

## V. ¿Función crítica del concepto de bien jurídico versus Constitución?

*Uwe Murmann*

La discusión sobre el concepto de bien jurídico afecta en igual medida a la fundamentación y a la delimitación del Derecho penal estatal<sup>1</sup>. Por tal motivo, este concepto forma parte del empeño por la legitimación suprapositiva del Derecho penal y su especial eficiencia se explica porque tal concepto no sólo da respuesta al problema de la legitimación en general, sino que se extiende también a los diversos objetos de protección penal, concretándolos y, en tal medida, haciendo posible una noción distintiva. Como modelo de legitimación el bien jurídico se sitúa en un contexto de fundamentación que limita con el Derecho (penal) y el Estado, de tal modo que las diversas concepciones sobre el Estado y el Derecho influyen en dicho concepto y, en especial, en su capacidad de rendimiento para el problema de la legitimación.

---

<sup>1</sup> Ciertamente el bien jurídico tiene relevancia también en otros sentidos. Así, por ejemplo, los bienes jurídicos protegidos sirven como elemento clasificatorio en el sistema del Código Penal y una interpretación teleológica debe orientarse por el bien jurídico protegido en cada tipo. Sin embargo, cuando desempeña estas funciones el concepto de bien jurídico resulta útil para el Derecho positivo pero no permite ninguna delimitación de los bienes jurídicos a proteger. Cfr. al respecto MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., 2013, § 8, n.º marg. 10 ss.

## 1. La relación anterior al Derecho positivo entre libertad y Derecho: límites a la violencia penal derivados del fin del Estado

La moderna limitación de la violencia penal del Estado tiene sus fundamentos en la filosofía de la Ilustración. Con el contrato social los ciudadanos constituyen el Estado para el aseguramiento de su libertad y limitan el fin de dicho Estado a la protección de la seguridad que resulta necesaria para el ejercicio de aquélla. A partir de esta idea desarrolló *Feuerbach* su teoría de la lesión del derecho<sup>2</sup>: el delito lesiona la libertad que los demás ciudadanos tienen garantizada de acuerdo con el contrato social y los meros ilícitos morales no deben ser tenidos en cuenta como objeto del Derecho penal<sup>3</sup>. En consecuencia, una concepción funcional del Estado tiene también un efecto limitador del Derecho penal aunque esta concepción no aluda a la idea de bien jurídico.

## 2. La concepción positivista del bien jurídico

Con el positivismo se produce un abandono de la fundamentación jurídico-filosófica, ya sea iusnaturalista o iusracionalista<sup>4</sup>, del Estado y del Derecho y se redefine radicalmente la relación entre el Estado y los ciudadanos: el Estado deja de ser un mero instrumento para la realización de la libertad ciudadana pues cuenta desde un principio con un poder jurídico propio<sup>5</sup>. La violencia penal estatal se somete únicamente a aquellos límites que ella misma se fija y el concepto de delito es dejado en manos de la capacidad configuradora del legislador. En palabras de *von Liszt*, “la *violencia penal del Estado*, que carece de límites propios y desborda el marco jurídico se convierte en *Derecho penal* estatal por medio de la *autolimitación*”<sup>6</sup>. De este modo la protección de los ciudadanos ante los abusos del Estado queda reducida al Estado de Derecho en sentido formal<sup>7</sup>.

El positivismo modificó la concepción que la ciencia del Derecho penal tenía de sí misma: la relación entre la teoría general del Estado y la ciencia del Derecho penal

---

<sup>2</sup> Resumidamente MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, 2005, p. 63 s.

<sup>3</sup> Evidentemente la limitación del Derecho penal alcanza a la protección del ciudadano ante injerencias distintas a las lesiones autorizadas por el Derecho, entre las cuales en sus inicios *Feuerbach* seguía incluyendo la lesión de la vida (*Lehrbuch*, 1.<sup>a</sup> ed., 1801, § 245, § 40, nota \*).

<sup>4</sup> Cfr. por ejemplo DREIER, *NJW*, 1986, p. 890; ID., *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, 1986, p. 25 ss.; WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 2.<sup>a</sup> ed., 1990, p. 183 ss.

<sup>5</sup> Sobre el cambio que se produjo en la primera mitad del siglo XIX respecto de la concepción racionalista de los ilustrados cfr. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, vol. 2, 1992, pp. 107 s., 123 ss., 368 ss.; asimismo ROSENBAUM, *Naturrecht und positives Recht*, 1972, p. 55 s.

<sup>6</sup> VON LISZT, *Das Deutsche Reichsstrafrecht*, 1.<sup>a</sup> ed., 1881, p. 1 s.

<sup>7</sup> BÖCKENFÖRDE, en *Festschrift für Adolf Arndt*, 1969, p. 59 ss.; ROSENBAUM, *Naturrecht und positives Recht*, 1972, p. 43 ss.; asimismo AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, p. 57 ss.

planteada por *Feuerbach* dejó de ser objeto de atención o, cuando menos, pasó a ser un interés secundario.

“La justificación del Estado ya no es objeto de la ciencia penal –ni por consiguiente tampoco su delimitación– sino que el Estado existente se presupone y lo que ante todo se cuestiona es qué puede aportar el Derecho penal a su preservación. El Derecho penal ya no se orienta explícitamente de acuerdo con un Estado concebido como ‘justo’, sino sólo hacia el Estado existente y la convicción de que al Estado existente no se le debe cuestionar su legitimación es ante todo positivista. El vínculo creado por la Ilustración entre el individuo y el Estado a través de la razón humana se quiebra [...] quienes en la actualidad vuelven a vincular el Derecho penal con los fines del Estado<sup>8</sup> tienen en cuenta precisamente la calidad material que, desde una perspectiva del Estado de Derecho, tiene la ley fundamental en su efecto limitador del Derecho penal. Pero también estas perspectivas más recientes basan este efecto en el carácter positivo de los derechos fundamentales y no en su vigencia anterior al Derecho positivo”<sup>9</sup>.

#### A) *El positivismo moderado: el origen de la teoría del bien jurídico en Birnbaum*<sup>10</sup>

En la primera mitad del siglo XIX el positivismo adoptaría una versión moderada, que busca un equilibrio entre la filosofía y el Derecho positivo<sup>11</sup>. A esta corriente pertenece *Johann Michael Franz Birnbaum*, que consideraba que el Derecho penal se dirige a la protección de bienes<sup>12</sup>. *Birnbaum* vincula su posición con una teoría banal sobre el fin del Estado que carece de cualquier capacidad crítica: desde su perspectiva, el Estado garantiza bienes a los ciudadanos y reconoce su necesidad de protección, pero para la fundamentación de los bienes jurídicos ya no tiene ninguna importancia cuál es la relación de derivación del Estado respecto de los ciudadanos. Así, “el temor de Dios y las buenas costumbres” pueden reconocerse sin más como bienes jurídicos y no sólo para el aseguramiento de la vida en común, sino que se cuentan “por sí mismos entre los objetos por los que el Estado debe preocuparse”<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> Ver, por ejemplo, APPEL, *Verfassung und Strafe*, 1998; LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996.

<sup>9</sup> MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, 2005, p. 88. Sobre la insuficiencia de esta limitación basada en el Derecho positivo cfr. NAUCKE, en LÜDERSSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, vol I: “Legitimationen”, 1998, p. 157 ss.

<sup>10</sup> BIRNBAUM, *Neues Archiv des Criminalrechts*, vol. 15 (1834), p. 149 ss.

<sup>11</sup> Cfr. SYLVESTER JORDAN, *Neues Archiv des Criminalrechts*, vol. 11 (1830), p. 215.

<sup>12</sup> BIRNBAUM, *Neues Archiv des Criminalrechts*, vol. 15 (1834), p. 172. Resumidamente en lo sucesivo MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, 2005, p. 77 ss.

<sup>13</sup> BIRNBAUM, *Neues Archiv des Criminalrechts*, vol. 15 (1834), p. 160 s.; al respecto también AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 42 y 47.

B) *El positivismo normológico (Binding): el bien jurídico en el poder defnitorio del legislador*

El positivismo normológico refleja de manera aun más evidente la pérdida de confianza en la posibilidad de reconocer valores últimos como, por ejemplo, la justicia. En su lugar se sitúa el empeño por desarrollar los conceptos generales a partir de las normas del Derecho positivo<sup>14</sup>.

Si el Derecho solo está sometido al poder configurador del legislador, el delito se agota en la insubordinación ante la norma y, en consecuencia, al bien jurídico no le corresponde tampoco un contenido propio<sup>15</sup>: “bien jurídico es todo aquello que a ojos del legislador resulta valioso para el ordenamiento jurídico y cuya preservación libre de perturbaciones debe, por tanto, asegurarse a través de las normas”<sup>16</sup>. Si lo que importa es la protección del ordenamiento jurídico en cuanto tal, el bien jurídico es siempre “un bien jurídico colectivo aunque aparente ser sólo individual”<sup>17</sup>.

C) *El positivismo naturalista (von Liszt): el bien jurídico como interés vital seleccionado por el legislador*

A diferencia de *Binding, von Liszt* pone el acento en la relevancia de una realidad social que el legislador no puede ignorar: “lo que genera el interés no es el ordenamiento jurídico, sino la vida. Pero la protección jurídica eleva el interés vital a la categoría de bien jurídico”<sup>18</sup>.

Desde esta perspectiva, el legislador se encuentra vinculado por una realidad vital preexistente<sup>19</sup>, pero dentro de este marco tiene la posibilidad de realizar sus objetivos de política jurídica sin estar sometido a limitaciones. “Es evidente que con el ‘bien jurídico’ la *idea de fin* encuentra su vía de entrada en los dominios de la teoría del Derecho, se inicia la perspectiva *teleológica* del Derecho y se pone fin al enfoque lógico-formal”<sup>20</sup>. Así, el Derecho penal se convierte en “instrumento en

---

<sup>14</sup> STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, vol. 2, 1992, p. 438.

<sup>15</sup> BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. 1, 2.<sup>a</sup> ed., 1890, p. 96 ss.; ID., *Handbuch des Strafrechts*, 1885, p. 183.

<sup>16</sup> BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, 1885, p. 169.

<sup>17</sup> BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. 1, 2.<sup>a</sup> ed., 1890, p. 358.

<sup>18</sup> VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 4.<sup>a</sup> ed., 1891, p. 9.

<sup>19</sup> Pese a este punto de partida empírico, *von Liszt* evolucionaría hacia una normativización del concepto de intereses, que no deben ser entendidos como individuales, sino como intereses humanos genuinamente característicos. VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 4.<sup>a</sup> ed., p. 8; ID., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 20.<sup>a</sup> ed., p. 69. Cfr. igualmente MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, 2005, p. 100 s.

<sup>20</sup> VON LISZT, *ZStW*, 6 (1886), p. 673.

manos de un Estado cuya organización se extienda ampliamente en la sociedad y pasa de ser un límite de la política a convertirse en un medio de ésta”<sup>21</sup>.

### 3. La concepción material del bien jurídico basada en el Derecho constitucional

Bajo la ley fundamental el Estado halla (de nuevo) una determinación material y se restaura la relación de contenido entre el fin del Estado y el Derecho que se había perdido con el positivismo<sup>22</sup>. La base del Estado es el ser humano en su dignidad, que el Estado está obligado a preservar y proteger (art.1.1 de la Constitución alemana). Un Derecho guiado por este propósito no sólo necesita legitimación democrática obtenida en un proceso formalmente ajustado al Estado de Derecho, sino que materialmente debe satisfacer también esta pretensión. Por tal motivo el Tribunal Constitucional extrae del principio de Estado de Derecho (art. 20.3 Constitución alemana) la exigencia de que el Derecho positivo deba ser materialmente justo<sup>23</sup>. Si por esta vía el fin del Estado también impone límites a la legítima elaboración del Derecho<sup>24</sup>, esta vinculación a fines ya no puede basarse<sup>25</sup> directamente en un concepto filosófico, sino en la ley fundamental como parte del Derecho positivo.

De este modo los bienes jurídicos sirven para el desarrollo del individuo garantizado por el Derecho constitucional: los bienes jurídicos son “las condiciones y objetivos [...] que son necesarios para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal basado en estos fines”<sup>26</sup>. Así, los bienes jurídicos adquieren una función crítica consistente en limitar la competencia del legislador, cuyo fundamento radica en la dignidad de los derechos fundamentales, que también es vinculante para el poder legislativo. La pretensión de libertad garantizada por el Derecho constitucional excluye la punibilidad de las meras infracciones morales (es decir, una punibilidad debida, precisamente, a las contravenciones de la moral).

---

<sup>21</sup> NAUCKE, *ZStW*, 94 (1982), p. 536.

<sup>22</sup> Cfr. MAIHOFFER, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, 1968, p. 57 ss.; MICHAEL MARX, *Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”*, 1972, p. 25 s; BÖCKENFÖRDE, en ID., *Staat, Verfassung, Demokratie*, 2.<sup>a</sup> ed., 1992, p. 187; igualmente LORZ, *Modernes Grund- und Menschenrechtsverständnis und die Philosophie Kants*, 1993, p. 175 ss. Una perspectiva general en MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, 2005, p. 144 s.

<sup>23</sup> BVerfGE vol. 20, p. 323, p. 331; vol. 52, p. 131, p. 144 s.

<sup>24</sup> GEDDERT-STEINACHER, *Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, 1990, p. 106 s.; MICHAEL MARX, *Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”*, 1972, p. 63 y *passim*; cfr. igualmente RUDOLPHI, en *Honig-FS*, 1970, p. 159.

<sup>25</sup> Otra perspectiva aún en los primeros años de postguerra. Sobre este “renacimiento del Derecho natural” cfr. ARTHUR KAUFMANN, en *Gagné-FS*, 1991, p. 105 ss.

<sup>26</sup> ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 1, 4.<sup>a</sup> ed., 2006, § 2, número marginal 7.

#### 4. La renuncia al concepto de bien jurídico en beneficio de la dogmática de los derechos fundamentales

Partiendo de una concepción del bien jurídico basada en los derechos fundamentales basta con dar un pequeño paso para negar toda relevancia propia al concepto de bien jurídico para delimitar la competencia estatal en la creación del Derecho. Así se ha pronunciado recientemente el Tribunal Constitucional manifestando que una “función crítica de la teoría del bien jurídico” entra “en contradicción con el hecho de que en un ordenamiento constitucional sea asunto del legislador democráticamente legitimado [...] determinar cuáles son los bienes jurídicos a proteger por medio del Derecho penal y adaptar las normas penales a la evolución de la sociedad”<sup>27</sup>. Por lo demás, el concepto de bien jurídico, debido a la indeterminación de su contenido, tampoco resulta útil a tal efecto<sup>28</sup>.

La comprobación de la legitimidad de una norma penal tomando la Constitución como pauta exige<sup>29</sup>:

- La legalidad formal del fundamento de la injerencia jurídico-penal, incluido el respeto al mandato de determinación (art. 103.2 Ley Fundamental).
- Que no se produzca una injerencia en el ámbito nuclear intangible (esto es, en el “núcleo de dignidad humana” presente de alguna manera en cada derecho fundamental).
- Y, ante todo, el respeto al principio de proporcionalidad al que pertenece asimismo el principio de que el Derecho penal es la *ultima ratio* en la protección de bienes jurídicos<sup>30</sup>.

La relación de medio a fin exigida con el principio de proporcionalidad (en el sentido de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) presupone la legitimidad del fin perseguido de acuerdo con el baremo de la Constitución. Una afirmación fundamental del Tribunal Constitucional sostiene que el legislador es libre en la elección de los fines siempre que éstos no se opongan al Derecho constitucional. Cuando el Tribunal caracteriza como fin del Derecho penal la protección de bienes jurídicos está estableciendo solo una etiqueta para el fin perseguido.

---

<sup>27</sup> BVerfGE, vol. 120, p. 224, p. 242; en sentido crítico el voto particular de *Hassemer*, nota 255 ss. y, por ejemplo, CORNILS, *ZJS*, 2009, p. 87 ss.; GRECO, *ZIS*, 2008, p. 234 ss.; HÖRNLE, *NJW*, 2008, p. 2085 ss.; NOLTENIUS, *ZJS*, 2009, p. 15 ss.

<sup>28</sup> BVerfGE, vol. 120, p. 224, p. 241. Contra este argumento, acertadamente crítico NOLTENIUS, *ZJS*, 2009, p. 17.

<sup>29</sup> En detalle BVerfGE, vol. 120, p. 224, p. 238 ss.

<sup>30</sup> BVerfGE, vol. 120, p. 224, p. 240.

Sobre la base de esta delimitación meramente negativa del concepto de bien jurídico a aquellos fines cuya persecución es inadmisibles jurídicamente puede justificarse una notable expansión del círculo de potenciales bienes jurídicos<sup>31</sup>. Así, no cabe excluir por principio que se defina en última instancia como bien jurídico cualquier interés estatal en la evitación de conflictos. En tal sentido, ciertamente no cabe considerar como bienes jurídicos susceptibles de protección las meras actitudes morales, pero sí la paz social perturbada por su afectación. El centro de gravedad de la solución adecuada radica en la proporcionalidad en sentido estricto, que supone una débil protección para la libertad del individuo porque a este nivel los intereses colectivos fácilmente se acaban imponiendo<sup>32</sup>. Partiendo de esta perspectiva recientemente el Tribunal Constitucional ha aceptado la punibilidad del incesto entre hermanos<sup>33</sup>.

## 5. Resumen

Si se quiere sostener un concepto crítico de bien jurídico es necesario legitimar su pretensión de vigencia. Esta legitimación debe derivarse de la Constitución y, a tal efecto, sería muy corto de miras reducirla a una mera disposición del Derecho positivo. Esto último no es posible aunque sólo sea porque las determinaciones relativas a los derechos fundamentales de la Constitución “(consisten) según su tenor literal en fórmulas lapidarias y declaraciones de principios cuyo contenido no resulta precisamente inequívoco”<sup>34</sup>. De ello resulta que “la opinión mayoritaria, según la cual la Constitución no es un argumento suprapositivo que guíe las discusiones sobre la legitimación en Derecho penal, supone un autoengaño jurídico”<sup>35</sup>.

La Constitución está basada en el concepto previo de una filosofía de la libertad que hunde sus raíces en la Ilustración crítica<sup>36</sup>. El punto de partida según el cual el Derecho encuentra su legitimación en la libertad de los ciudadanos debe así determinar también la concepción del bien jurídico que se fundamenta en el Derecho constitucional<sup>37</sup>.

---

<sup>31</sup> ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 1, 4.<sup>a</sup> ed., 2006, § 2, n.º marg. 87; SCHÜNEMANN, en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WÖHLERS, *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, p. 144 ss.

<sup>32</sup> Acertadamente NOLTENIUS, *ZJS*, 2009, p. 18.

<sup>33</sup> BVerfGE, vol. 120, p. 224.

<sup>34</sup> BÖCKENFÖRDE, en ID., *Staat, Verfassung, Demokratie*, 2.<sup>a</sup> ed., 1992, p. 115.

<sup>35</sup> NAUCKE, en LÜDERSSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, vol. 1, 1998, p. 168.

<sup>36</sup> GRECO, *ZIS*, 2008, p. 237 s; MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, 2005, p. 215 ss.; NOLTENIUS, *ZJS*, 2009, p. 17 ss.

<sup>37</sup> Cfr. en el contexto de la sentencia sobre el incesto del Tribunal Constitucional NOLTENIUS, *ZJS*, 2009, p. 17 s; GRECO, *ZJS*, 2008, p. 237.

Si partiendo del fundamento de esta perspectiva se entiende el bien jurídico como los “elementos esenciales de la libertad” que, a su vez, se constituyen a través de la libertad, es decir, “en un proceso de reconocimiento recíproco” entonces el carácter libre del ordenamiento se expresa de manera inmediata también en dichos bienes<sup>38</sup>.

Por ello, no existe nunca una lesión de la libertad en las conductas consentidas por quienes intervienen en ellas aun cuando dichos comportamientos no sean aceptados por razones morales por los restantes miembros de la sociedad. La conclusión debe ser la misma aun en el caso de que estas conductas causen una efectiva intranquilidad en la población pues en una sociedad libre las mayorías no tienen el derecho de obligar a seguir las pautas morales a quienes se desvían de ellas y menos aun pueden hacerlo por medio del Derecho penal<sup>39</sup>. Es precisamente la consideración a la libertad de la persona lo que permite exigir la separación entre moral y Derecho incluso a quienes se escandalizan por el comportamiento ajeno. En una sociedad libre, la indignación moral es problema de cada cual pues el conflicto empíricamente constatable no puede resolverse en detrimento de la libertad del sujeto disidente. En consecuencia, a la libertad jurídica pertenece también la necesidad de aceptar como permitidas jurídicamente aquellas conformaciones de la vida ajena aun cuando parezcan inaceptables moralmente a la mayoría, dado que un Derecho basado en la libertad tiene como elemento constitutivo el reconocimiento de la libertad ajena.

Es evidente que estas reflexiones no entran en contradicción de principios con la concepción del Tribunal Constitucional, pero con ellas se reafirma la idea de que un concepto de bien jurídico basado en la Constitución no puede obtenerse sin referencia a la filosofía de la libertad desarrollada desde la Ilustración<sup>40</sup>. Esto lleva en la práctica a que nunca pueda bastar como fundamentación del menoscabo del bien jurídico el que una conducta cause de manera efectiva una perturbación en la vida en común, pues si el Derecho se constituye a partir de relaciones interpersonales de libertad recíproca queda abierta la cuestión de si una afectación efectivamente percibida es una lesión de la libertad o si su superación depende de la persona que se siente afectada. En este contexto no puede estarse de acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el incesto.

<sup>38</sup> ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, p. 165.

<sup>39</sup> En sentido similar GRECO, *ZJS*, 2008, p. 237; NOLTENIUS, *ZJS*, 2009, p. 15 ss.

<sup>40</sup> Cfr. también ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 1, 4.ª ed., 2006, § 2, nota marginal 92 ss.; SCHÜ-NEMANN, en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS, *Die Rechtsgutstheorie*, 2002, p. 137 ss.