Norm:
Two Mutually Exclusive Functions?*

Miguel POLAINO NAVARRETE**
Universidad de Sevilla, España

DOI: <https://doi.org/10.15174/cj.v15i29.550>

Sumario:

I. Introducción. II. La protección de bienes jurídicos como función esencial y legitimante del derecho penal. III. La crítica funcionalista al concepto de bien jurídico y su contrapropuesta: la protección de la vigencia de la norma. IV. ¿Protección de bienes jurídicos versus vigencia de la norma? Críticas a las críticas funcionalistas sobre el concepto de bien jurídico. V. Recapitulación.

Resumen: El texto expone la evolución del concepto de bien jurídico como fundamento legitimante del derecho penal, revisando su aparente tensión con la tesis funcionalista de Günther Jakobs sobre la vigencia de la norma. Se presenta además el desarrollo histórico del bien jurídico desde Birnbaum y von Liszt, destacando su carácter normativo y su función de límite al legislador, para más tarde sintetizar la crítica funcionalista, según la cual el derecho penal no protege bienes sino la estabilidad comunicativa del sistema mediante la reafirmación de la norma quebrantada. De esta manera, se analizan estas objeciones, reconociendo sus aciertos pero subrayando sus límites: el bien jurídico no se agota en categorías naturalísticas, cumple una función preventiva y garantista, y no puede ser sustituido por una concepción autorreferencial de la norma; así la protección de bienes jurídicos y vigencia normativa no son funciones excluyentes, sino dimensiones complementarias del sistema penal. Finalmente, se concluye que el bien jurídico sigue siendo un concepto esencial para delimitar el injusto y fundamentar la intervención penal en un Estado democrático.

11

Palabras clave: bien jurídico, vigencia de la norma, funcionalismo penal, dogmática penal, política criminal.

Abstract: The text examines the evolution of the concept of the legal interest as a legitimating foundation of criminal law and revisits its apparent tension with Günther Jakobs's functionalist thesis on the validity of the norm. It also outlines the historical development of the legal interest from Birnbaum and von Liszt onward, emphasizing its normative character and its function as a limit on the legislature. The text then synthesizes the functionalist critique, according to which criminal law does not protect interests but rather the communicative stability of the system through the reaffirmation of the norm that has been breached. These objections are analyzed by recogni-

* Conferencia impartida el 10 de noviembre de 2022 en el Salón de Actos de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato, durante la visita académica del profesor Miguel Polaino Navarrete. Esta transcripción ha sido autorizada por el propio profesor para su publicación en *Ciencia Jurídica*.

** Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Catedrático Emérito de Derecho Penal, Universidad de Sevilla.

zing their merits while underscoring their limits: the legal interest cannot be reduced to naturalistic categories, it performs a preventive and rights-protective function, and it cannot be replaced by a self-referential conception of the norm. Thus, the protection of legal interests and the maintenance of normative validity are not mutually exclusive functions, but complementary dimensions of the criminal law system. The text concludes that the legal interest remains an essential concept for delimiting wrongdoing and grounding the exercise of penal authority in a democratic state.

Keywords: legal interest, validity of the norm, functionalist criminal theory, criminal law doctrine, criminal policy.

I. Introducción

Hace un par de años tuvimos el honor de recibir como profesor invitado en la Universidad de Sevilla al Dr. Leandro Eduardo Astrain Bañuelos, Director del Departamento de Derecho de esta Facultad. Disertó entonces el doctor Astrain sobre un tema grato para mí: el concepto de bien jurídico en la dogmática penal, tema al que dediqué hace casi medio siglo mi segunda monografía, reseñada en su aparición, elogiosamente, como también había con la primera, por el prestigioso profesor y magistrado argentino Eugenio Raúl Zaffaroni. La contribución del doctor Astrain aparece, por cierto, publicada en el último número de la revista de mi facultad: *Crónica Jurídica Hispalense*, dirigida e impulsada por el Decano Alfonso Castro. Permitanme que vuelva sobre ese tema recurrente de la dogmática penal en mi ponencia de hoy, en este marco incomparable de la Universidad de Guanajuato.

12

II. La protección de bienes jurídicos como función esencial y legitimante del derecho penal

Empecemos con una declaración fundamental: el derecho penal protege bienes jurídicos. Esta frase ha sido un dogma incuestionable desde tiempo secular. En ella se resume la opinión mayoritaria en la dogmática penal, algo en lo que no había voz discrepante, a saber, que el derecho penal cumple una función social: la tutela de bienes jurídicos, es decir, aquellos bienes y valores, personales o sociales, imprescindibles para el desarrollo de la vida comunitaria del ser humano en sociedad.

El concepto tiene una historia de casi dos siglos. En 1834 el penalista alemán Birnbaum acuñó el concepto de «bien» en el sentido de «objeto protegido» y la idea de «bien jurídico» pasó de ese modo a hacer fortuna. Antes de Birnbaum, en lo que yo mismo he denominado «Prehistoria del concepto de bien jurídico», algún autor había iniciado el camino. Así, por ejemplo, en los albores del siglo XIX, un autor de gran relevancia, von Feuerbach, considerado el padre de la ciencia penal moderna, cifró el objeto jurídico de protección penal en los «derechos subjetivos»; de manera que, a su juicio, el derecho penal se integraba de un contenido de derecho privado: los concretos derechos subjetivos de los ciudadanos a no ser lesionados, a no resultar violados ilegítimamente en su morada, en su integridad, etcétera.

Desde 1834 no hubo época en que se prescindiera notoriamente del concepto de bien jurídico. La única excepción quizá sea la concepción de cierto sector de la doctrina penalista durante la época nacionalsocialista en Alemania: aquellos autores, encuadrados en la llamada Escuela de Kiel (Schaffstein y Dahm, entre otros), que entendieron que el delito era, ante todo, «lesión de un deber» que ellos cifraban en «intereses» tan rechazables como el «sano sentimiento del pueblo».

Pero centrémonos en el caldo de cultivo democrático en que se desarrolla nuestra dogmática. ¿Qué significa en este contexto «bien jurídico»? En casi dos siglos de evolución dogmática se han promulgado teorías para todos los gustos. Desde el último tercio del siglo XIX, se decantaron dos vertientes principales: una de carácter formalista, propuesta por Binding sobre la base de su teoría de las normas, que dividía en normas de prohibición y en normas de mandato: la lesión ya formal de esas normas constituía el objeto de protección (bien jurídico) en el ámbito penal; y otra de carácter materialista, defendida por Franz von Liszt, quien formuló una «teoría de la nocividad social» conforme a la cual el derecho penal protege determinados intereses humanos procedentes del mundo de valores sociales (*bienes jurídicos*) que conforman materialmente el contenido de la norma. La lesión de los mismos expresa el contenido substancial del injusto típico. Pero, al mismo tiempo, el bien jurídico es, para von Liszt, un *concepto substantivo* que establece límites al legislador y, también, un *factor político-criminal* de relevante significación en el sistema penal, al representar un concepto-límite entre el derecho penal y la política criminal. Ahí cobra sentido su famosa frase: «el derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal».

Y, entre ellas, se suceden multitud de formulaciones, en las que no puedo entrar aquí, como la de Roxin, para el que el bien jurídico alude a «situaciones de valor preventivas de riesgos» o la de Rudolphi que lo define como «unidad de función social portadora de valor». Hay muchas doctrinas más. Todas ellas convergen en un punto: la función esencial, legitimante, del derecho penal era la protección de bienes jurídicos, sea como fuera la forma en que éstos se entendían.

III. La crítica funcionalista al concepto de bien jurídico y su contrapropuesta: la protección de la vigencia de la norma

El dogma del bien jurídico iba a encontrar a un firme, si no contradictor, sí al menos reformulador y crítico en el último cuarto del siglo XX: el jurista alemán Günther Jakobs, que ha revolucionado el derecho penal moderno con un sistema alejado de presupuestos ontológicos y redefiniendo los conceptos penales de manera netamente normativizada. Veamos qué queda del concepto de bien jurídico desde la perspectiva de Jakobs.

Primero: Jakobs no prescinde totalmente de los componentes ético-sociales en la protección penal, que definían y legitimaban la función de tutela punitiva en la concepción de su maestro Hans Welzel, padre del finalismo jurídico-penal. Citando a Welzel, dice Jakobs que el derecho penal debe proteger *valores ético-sociales*, argumentando que «así hay que comenzar si no se quieren entender los efectos del derecho penal —al

igual que el invierno y el verano— como sucesos de la naturaleza, sino —al igual que el enunciado y la respuesta— como *hechos sociales*». Pero a partir de ahí, como afirma el mismo Jakobs, se apartan los caminos y quiebra la dogmática ontologista.

Segundo: Jakobs concibe la lesión a un bien no como un suceso natural sino como un atentado jurídico. Así, argumenta que los metales envejecen, las catástrofes naturales devoran propiedades o el simple transcurso del tiempo lesionan la vida humana. Y ello, dice, nada sirve para definir *específicamente* el ámbito de tutela del derecho penal. La lesión que interesa al derecho penal ha de ser, pues, normativamente definida, sin atadura ontológica o naturalística alguna, con lo que se rechaza la naturaleza de las cosas y la estructura óntico-ontológica.

Tercero: para Jakobs la secuencia delito-pena no puede ser explicada de manera negativa como imposición de un mal ante un mal producido (en el sentido de Hugo Grocio), sino que ha de buscarse una explicación positiva que busque una reafirmación en la sociedad.

El argumento de Jakobs es netamente *hegeliano*: tanto el delito como la pena son expresiones de sentido comunicativamente relevantes, pero de signo opuesto. El autor expresa, mediante su acción delictiva, una disconformidad con la norma: expresa que, para él, esa norma que él infringe *no tiene vigencia*. La pena, que también es una expresión comunicativa (simbólica), ha de desautorizar de manera *general* esa desautorización *individual* de la norma. Por ello, «la prestación que realiza el derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El derecho penal, por tanto, confirma la identidad social», es decir, «restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma». Se produce, pues, lo que Hegel explicaría como *negación de la negación del derecho*, doble negación que produce reafirmación del derecho, confirmación de la realidad y de la vigencia de la norma y de la estructura social.

Cuarto: la doctrina funcionalista opera un cambio de paradigma en la dogmática jurídico-penal: el derecho penal no protege bienes ante lesiones o puestas en peligro, sino que pretende que la norma jurídico-penal mantenga su vigencia: «la pena —dice Jakobs— no repara bienes, sino que confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino solo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Un quebrantamiento de la norma, a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas».

Y quinto: desde la perspectiva funcionalista se considera un sinsentido afirmar que el derecho penal protege bienes jurídicos, siendo así que dicho ordenamiento pone en marcha su mecanismo de protección una vez que el bien ya ha sido lesionado o puesto en peligro, quizás de manera irreparable (esto es: cuando el honor ya se ha lesionado, cuando la lesión ya se ha producido, cuando el muerto ya está muerto): o sea, como diría Welzel, el derecho penal actúa en estos casos «demasiado tarde».

Hasta aquí la revisión de la concepción funcionalista sobre el concepto de bien jurídico. En ella vemos que se contraponen las funciones de protección de bienes jurídicos y la de estabilización de la vigencia de la norma. Veamos ahora si esa contraposi-

ción excluyente es conveniente y acertada. Para ello habremos de revisar, brevemente, las críticas funcionalistas formuladas.

IV. ¿Protección de bienes jurídicos versus vigencia de la norma? Críticas a las críticas funcionalistas sobre el concepto de bien jurídico

El bien jurídico ¿incapaz de delimitar el derecho penal de otras lesiones puramente naturales?

La primera crítica de Jakobs al concepto de bien jurídico es que éste se ve, de alguna forma, incapacitado para desempeñar una función tutelar en el seno del derecho penal precisamente porque las lesiones o puestas en peligro de bienes son fenómenos naturales y no exclusivamente normativos. La crítica del autor alemán acierta en llamar la atención sobre la necesidad de distinguir *lesiones a bienes* y *lesiones a bienes jurídicos*. Es cierto que hay catástrofes naturales (pandemias, terremotos, sunamis, etcétera) que son devastadores para muchos bienes del ser humano. Es cierto que muchos metales se corroen y desgastan en contacto con el agua, con óxidos, con el mismo ambiente. Es cierto que el mismo transcurso del tiempo menoscaba la incolumnadidad de ciertos bienes (¿no es la muerte natural por vejez un menoscabo del bien «vida»?).

Pero sucede que ello no tiene nada que ver con el ámbito normativo de protección de *bienes jurídicos* por parte del *derecho penal*. Ésta es una disciplina normativa, y asimismo ha resaltado la doctrina penalista, desde largo tiempo atrás, entre las características del concepto de bien jurídico la de la *normatividad*. No cualquier lesión ni cualquier bien devienen penalmente relevantes, solo algunas de aquéllas en casos excepciones, en relación con los más relevantes bienes y valores y siempre que sean expresamente reconocidos como tal por la norma penal.

15

¿La confirmación de la vigencia de la norma como único aspecto positivo de la secuencia delito-pena?

La segunda reflexión crítica de Jakobs sobre el concepto de bien jurídico es la relativa a la secuencia delito-pena. A su juicio, no puede explicarse de manera negativa, sino que hay que extraer una consecuencia positiva, que tenga un efecto reafirmador en el ámbito social: la confirmación de la vigencia de la norma, quebrada simbólicamente mediante una expresión de sentido, el hecho punible. Esta crítica también presenta parte de razón, pero también otra parte que —a mi juicio— es incorrecta. Es cierto que la definición de un mal como mal en sí mismo carece de racionalidad lógica. En sí, sería una finalidad encerrada en mero deseo de venganza, sin mayor utilidad para el individuo ni para la sociedad. Es verdad también que resulta necesario buscar un aspecto positivo en la secuencia delito-pena, una utilidad, una enseñanza. Pero que se persiga una finalidad positiva no excluye, por una parte, que la secuencia se componga necesariamente de dos males *per se* (delito y pena) ni, por otra parte, tampoco obliga

a que el único aspecto positivo venga dado por la estabilización de la norma quebrada, excluyendo toda referencia al concepto de bien jurídico.

En mi opinión, el concepto de bien jurídico también desempeña un papel importante en ese aspecto positivo que se extrae de la secuencia delito-pena. Y lo desempeña porque la función tutelar (de protección de bienes jurídicos) es una *función de garantía* del ser humano, esto es, una *función de prevención* y de *alarma* frente a hipotéticas lesiones de esos bienes jurídicos. El contenido del aspecto positivo que se extrae de la secuencia delito-pena no se agota en la autovigencia de la norma, sino que abarca un aspecto tutelar-preventivo, mediante el cual se concede la más grave garantía normativa que puede conceder el derecho a través de la amenaza de la, a su vez, más contundente sanción de que dispone el ordenamiento jurídico: la pena (privativa de libertad o privativa de otros derechos fundamentales del individuo).

¿Desplaza la norma al bien jurídico a un segundo plano?

En tercer lugar: con la argumentación de que el derecho penal acostumbra a llegar demasiado tarde, cuando la lesión del bien jurídico ya se ha producido efectivamente, la doctrina funcionalista rechaza la idoneidad del bien jurídico como elemento esencial del contenido de injusto y, por ello, del cometido tutelar del derecho penal, de manera que pretende que ese concepto pase a un segundo plano, ganando todo el protagonismo el concepto de vigencia de la norma. Esta crítica funcionalista presenta, asimismo, algunos puntos de acierto, pero también falla en otros aspectos esenciales, lo cual la hace, en mi concepción, errónea.

Por un lado, la argumentación de que el derecho penal llega demasiado tarde es excesivamente parcial. Desde un punto de vista exclusivamente *naturalístico*, llega, en efecto, *demasiado tarde* para devolver la vida al muerto, o para devolver la salud quebrada al lesionado. Pero es que eso no es tarea del derecho penal. Exigir que el derecho penal (o cualquier otra instancia o mecanismo estatal) impida todo resultado lesivo de cualesquiera de los bienes personales o colectivos de cada uno de los ciudadanos es algo irreal, utópico y aun descabellado. La criminalidad es propia de los Estados modernos. No hay ni un solo Estado —y no es imaginable que pudiera haber en la sociedad humana— en el que no exista una mínima cota de criminalidad (lo contrario sería propio de sociedades divinas, celestiales, perfectas, integradas por espíritus puros, pero no de comunidades de seres humanos). La lesión de bienes jurídicos es consustancial a las sociedades modernas. En ese sentido, no es que el derecho penal llegue demasiado tarde, sino que el derecho penal de acto llega *cuando puede llegar y no puede llegar antes*.

Sobre esa base, el derecho penal, consciente de que no puede prohibir lo imposible, ha de proveer la garantía más cabal, completa e inmediata de todas las posibles: lleva a cabo tal función mediante una selección cuidadosa y realista de los bienes jurídicos imprescindibles para el desarrollo de la vida comunitaria. Tarea del derecho penal no es impedir toda lesión a bienes jurídicos, sino seleccionar los bienes y valores jurídicos merecedores de protección, elevarlos a la máxima categoría normativa de

bienes jurídicos, y proveer para ello la garantía realista más contundente al alcance del ordenamiento jurídico.

Por otro lado, no creo que sea acertado substituir el paradigma del bien jurídico por el de la norma penal, como si ambos criterios fueran excluyentes y desconectados entre sí. Protección y prevención constituyen un binomio inseparable y mantienen, según mi concepción, *una relación de medio a fin: la protección de bienes jurídicos es el contenido, y la prevención de delitos es el fin, o —por mejor decir— la protección de bienes jurídicos es la función substancial y la confirmación de la vigencia de la norma la consecuencia directa de esa función.*

¿Autoprotección de la norma?

Finalmente, la doctrina funcionalista, al sostener que la función del derecho es la estabilización del propio sistema, lleva a sus extremas consecuencias la idea autopoietica de que la sociedad se dota a sí misma de una estructura social en la que se crean y recrean todos sus elementos constitutivos (autopoiesis significa, pues, autorreproducción, o por decir mejor: capacidad de autorreproducción). Todo queda dentro del sistema, por eso no puede perseguirse un fin trascendente a la propia estructura social: *la función de la norma es*, en consecuencia, para la doctrina funcionalista, *la confirmación de la vigencia de la propia norma*. Personalmente soy crítico con esa función autotuteladora, autoprotectora, del derecho por el propio derecho. Que la norma tenga como objeto de protección la propia norma es algo que no me acaba de convencer. Y no lo hace porque precisamente sitúa en segundo plano el contenido de la misma norma. Nadie niega —yo personalmente incluso lo afirmo de manera expresa— que el bien jurídico sea una categoría *también* —y esencialmente— normativa. Pero del mismo modo no puede desconocerse que las categorías normativas tienen *también* un contenido. Y el contenido de protección de la norma es, precisamente, el bien jurídico estimado digno y merecedor de protección por parte del ordenamiento penal. *La norma penal no tiene*, por tanto, a mi juicio, *el cometido de autoprotegerse a sí misma, sino de proteger inmediatamente los bienes y valores que se contienen en los tipos legales, si bien mediáticamente garantiza también de ese modo la vigencia de la norma integrante de la estructura social determinada.*

17

V. Recapitulación

Recapítulo: en mi ponencia creo haber expuesto las críticas funcionalistas al concepto de bien jurídico de manera objetiva: resaltando sus aciertos, pero destacando también sus incorrecciones. Y podemos concluir lo siguiente:

1. El concepto de bien jurídico sigue siendo un concepto trascendental para la determinación del contenido del injusto típico, y, en consecuencia, la función primordial del Derecho penal es la función de protección de bienes jurídicos, mientras que la

confirmación de la vigencia de la norma, más que una función propiamente dicha, es —creo— una consecuencia directa y principal de la protección de los bienes y valores jurídicos establecidos en la norma.

2. La tarea de protección de bienes jurídicos no es incompatible con el mantenimiento de la vigencia de la norma. Antes bien, ambas se reclaman mutuamente, aunque jueguen en un plano diferente: la primera legitima el sistema punitivo (privándole del sentido de un mero estereotipo formal), la segunda configura la estructura del sistema jurídico (y, por tanto, social).
3. En la dogmática penal actual (por ejemplo, en el injusto de la tentativa y de la consumación), el concepto de bien jurídico *sigue desempeñando* un papel esencial y por tanto imprescindible en la fundamentación material del injusto y en la determinación de la función del derecho penal.
4. Puede debatirse ampliamente sobre ello, pero estas son las conclusiones que, desde mi perspectiva, ofrezco al debate en el día de hoy. Les agradezco mucho su amable atención.