



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

**REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**  
**Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política**  
**de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos**

Vol. 78, n.º 78, enero-diciembre, 2023 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2023.v78n78.01

## **EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DERECHO PENAL: ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN**

The protected legal right in criminal law: current state of affairs

CHEDORLAOMER RUBÉN GONZALES ESPINOZA  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
(Lima, Perú)

Contacto: [cgonzalese@unmsm.edu.pe](mailto:cgonzalese@unmsm.edu.pe)  
<https://orcid.org/0000-0001-6493-1662>

ROBINSON OCTAVIO GONZALES CAMPOS  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
(Lima, Perú)

Contacto: [rgonzalesc@unmsm.edu.pe](mailto:rgonzalesc@unmsm.edu.pe)  
<https://orcid.org/0000-0003-1520-0024>

### **RESUMEN**

En el presente trabajo de investigación se exponen las diversas opiniones de doctrinarios penalistas nacionales e internacionales respecto al debate del bien jurídico como fundamento legitimador del derecho penal. En los siguientes puntos se desarrolla la evolución histórica de la referida discusión, las concepciones del bien jurídico penal, la

jurisprudencia nacional vinculada a dicho tema, además de las posiciones de la protección de bienes jurídicos y la reestabilización de la vigencia de la norma. Una vez desarrollado cada uno de los puntos del cuerpo de la investigación, se esboza la discusión respecto a los puntos problemáticos; luego, se elabora una serie de conclusiones, recomendaciones y un breve esbozo de la contribución e impacto social de la presente investigación.

**Palabras clave:** bien jurídico; derecho penal; poder punitivo.

## ABSTRACT

This research paper presents the different opinions of national and international criminal doctrinarians regarding the debate on the legal good as the legitimising basis of criminal law. In the following points, the historical evolution of the discussion as mentioned earlier, the conceptions of the criminal legal good, the national jurisprudence linked to this subject, as well as, the positions of the protection of legal goods and the reestablishment of the validity of the norm are developed. Once each of the points in the body of the research has been developed, the discussion of the problematic points is outlined, followed by a series of conclusions, recommendations, and a brief outline of this research's contribution and social impact.

**Keywords:** legal right; criminal law; punitive power.

Recibido: 24/11/2023    Aprobado: 1/12/2023    Publicado: 11/12/2023

## 1. INTRODUCCIÓN

Esta investigación surge de la siguiente interrogante: ¿el derecho penal protege o no los bienes jurídicos fundamentales? En primera instancia, los penalistas inconstitucionales responden que no protege los bienes jurídicos, sino la lealtad a la norma. Ante ello se evidencian dos cuestiones transgredidas con tal premisa: el principio de lesividad y el principio de culpabilidad de acto (artículos IV y VII del título

preliminar del Código Penal); además, se deja de lado la antijuricidad material. En cambio, otros *ius* penalistas opinan que el derecho penal sí protege los bienes jurídicos fundamentales, sirviendo esto para que el derecho penal objetivo sea el límite del derecho penal subjetivo, *ius puniendi*.

El tema del bien jurídico en el derecho penal es controvertido debido a las diferentes posturas sostenidas al respecto. Dicho tema resulta fundamental, dado que abordarlo implica reflexionar sobre la legitimación misma del derecho penal, es decir, responder a la interrogante sobre la necesidad de su existencia y su función en la sociedad.

Dada la influencia que tienen las posturas descritas en la labor de administrar justicia en nuestro país, resulta fundamental examinar la jurisprudencia nacional, a fin de identificar qué posición se ha adoptado, cuál predomina o qué inclinaciones sobre una u otra posición se logra advertir.

En otras palabras, si no ponemos coto al avance de la posición doctrinaria autoritaria, que desconoce que el derecho penal protege bienes jurídicos fundamentales de la sociedad, dejaremos que avance un derecho penal autoritario y, por ende, prácticamente desaparecerán las garantías fundamentales para evitar el abuso del poder punitivo del Estado, *ius puniendi*, redundando esto en perjuicio de la democracia endeble que hoy en día existe en nuestro país; de ahí la importancia que tiene el objeto de nuestra investigación.

## 2. METODOLOGÍA Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN UTILIZADAS

### 2.1. OBJETIVOS

#### 2.1.1. Objetivo general

Identificar el estado de la cuestión del debate respecto al bien jurídico como fundamento legitimador del derecho penal.

### 2.1.2. Objetivos específicos

- Desarrollar el fundamento que legitima la intervención del derecho penal en conflictos humanos y que, a su vez, le asigna su función en la sociedad.
- Reconocer las posturas que están en el centro de la discusión respecto al bien jurídico como fundamento legitimador del derecho penal.
- Identificar cuál es el posicionamiento de la jurisprudencia nacional respecto al bien jurídico en el derecho penal.

## 2.2. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

### 2.2.1. Problema general

¿Cuál es el estado actual de la cuestión respecto al debate del bien jurídico como fundamento legitimador del derecho penal?

### 2.2.2. Problemas específicos

- ¿Qué fundamento brinda legitimación al derecho penal y determina su función en la sociedad?
- ¿Qué posturas respecto a la discusión del bien jurídico como fundamento legitimador del derecho penal se encuentran en el centro del debate doctrinario?
- ¿Cuál es el posicionamiento de la jurisprudencia nacional respecto al bien jurídico en el derecho penal?

## 2.3. HIPÓTESIS

### 2.3.1. Hipótesis general

De la revisión del estado de la cuestión actual respecto a la discusión del bien jurídico como fundamento legitimador del derecho penal, se observa un giro hacia la posición de la reestabilización de la vigencia de la norma.

### 2.3.2. Hipótesis específicas

- La protección de bienes jurídicos legitima al derecho penal y determina su función en la sociedad evitando así un desborde autoritario y antidemocrático del derecho subjetivo de penar (*ius puniendi*) que tiene el Estado.
- Entre las posturas que desarrollan el tema del bien jurídico en el derecho penal y, a su vez, se encuentran en el centro del debate están la de la protección de bienes jurídicos y la de reestabilización de la vigencia de la norma.
- La jurisprudencia nacional muestra un alejamiento de la posición tradicional consistente en la protección de bienes jurídicos, que resulta en un peligro en contra de un derecho penal constitucional y democrático.

### 2.4. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

Se utiliza un tipo de investigación jurídica, toda vez que se enfoca en realizar un análisis dogmático jurídico-penal de las posturas existentes sobre el tema del bien jurídico en el derecho penal.

En el presente estudio, se emplearon las técnicas típicas para este tipo de investigación:

- a) Análisis documental. Se utilizó información sobre el bien jurídico protegido en el derecho penal, proveniente de manuales, tratados y artículos de investigación jurídica.
- b) Fichaje de información. Las fichas bibliográficas se utilizaron con el objetivo de organizar la información de las diversas obras consultadas; estas permitieron un adecuado procesamiento de la información.
- c) Contrastación de hipótesis. La información recopilada conforma los resultados que han sido sometidos a discusión a fin de determinar la constatación de la hipótesis formulada.

### 3. RESULTADOS

#### 3.1. ESTADO DEL ARTE

En la actualidad, son diversos los manuales y los tratados de derecho penal que abordan entre sus diversos tópicos el tema del bien jurídico protegido en el derecho penal. Respecto a aquellos que, de alguna manera, se vinculan con el presente estudio, podemos citar los que siguen.

Percy García Cavero (2019) sostiene que

[una] mayor uniformidad de criterio para la determinación del bien jurídico procura la concepción institucional defendida por Jakobs, quien entiende que el derecho penal no protege bienes jurídicos como objetos (materiales o inmateriales) valorados positivamente, sino la vigencia de la norma que establece los comportamientos compatibles con su respeto (p. 123).

Según Luis Miguel Bramont-Arias Torres (2005):

el derecho penal no puede intervenir en todos los conflictos sociales que se presente, sino que debe limitarse a la protección de los valores fundamentales del orden social. Estos valores fundamentales son los denominados bienes jurídicos —interés jurídicamente tutelado—; no todos los bienes jurídicos cuentan con protección penal, sino solo los más importantes (pp. 91-92).

Por su parte, Juan Fernández Carrasquilla (1992) plantea que «un derecho penal democrático solo debe proteger bienes jurídicos que se valoran como absolutamente indispensables para la permanencia y el desarrollo de la coexistencia pacífica» (p. 32).

En esa línea, para Santiago Mir Puig (2019),

que el derecho penal deba proteger «bienes jurídicos» no significa que todo bien jurídico haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente

tutelados deba determinar la intervención del derecho penal. Ambas cosas se opondrían, respectivamente, a los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario del derecho penal (p. 91).

Por último, sobre las concepciones de la protección de los bienes jurídicos y de la garantía de la vigencia de la norma, Felipe Villavicencio Terreros (2006) explica que, en un primer momento, estas eran concebidas como perspectivas complementarias de la antijuridicidad en su ámbito material y formal, respectivamente. Sin embargo, en la actualidad, ambas posturas se ven enfrentadas y son concebidas como excluyentes.

### 3.2. ANTECEDENTES

Manuel Abanto Vásquez (2006) afirma que renunciar a la teoría de los bienes jurídicos implicaría la pérdida de la capacidad crítica del derecho penal; asimismo, señala que plantear que la legitimidad del derecho penal se restringe a la mera protección de expectativas normativas abre la puerta a un derecho penal de autor. Para Abanto, la teoría de los bienes jurídicos de base constitucional brinda una base real, verificable y controlable mediante la cual puede trabajarse el derecho penal en vinculación con la política criminal.

Por otro lado, Mariano Kierszenbaum (2009) expone que la posición del bien jurídico atraviesa una fuerte crisis, debido a que recibe críticas de distintos sectores de la doctrina. Sin embargo, ello no debe alejarnos de la cuestión central, que consiste en atender a la necesidad de que el poder punitivo sea comprendido por medio del derecho penal.

Así, Cristina García Arroyo (2022) menciona que el bien jurídico cimienta la función crítica del derecho penal y las garantías propias de un Estado de derecho, por lo que no tenerlo en cuenta resulta peligroso para nuestros sistemas democráticos. Por tanto, legislar sin considerar el bien jurídico implica caer en un mero simbolismo penal, el cual dota de una falsa sensación de seguridad a la ciudadanía.

### 3.3. LA LEGITIMACIÓN Y LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO PENAL

Para Eugenio Zaffaroni (1998),

el derecho es un instrumento de posibilitación de la existencia humana, entendiendo por existencia, brevemente dicho, la relación de cada hombre con su ser [...]. La existencia humana no puede ser sino en la forma de coexistencia de existir con otros que también existen (p. 74).

Respecto a la teoría de la pena, Bramont-Arias (2005) refiere que

está vinculada a la función que corresponde al derecho penal dentro de la sociedad [...], la pena ataca el bien jurídico máspreciado por el hombre —su libertad—, pero esto solo se puede dar cuando la sociedad se siente amenazada o lesionada por el comportamiento del individuo (p. 95).

Juan Bustos Ramírez (1984) sostiene que

la intervención del Estado solo está justificada en la medida en que resulte necesaria para la mantención de su organización política dentro de una concepción hegemónica democrática. Todo lo que va más allá de tal medida lo encausa por la vía autoritaria, que termina inevitablemente en la supresión de las bases democráticas del Estado (p. 49).

Percy García Cavero (2019) indica que «para la concepción de Jakobs, la pena obtiene legitimación material de la necesidad de garantizar la vigencia social de la norma penalmente garantizada frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con dicha norma» (p. 93).

Felipe Villavicencio Terreros (2006) expone una síntesis de la historia del pensamiento penal. En Francia surgió la posición de la «Nueva Defensa Social», de Marc Ansel, la cual estaba vinculada al pensamiento positivista. Dicha posición sostenía que el derecho penal

debía ser transformado tomando al hombre como punto de partida, es decir, purgando al derecho penal de construcciones meramente jurídicas y reconfigurando los conceptos vinculados al delito, las penas y la personalidad del delincuente. En Italia surgió el exponente más extremista de la posición de la «Nueva Defensa Social».

Por otro lado, en 1975, el Grupo de Bologna presentó al público la revista *La Questione Criminale*, donde planteaba una política criminal alternativa, la cual tenía tal denominación por utilizar las herramientas de la criminología crítica. Asimismo, dicha posición tenía como finalidad última el cambio del sistema económico-político, partiendo de una concepción socialista del Estado (Nuvolone, 1981; Baratta, 1986, citados en Villavicencio, 2006).

En Holanda, Louk Hulsman y Jacqueline Bernat de Celis (1984) plantearon una perspectiva abolicionista del sistema penal, apelando a las graves deficiencias y contradicciones; de implementarse esta propuesta, las instituciones serían reconfiguradas y los jueces se dedicarían a casos civiles; la administración penitenciaria, al servicio de asistencia social; y la policía, a custodiar la paz en la comunidad. Los mismos autores plantean que la lógica del sistema penal debe ser superada; por ejemplo, para ellos no hay delitos ni crímenes, sino más bien situaciones problemáticas o conflictos. Sumado a ello, proponen la implementación de un mecanismo de resolución de conflictos que devuelva a las personas implicadas el manejo de estos. Existe también la postura minimalista del derecho penal, la cual plantea concebirlo como de *ultima ratio*, es decir, reducir su ejercicio (Villavicencio, 2000; Hulsman & Bernat de Celis, 1984).

En Alemania, a mediados de 1960, Claus Roxin actualizó la teoría del delito introduciendo criterios político-criminales, los cuales trajeron consigo una renovación del derecho penal. Además, en dicho país, se cuenta con otro jurista de suma importancia: Gunther Jakobs, quien plantea que el derecho penal es un instrumento de estabilización del sistema social, pues orienta las acciones e institucionaliza las expectativas. El pensamiento de Jakobs se encuadra en el marco del funcionalismo de la teoría sistémica sobre la base del pensamiento de Luhmann (Roxin, 1999; Bustos, 2004).

Frente al funcionalismo penal está la Escuela de Frankfurt, la cual rechaza la normativización dogmática. Este grupo de pensadores explica que el derecho penal está estrechamente vinculado a las ciencias sociales. Los integrantes de esta escuela buscan una política criminal científica orientada por sus consecuencias, es decir, por sus resultados empíricos. En ese sentido, rechazan los delitos de peligro abstracto porque implican un abandono de la protección de los bienes jurídicos (García Cavero, 2003).

Winfried Hassemer desarrolló el denominado derecho penal simbólico, que se da cuando se legisla no con la finalidad de disminuir la criminalidad, sino para generar una sensación de seguridad en la ciudadanía (Nestler, 2000).

La adecuación del derecho penal a una política criminal del riesgo implicó la reformulación de la justificación de la intervención penal para pasar de la causación de un resultado lesivo al riesgo de producirlo. Aquí los delitos de peligro abstracto son los que colisionaron con el principio de lesividad; sin embargo, en última instancia, se aceptó su inclusión en la legislación, atendiendo a la tendencia de modernización del derecho penal en el contexto de una sociedad de riesgo provocado por el desarrollo tecnológico (Zúñiga, 2001).

### 3.4. EL BIEN JURÍDICO EN EL DERECHO PENAL

#### 3.4.1. Naturaleza jurídica

El derecho penal es considerado, dentro de todas las ramas del derecho, como el que más repercute en la vida de las personas y el control de la sociedad, ya que actúa ante casos específicos (conductas delictivas) en los que, por su grado de relevancia social, el legislador considera necesaria la intervención penal. Es por esta razón que se considera al derecho penal como de *ultima ratio*, pues actúa específicamente ante ciertas conductas legalmente establecidas en nuestro sistema normativo nacional. Bien sostiene García Cavero (2019), al momento de determinar los componentes esenciales del derecho penal:

[p]or un lado, el derecho penal es objetivamente un sistema normativo compuesto por disposiciones jurídicas (derecho penal objetivo-formal) que establecen la imposición legítima de una pena por la realización de un hecho delictivo (derecho penal objetivo-material). Por otro lado, su generación no es espontánea, sino que es producto de una labor de protección desarrollada por el Estado, lo que haría necesario determinar en qué casos el Estado debe recurrir a la pena y cómo debe hacerlo (derecho penal subjetivo) (p. 62).

Como podemos ver, el derecho penal no es solamente un conjunto de normas vacías encaminadas a imponer sanciones penales a las personas que cometen delitos, sino que detrás de cada norma penal hay un conjunto de principios, valores y finalidades que el legislador ha tenido que tomar en cuenta para su regulación. Por ello, Silfredo Hugo Vizcardo (2016) sostiene que la finalidad de la norma penal no debe limitarse a la mera creación de deberes y obligaciones jurídicas, sino que esta ha de preordenarse a la defensa de algún bien o interés valioso, siendo, de esta manera, un medio o instrumento que garantice su protección. Al respecto, este autor, citando a García Pablo de Molina, menciona que la doctrina dominante entiende que el cometido esencial del derecho penal es la protección de los valores fundamentales del orden social, esto es, la salvaguarda de «bienes jurídicos» (Hugo Vizcardo, 2016, p. 82).

Esta salvaguarda o protección de bienes jurídicos a la que hacemos referencia tiene tal grado de importancia que en la actualidad es considerada por la doctrina mayoritaria como la función más importante del derecho penal y de la norma penal en sentido estricto. Por ejemplo, el derecho penal, para Miguel Ontiveros Alonso (2018), en relación con lo que sostiene Muñoz Conde, tiene dos funciones: «la función de protección de bienes jurídicos y la función de motivación» (p. 40); la segunda es la base para el cumplimiento de la primera, ya que solo se puede proteger a un bien jurídico a través de la función de motivación o, como diría Silfredo Hugo Vizcardo (2016): «protección y prevención constituyen un binomio inseparable y mantienen una relación de medio a fin. El derecho penal protege bienes jurídicos (esto

es, les concede garantía normativa), con el objetivo de la prevención de la lesión de los mismos» (p. 85).

En la misma línea, pero haciendo referencia a la norma penal, García Arroyo (2022) apunta lo siguiente:

tradicionalmente la doctrina ha establecido dos funciones fundamentales que en concreto la norma penal ha de desempeñar: por un lado, la primera pasa por la protección de los elementos básicos sobre los que se articula la convivencia en sociedad, es decir, los bienes jurídicos más importantes; y, por otro, función vinculada a la anterior, la motivación a los ciudadanos para que se abstengan de su ataque (p. 2).

Es importante destacar que la protección de bienes jurídicos dentro de derecho penal no solo cumple con la característica de ser función de este, sino que también adquiere la naturaleza de principio (principio de exclusiva protección de bienes jurídicos), el cual ha servido para desarrollar el principio de lesividad (*nullum crimen sine iniuria*), que sostiene que el ejercicio del *ius puniendi* del Estado sería legítimo únicamente si tiene como objetivo la protección de bienes jurídicos; ello también se encuentra regulado en nuestro Código Penal, en el artículo iv del título preliminar, el cual señala: «la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley».

Por su parte, García Arroyo (2022), citando a Silva Sánchez, considera que la función de protección de bienes jurídicos «constituye una garantía fundamental del derecho penal moderno a raíz del cual surge una confluencia de principios garantísticos que vienen a legitimar esta intervención estatal» (p. 5). Dentro de esos principios, podemos señalar los principios de proporcionalidad, de fragmentariedad y el de *ultima ratio*. En la misma línea, Galán Muñoz (2005) entiende que

solo instituyendo el concepto de bien jurídico como referente básico fundamental de la creación e interpretación de las normas penales, se puede sustentar una concepción crítica y dinámica

del derecho penal como instrumento de control social, y solo así podríamos hablar de un ordenamiento jurídico garantista conforme a principios y derechos fundamentales (p. 185).

Es innegable la importancia del bien jurídico para el derecho penal, incluso es considerado un concepto consustancial a la existencia de este último. No obstante, la discusión no radica en ese punto, poco controvertido por la doctrina, sino en determinar lo que se entiende por bien jurídico, aunado con lo que sostiene García Cavero (2019), quien menciona que, en la actualidad, la legislación penal establece tipos penales que vulneran el principio lesividad:

bajo estas circunstancias, las alternativas son esencialmente dos: o se abandona la construcción conceptual del bien jurídico y su lesividad como exigencia para la imposición de una pena, o se reformulan para ajustarlas a las necesidades punitivas de la sociedad actual (p. 114).

A continuación, desarrollaremos las principales concepciones que, a lo largo de la historia, la doctrina nos ha presentado respecto al bien jurídico.

### 3.4.2. La concepción del bien jurídico

La discusión en torno a la noción del bien jurídico protegido guarda más de un siglo de antigüedad. Ciertamente, la definición (que tampoco ha obtenido un consenso entre los juristas) no ha sido un impedimento para su aplicación. Por esto, la noción esencial que resguardamos yace en el principio de exclusiva protección con relación al empleo del *ius puniendi*; como refirió Johann Michael Birnbaum (2010) en respuesta a Feuerbach: si bien no se discutía la existencia de una lesión para la aparición de una contrarrespuesta del Estado, dicha lesión se materializaba contra los bienes y no frente a los derechos subjetivos.

La materialización de dicha lesión se configuraba en la esfera fenomenológica del objeto que recubre un derecho: la intromisión por parte de un agente externo a vulnerar o perturbar el objeto protegido

no merma ni suprime la existencia de tal derecho. De ese modo, la definición del bien jurídico protegido permitió fundamentar la intromisión de la intervención penal, dado que sin dicha protección no habría forma de justificar la imposición de pena.

Como referimos en líneas anteriores, la discusión no se ha apaciguado y mucho menos concluido. Desde el siglo XIX, los juristas de corte causalista Karl Ludwig Lorenz Binding y Franz Ritter von Liszt expusieron una controversia en torno a la definición del bien jurídico protegido. Para el primero era necesaria una concepción formal. El objeto de protección tenía un estrecho vínculo con todo lo que señalaba la ley bajo opinión del legislador, pero sujeto a la continuidad de una «vida sana» para la comunidad jurídica, dado que esta última requería darle un valor para ser aplicada debidamente (García Cavero, 2019).

La concepción expuesta por el impulsor de la teoría de la justicia retributiva no señala una delimitación específica de la actividad legislativa sobre la criminalización de las conductas. Según esta perspectiva formalista, se estima como bien protegido por el simple hecho de guardar una protección dentro de la comunidad jurídica.

Por otro lado, Franz von Liszt (1914) sostuvo una concepción material del bien jurídico: «no es el ordenamiento jurídico el que crea el interés, sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a la condición de bien jurídico» (p. 8). Este planteamiento guarda un notorio problema que posteriormente la corriente neokantiana trataría de abordar: la noción del «interés vital». Ciertamente, el autor del proyecto de Marburgo intentó cubrir la necesidad de exponer una definición material del bien protegido, pero, al igual que Binding, no consiguió dar una explicación completa respecto a la existencia y la delimitación de una protección jurídica que recubra a un conjunto de bienes.

La corriente neokantiana incursionó bajo la línea expuesta por Von Liszt, en tanto sostuvo que los parámetros vinculados a la definición de un bien protegido recaen en factores externos al derecho. En aquella época se desplazó el método científico por el empleo de las ciencias del espíritu, entre las cuales se priorizó a la filosofía, a fin de

dar una función interpretativa del bien jurídico protegido. Cabe señalar que, desde esta perspectiva, se perdió la función crítica, dado que ahora, en cambio, se orientaba a una discusión en torno a los valores (García Caveró, 2019).

Esta corriente tomó dos orientaciones clave para cubrir la función interpretativa del bien jurídico. La primera asumía de forma equitativa el valor y el fin como características del fin perseguido por el legislador para proteger los intereses del Estado, tomando como base las costumbres y la moral que conducían a la sociedad; por otro lado, otra orientación neokantiana equiparó a la cultura con el bien protegido, lo que significaba que la lesión o la intromisión mediante el delito representaba un atentado contra la cultura.

Ciertamente, podemos enfocar múltiples cuestiones respecto a la sociedad y los delitos; sin embargo, todas estas corrientes guardaban una especulación apartada del sistema jurídico. Las instituciones jurídicas pasaban a un segundo plano cuando se buscaba explicar las operaciones realizadas por el legislador y la delimitación de la conducta lesiva sobre el bien jurídico que se debía tener en cuenta para brindar la protección respectiva.

Esto último configuró una concepción muy relativa a los fines de quien propugnaba una correspondencia entre las conductas criminalizadas con los intereses del Estado. La metodología neokantiana justificó los planteamientos irracionales de tendencia social nacionalista, los cuales fueron conducidos bajo los intereses de los penalistas de ideología nazi. Esta perspectiva optaba por recubrir de protección a los elementos ubicados en la realidad positivamente valorada. Este concepto podía englobar (dependiendo de quien la propugne) lo que considere oportuno bajo su perspectiva valorativa. Dentro del lamentable episodio nazi, se operó bajo la definición de delito como respuesta al atentado contra la fidelidad al pueblo alemán, que propugnó y continuó desarrollando ideales ajenos al Estado de derecho.

Se ha intentado brindar un fundamento ético al concepto de bien jurídico para no vincular de forma tan relativa a cualquier perspectiva de desarrollo individual con reparo a no percibir valores negativos y, así, no repetir eventos trágicos como los anteriormente descritos.

Max Ernst Mayer plantea la relación de un orden moral que ampara la protección dentro de un sistema jurídico para así poder ser ejecutado. La visión moralizante permitía no brindar falsas perspectivas del bien jurídico; no obstante, la moral puede amparar ambigüedades y el derecho no puede sostener irracionales injusticias al momento de dar carta abierta a los legisladores que, siguiendo esta idea, intenten criminalizar cualquier conducta (Hefendehl, 2007).

Los parámetros del legislador no pueden tener como sustento primordial una opinión moral apartada de la sociedad. Era necesaria una interpretación que exprese también la realidad de lo acontecido, los elementos que la rodean y la circunstancia que la propiciaron. Fue por esto último que se dio paso a este ideal moral del bien jurídico para operar con una base sociológica. Esta contrarrespuesta permitió tomar en consideración las condiciones indispensables para sostener un correcto orden social y no solo un valor ético, moral o cultural como antaño.

El estudio sociológico del derecho requiere un enfoque mucho más amplio; es imposible abordarlo en pocas líneas. Pese a ello, en la presente investigación, trataremos, aunque de forma sucinta, la concepción sociológica del bien jurídico, la cual se subdivide en dos propuestas claves.

La primera propuesta desplaza al individuo para enfocar al sistema social. Sobre el particular, Knut Amelung (2007) indica que esta perspectiva atribuye un estudio de las condiciones sociales y la realidad del sujeto para brindar protección a aquellos elementos que puedan correr cierto peligro; asimismo, se enfoca en el abandono al bien jurídico y la dañosidad social. Cabe señalar que, al igual que la corriente de tintes morales, tampoco se ha precisado del todo cuáles pueden ser los criterios para determinar el grado de dañosidad social en el que tenga que intervenir el derecho penal.

Una segunda propuesta de bases sociológicas atiende a las necesidades del individuo para su desarrollo con énfasis en las condiciones sociales. A diferencia de la funcionalidad social expuesta por Amelung, aquí no se requería un enfoque en la dañosidad social. Entre los

mayores exponentes se encuentra Winfried Hassemer, quien propone que el concepto de bien jurídico debe ser atendido en el contexto histórico cultural en donde se valoran los objetos afectados por las conductas criminalizadas, todo esto desde un panorama individual y conexo al colectivo social. Finalmente, siguiendo esta premisa, este postulado esboza que la protección jurídico-penal debe darse en atención a los intereses del individuo (Hefendehl, 2007).

El estudio enfocado en la sociedad guarda una necesaria relación con la forma en que el legislador penal debe salvaguardar los intereses individuales y colectivos, esto último en atención a los fines del Estado (la protección del respeto a los objetos tutelados dentro de los derechos subjetivos del ciudadano y del respeto a la autoridad estatal). Comprendiendo un enfoque más específico en cuanto al bien jurídico protegido, podemos asumir lineamientos formales mediante una interpretación constitucionalista, una perspectiva material que toma como base una comprensión contractualista de la sociedad y una línea institucional que centra a la protección de la norma como el eje de la protección (García Caveró, 2019).

La interpretación formal atribuida por el constitucionalismo recaba en el sentido protector y garantista como un Estado de derecho. Inclusive, el primer artículo de nuestra Constitución señala de forma expresa como finalidad suprema la defensa y el respeto por la persona. Dentro de los parámetros sujetos por el constitucionalismo ahondaremos en un sentido amplio la tutela genérica, mas no específica de aquello que el Estado prevé. Por otro lado, también a través de la lista taxativa de derechos fundamentales de la persona se puede intentar englobar los objetos tutelados por el sistema jurídico.

Sin embargo, debemos hacer una necesaria aclaración. El mero formalismo atribuido por el legislador, incluso por la Constitución, no es suficiente para atender una concepción del bien jurídico, debido a que este último, si bien se sustenta en un marco normativo vinculado al Estado social y democrático de derecho, no tiene del todo un sustento fáctico que sí se puede configurar en la sociedad. Al respecto, Raúl Ferrero Costa (2015) comenta que

la ley de leyes recoge a las instituciones que la sociedad ha creado, y si no ha ocurrido así, la vida en comunidad crea las instituciones que permitan organizar mejor la vida societaria de sus integrantes para desarrollar sus propios fines (p. 157).

Compartimos esta tesis porque, como veremos más adelante, una simple especulación o perspectiva normativa de las conductas en cuestión no permitirá, en suma, una concepción fáctica y realista de lo que el derecho busca tutelar.

Antes de continuar con la concepción material, citaremos brevemente a Jürgen Baumann (2021), quien señala que «el concepto de bien jurídico no debe interpretarse tan solo formalmente (teoría formal del bien jurídico), sino también en su aspecto material, pero no corporizado objetivamente» (p. 27).

Una definición con gran énfasis en la repercusión material y, en consecuencia, amplitud de la lesión al bien jurídico es expuesta por Claus Roxin (1997), quien sostiene los dos aspectos de protección que justifican la intromisión del Estado: la libertad del individuo en un Estado liberal y la funcionalidad del sistema social. Este autor define a los bienes jurídicos como «circunstancias o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema» (p. 56).

Estos dos aspectos permiten configurar la existencia de bienes jurídicos individuales y colectivos. Los primeros otorgan a la persona la posibilidad de autodesarrollarse conforme a sus intereses. La libertad incurre en su máxima expresión como un elemento determinante para la concepción del objeto tutelar de protección; sin embargo, aquí podrían hacerse ciertos reparos en que, como hemos visto en sistemas jurídicos de antaño, el abuso de derecho no sustenta una respuesta satisfactoria para una comunidad jurídica, por lo cual se formula el segundo aspecto a considerar, relacionado con el fin y el funcionamiento del sistema. Esto nos permite comprender que los sujetos ejercitan sus conductas dentro de su esfera de libertad pero sujetas a las

restricciones señaladas por el Estado. La discusión puede continuar en caso haya una contradicción entre los intereses individuales y colectivos.

Sobre el particular, Santiago Mir Puig (2019) comenta que «la expresión “bien jurídico” se utiliza en este contexto en su “sentido político-criminal” de objeto que puede reclamar protección jurídico-penal, en contraposición a su “sentido dogmático”, que alude a los objetos que de hecho protege el derecho penal vigente» (p. 48).

Finalmente, cabe anotar que la línea institucional centrada en la protección normativa como expectativa de conducta jurídicamente garantizada es una propuesta realizada por el profesor de Bonn Günther Jakobs, quien postula uniformemente al bien jurídico protegido no como objeto material e inmaterial, sino a la vigencia de la norma que establece los comportamientos compatibles con tales vulneraciones. Al respecto, Jakobs (1997) señala lo siguiente:

si ha de existir un bien jurídico protegido es que la ley debe considerar ya alguna situación como valiosa para la «vida sana», lo que falta cuando la ley regula modos de conducta cuyo rendimiento no es valioso para algo, sino que constituye un valor por sí mismo, especialmente cuando la ley prescribe un comportamiento moral como tal. De todos modos, este resto crítico del concepto de bien jurídico se puede reducir también concibiendo la definición del concepto tan elásticamente que incluya todo fin de regulación. El bien jurídico ha de entenderse como «sentido y finalidad de las proposiciones jurídicas singulares» o como «abreviatura de la idea de fin» (p. 50).

La concepción institucional guarda ciertas críticas, entre las cuales debemos hacer algunas anotaciones al respecto. El célebre jurista alemán explica que no es una situación *ex ante*, sino *ex post* respecto al momento de la vulneración; no obstante, como bien recordamos, a través de la prevención general, se comprende la evitabilidad de tales conductas y no una restauración de la norma defraudada.

Por otro lado, una visión unitaria de tal concepto trae a colación la discrepancia entre la imposición punitiva y el ejercicio de los derechos individuales con relación a las limitaciones que puede señalar el Estado; la sanción arbitraria no es compatible con un Estado social y democrático de derecho, por lo cual no sería viable un sistema punitivo.

El último punto para tomar en consideración es el enfoque que se brinda al bien jurídico protegido. Un objeto tan abstracto como la norma no puede ser señalado como un eje arbitrario para sancionar sin discreción. La cuestión enfoca necesariamente el momento en que se ha vulnerado un deber negativo de lesividad. Para este enfoque, la mera vulneración justifica una sanción cuando se debe hacer un estudio previo del grado de lesión, como lo son los actos preparatorios dentro de la teoría del *iter criminis*; igualmente, observamos una injustificada aplicación de las penas que, en suma, no conllevan una mejora en la sociedad.

Se debe reconocer la existencia de bienes jurídicos ajenos a la norma, por lo cual no se debe atender exclusivamente a esta última para sustentar una sanción penal. En consecuencia, se debe atender a la realidad individual o social, la que finalmente se protege a través del derecho penal.

### 3.5. PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO O VIGENCIA DE LA NORMA COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMACIÓN DEL DERECHO PENAL

En los últimos tiempos, se ha promovido el debate académico en torno a la concepción del bien jurídico como legitimación del derecho penal, en razón de que por muchos años se tenía por bien sabido que la función principal del derecho penal era la exclusiva protección de los bienes jurídicos, cuyo principal propulsor era Claus Roxin. No obstante, a través de las críticas que se postularon hacia esta teoría y mediante la aparición de una nueva postura de corte institucional normativista, planteada por Günther Jakobs, se ha reabierto el debate académico, pero ya no enfocado en la concepción del bien jurídico, sino en la función que este cumple, poniendo en duda el carácter

legitimador del derecho penal. En ese sentido, sale a la luz una nueva concepción legitimadora: la protección normativa como expectativa de conducta jurídicamente garantizada.

Mucho se ha dicho respecto a esta discusión doctrinal; por tales motivos, en el presente subapartado analizaremos las posturas señaladas anteriormente, sin ahondar en definiciones o postulados que ya han sido desarrollados en la sección anterior. Por tanto, expondremos un análisis crítico y plantearemos nuestra propia posición, sin desmerecer los importantes aportes que los estudiosos del derecho penal han planteado sobre este tema.

### 3.5.1. La postura de la protección de bienes jurídicos

Desde que Birnbaum acuñó el término «bien jurídico», dejando de lado el sentido ideológico de su concepto, se empezó a considerar a la protección de este bien como fundamento legitimador de la intervención penal y, desde ese momento, adquirió un grado de importancia enorme. Como hemos visto en los apartados anteriores, se ha llegado a considerar a la protección del bien jurídico como función y principio del derecho penal moderno y, a la vez, se ha ido incorporando a la largo de la historia una serie de conceptos sobre este, de acuerdo con el contexto social de la época y la concepción de cada autor. Sin embargo, debemos destacar que todos estos conceptos se encuentran enmarcados en la debida protección del bien jurídico por parte del derecho penal.

En cuanto a la postura de protección del bien jurídico como elemento legitimador del derecho penal, pierde relevancia incidir en el debate doctrinal respecto a la concepción de este; en cambio, debemos tomar como punto de partida su naturaleza jurídica y la protección que le debe dar el derecho penal, en donde solo es posible legitimar la intervención penal si se vulnera o pone en peligro un bien jurídico protegido, ya que, cualquiera sea su concepto, siempre debe ser el primer filtro para limitar el *ius puniendi* del Estado.

Entre las funciones de la postura de protección de bienes jurídicos, además de ser un límite al *ius puniendi* estatal, encontramos

una función de carácter teleológico, en el sentido de constituir un criterio de interpretación de los tipos penales que condicionará su sentido y alcance conforme a la finalidad de protección de un determinado bien jurídico; una función sistemática que tiene su reflejo en la parte especial del Código Penal [para poder agrupar a los delitos]; una función garantizadora que determina una limitación de carácter material, dado que conlleva la posibilidad de una revisión crítica de la norma y de todo el ordenamiento penal en un sentido tanto de incriminación como de desincriminación de los comportamientos; una función de medición de la pena que conlleva que la mayor o menor puesta en peligro de un bien jurídico sirva de base para la concreta determinación de la pena; y una función de legitimación material de la norma penal que necesita ser justificada racionalmente en un Estado de derecho (García Arroyo, 2022, p. 4).

Respecto a este punto, Manuel Abanto (2006) menciona que

la importancia del concepto «bien jurídico» se manifiesta en las funciones que usualmente le atribuye la doctrina mayoritaria. La más importante de ellas, aunque la más polémica (y en mi opinión la decisiva en la confrontación con el normativismo radical) es la llamada función crítica: desde una perspectiva del «ideal del principio democrático», el penalista estaría en condiciones de discutir la legitimidad de aquellos tipos penales creados o por crearse que no cumplan con proteger bienes jurídicos (pp. 5-6).

A pesar del grado de importancia que ha adquirido esta postura, no ha sido suficiente para dejar de ser el blanco de duras críticas por parte de la doctrina, empezando por poner en duda la eficacia del derecho penal respecto de la protección de bienes jurídicos, al sostener que, en la mayoría de los casos, este actúa demasiado tarde, cuando el bien jurídico ya ha sido vulnerado, teniendo en realidad una protección ideal basada en la función de motivación y prevención de delitos. El principal opositor a esta teoría, como lo veremos más adelante, es Günther Jakobs, quien con su teoría funcional normativista quiso

encontrar un nuevo horizonte para el derecho penal, pero fue duramente criticado por ir en contra de muchos principios y postular un derecho penal no acorde con los Estados modernos, que se caracterizan por ser democráticos y garantes de los derechos fundamentales de la persona.

En la doctrina nacional, existen algunos autores que han señalado las principales críticas hacia la postura de la protección de los bienes jurídicos. Por un lado, García Cavero (2019) apunta que se regulan tipos penales que vulneran el principio de lesividad; en concordancia con ello, encontramos dos formas de tipificación muy extendidas en el derecho penal actual: «los delitos de peligro abstracto (*abstrakte Gefährdungsdelikte*) y los delitos de comportamiento (*Verhaltensdelikte*). En ambos casos, el delito se castiga sin que exista una afectación concreta a un bien jurídico penalmente protegido» (p. 124). Por otro lado, entre todas las críticas que identifica Abanto Vásquez (2006), consideramos más importantes las siguientes: a) No se ha encontrado aún un concepto satisfactorio de bien jurídico; b) la lesividad no funciona en el sentido naturalístico; c) la teoría de los bienes jurídicos no explica de manera satisfactoria la punibilidad de los delitos de peligro, en especial los de peligro abstracto; d) la función crítica de los bienes jurídicos no han impedido el surgimiento de tipos penales que no protejan estos bienes (p. 21).

Para responder a las críticas de la teoría de los bienes jurídicos, Abanto Vásquez (2006), desde una perspectiva constitucionalista y con base en la reformulación que propone de la teoría de los bienes jurídicos, las rebate como se ve a continuación.

Con respecto a la crítica de que no se ha encontrado aún un concepto satisfactorio de bien jurídico, plantea lo siguiente:

Es prescindible un concepto estricto de «bien jurídico». Todos coinciden en que tal concepto debería contener valores, intereses, condiciones básicas, mínimas para la coexistencia pacífica de los ciudadanos en una sociedad organizada bajo un Estado social y democrático de derecho. Pero, más allá de este consenso mínimo, el concepto debería quedar abierto para acoger nuevos

desarrollos y necesidades sociales que surjan en la medida en que cambien las relaciones individuales en la sociedad sea debido al desarrollo tecnológico, [...] los cambios culturales, sociales y económicos. Por eso, en definitiva (y en contra de un sector que sí admite la utilidad de un «concepto positivo»), lo mejor que se puede conseguir con la teoría de bienes jurídicos es una «definición negativa»; es decir, la posibilidad de descartar lo que no debe ser considerado bien jurídico (Abanto, 2006, p. 22).

Sobre la crítica que señala que la lesividad no funciona en el sentido naturalístico, Abanto (2006) menciona que «la lesividad no debe ser entendida en sentido estrictamente naturalístico e individual, pues lo que interesa es el “daño social” provocado por el delito, sea que este se produzca a través de un “perjuicio” verificable “individualmente” o no» (p. 22).

En cuanto a la crítica de que la teoría de los bienes jurídicos no explica de manera satisfactoria la punibilidad de los delitos de peligro, en especial, los de peligro abstracto, Abanto (2006) sostiene que

los delitos de peligro abstracto sí pueden ser explicados bajo la concepción de los bienes jurídicos. La doctrina dominante admite la legitimidad de los tipos de «peligro abstracto» pues el principio de lesividad no exige una «lesión», sino que también admite una «puesta en peligro» de bienes jurídicos (con más exactitud: de objetos del bien jurídico), en especial si se trata de bienes jurídicos de primer orden (que también pueden [ser] bienes jurídicos colectivos) ante graves riesgos (p. 22).

Por último, acerca de la crítica que señala que la función crítica de los bienes jurídicos no ha impedido el surgimiento de tipos penales que no protejan estos bienes, para Abanto (2006):

[e]l carácter crítico de los bienes jurídicos se mantiene pese a que, a veces, no sea respetado. No debe confundirse el «ser» (la existencia de algunos tipos penales que no defienden bienes jurídicos) con el «deber ser» (la crítica sobre la legitimidad de

dichos tipos). Además, la cuestión de las consecuencias en caso de constatarse una falta de legitimidad de una disposición penal es más bien una cuestión de derecho público y constitucional que puede variar de país a país. En el caso peruano, por ejemplo, dado que existe una disposición expresa sobre la «exclusiva protección de bienes jurídicos» en el artículo IV del título preliminar del Código Penal, así como la posibilidad del «control difuso» a través de todos los jueces (incluidos los penales), nada impide, en teoría, que estos directamente (sin esperar una declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional) inapliquen la ley penal en casos de evidente incompatibilidad de la ley penal con la constitucional (p. 23).

Por otro lado, respecto al problema de la existencia de tipos penales de peligro abstracto y de comportamiento que vulneran el principio de lesividad, García Caveró (2019) plantea que

el derecho penal actual no puede prescindir de la técnica legislativa del peligro abstracto y de la criminalización de los comportamientos contrarios a convicciones sociales elementales, si es que no quiere sacrificar su propia funcionalidad social. El problema es la ruptura que supone la admisión de estas formas de tipificación con la concepción tradicional del principio de lesividad, pues no se cumpliría con la exigencia de una lesión o puesta en peligro del bien jurídico. A nuestro modo de ver, la solución no puede mantener el esquema conceptual formulado históricamente bajo la comprensión liberal del bien jurídico y negarle la naturaleza penal a todo lo que no se ajuste a este entendimiento de las cosas. Tampoco la vía de la excepción resulta satisfactoria, pues se termina por esta vía evadiendo el control de racionalidad contenida en la regla. Lo que se requiere, a nuestro modo de ver, es llevar a cabo una reformulación del concepto de bien jurídico para hacerlo funcional a las necesidades punitivas de la sociedad actual y, de esa manera, dimensionar apropiadamente la lesividad de las conductas penalmente relevantes (p. 131).

Esta reformulación considera la existencia del bien jurídico como un ente legitimador del derecho penal, por lo que el uso de este «solamente podrá estar autorizado si la forma de conducta penalmente sancionada resulta incompatible con la preservación de esas condiciones esenciales para el desarrollo de las personas» (García Cavero, 2019, p. 132). Sin embargo, el autor sostiene que el bien jurídico penalmente protegido se debe entender como lo que protege el derecho penal por medio de la imposición de la pena: «la vigencia de la norma que ordena las actuaciones de manera compatible con las condiciones esenciales para la realización de la persona en sociedad» (p. 132). De esta manera, propone distinguir entre el bien jurídico, el objeto que este representa y el bien jurídico penalmente protegido, considerando que es en este último donde actúa el principio de lesividad. En otras palabras, se entiende a la lesividad como la defraudación de la norma, pero sin desconocer el carácter legitimador del bien jurídico «como criterio de legitimación de la incriminación penal» (p. 133).

### 3.5.2. La postura de la vigencia de la norma

Aunque la postura de la protección de bienes jurídicos sea la corriente mayoritaria, hay autores que sostienen que la legitimación del derecho penal no es la protección de bienes jurídicos. Por ejemplo, Günther Jakobs considera que la función del derecho penal es garantizar lo que denomina «identidad normativa»:

en su propuesta funcional normativista de interpretación del derecho penal, [critica] la teoría del bien jurídico [y observa] que resulta un sinsentido afirmar que el derecho penal protege bienes jurídicos, ya que [...] el sistema penal recién se pone en marcha una vez que el bien ya ha sido lesionado o puesto en peligro, (por ello Welsel afirmaba que el [d]erecho penal siempre actúa «demasiado tarde»). Para Jakobs, «la pena no repara bienes, sino que confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el [d]erecho 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 y expresión de sentido entre personas» (citado en López, 2021, p. 69).

Para argumentar su teoría, Jakobs (2004) recurre a la prevención general positiva que hace hincapié en el reconocimiento normativo, ya que lo que sostiene es que

el hecho significa una rebelión contra la norma, y la pena rechaza esa rebelión; al mismo tiempo, mediante el dolor que aquella inflige, se elimina el riesgo de una erosión general de la vigencia de la norma: esto se llama «prevención general positiva». [Así,] lo decisivo es la protección de la vigencia de la norma. [En ese sentido, se rechaza que la función del derecho penal sea la protección de los bienes jurídicos en vista de que, si así fuera, se saldría] de un punto de partida erróneo, pues el derecho es una relación entre personas, solo a través de estas también entran en acción los bienes (p. 41).

En conclusión, podemos decir que, según Jakobs, la función del derecho penal reside en la confirmación de la vigencia de la norma; dicho de otro modo, se trata de una función de garantía de la estructura o la identidad normativa de la sociedad. En relación con esta postura, respaldamos lo que sostiene García Arroyo (2022), quien menciona lo siguiente:

[no] compartimos la afirmación de Jakobs, por considerar que su concepción de la norma jurídico penal solo se comprende puesta en relación con un determinado sistema social y en tanto que mero sistema descriptivo, aséptico y tecnócrata, absolutamente exento de cualquier valoración o crítica a ese sistema. Según Muñoz Conde, la teoría sistémica conduce a una concepción preventiva integradora del derecho penal en la que el centro de gravedad de la norma jurídica penal pasa de la subjetividad del individuo a la subjetividad del sistema, y así se fortalece el sistema existente y sus expectativas institucionales, pero no se busca su modificación o crítica; de este modo, en este sistema la

norma penal soluciona el conflicto atacando el problema donde se manifiesta, pero no donde se produce, legitimando un sistema que no es cuestionado. Cuando desde la teoría sistémica se habla de la funcionalidad de la norma jurídico penal, nada se dice de la forma en la que debe funcionar ni sobre el sistema social para el que es funcional, por lo que no llegamos a comprender la esencia del fenómeno jurídico punitivo. La teoría sistémica sustituye el concepto de bien jurídico por el de funcionalidad del sistema social y entendemos que el funcionamiento del derecho penal en general tiene que tener una función de control dentro del sistema en el que se integra, por lo que aceptar una teoría sistémica nos llevaría a que la ciencia del derecho penal pierda la posibilidad para criticar el derecho penal positivo, por lo que podemos afirmar que reivindicar la teoría sistémica es renunciar a la función crítica que debe tener el derecho penal (p. 3).

En la actualidad, pocos son los que siguen el funcionalismo sistémico, al considerarlo inconstitucional. A pesar de eso, algunos autores respaldan con ciertos matices sus postulados: «Gómez Benítez sigue un planteamiento similar, aunque sin renunciar al concepto de bien jurídico [...] Más recientemente, Cancio Melía defiende que el bien jurídico debe subsumirse bajo el concepto de vigencia de la norma como fundamento de la intervención penal» (García Arroyo, 2022, p. 21). En cuanto a la doctrina nacional, podemos poner de ejemplo a García Cavero, pues, como lo mencionamos anteriormente, no desconoce al bien jurídico como elemento legitimador del derecho penal, pero considera que el bien jurídico penalmente protegido es la vigencia de la norma.

Por último, tomando una posición respecto a estos dos postulados, consideramos que la existencia del bien jurídico protegido como ente legitimador del derecho penal es una garantía innegable para justificar su existencia e intervención; no obstante, se deben reformular los alcances de este postulado para combatir las críticas que recibe, sobre todo en el marco del incumplimiento del principio de lesividad. Por otro lado, no compartimos la postura de la vigencia de

la norma como ente legitimador del derecho penal, ya que un funcionalismo sistémico genera un descontrol en el intervencionismo del Estado, al no existir ningún fundamento que justifique su intervención penal, dado que la norma penal se legitima en sí misma y la pena, en el simple quebrantamiento de ella. Es por estas razones que, en un intento de justificación actual respecto a esta teoría, se han creado matices aceptando la existencia del bien jurídico. Aun así, nosotros no cedemos a estas posiciones ambivalentes y seguimos nuestra posición a favor de que el derecho penal tiene como fin exclusivo la protección de bienes jurídicos fundamentales, surgidos de la propia realidad social, tomando como centro a la persona o al individuo y que se traducen en sus derechos fundamentales en las constituciones.

### 3.6. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

La Corte Suprema de Justicia de la República (2021), mediante la Casación n.º 2073-2019-Lambayeque, en su fundamento de 5.1., ha fijado lo siguiente:

Siendo así, la valoración político-criminal que se realiza del peligro, como sustento de su incriminación, no se realiza en referencia a la afectación del objeto que representa el bien jurídico protegido ni a su capacidad futura de vulnerarlo, sino, sobre la afectación de las condiciones de disposición segura del mismo.

De la lectura de este fundamento de derecho se advierte que la Corte Suprema se aleja de la posición de la protección de bienes jurídicos, al sostener que no se requiere que el peligro esté referido a la afectación de un bien jurídico o la capacidad remota de vulnerar. De igual modo, se infiere que para la Corte Suprema el bien jurídico ha dejado de ser el punto de partida para fundamentar la intervención del derecho penal. En la misma línea que el principio de lesividad, se encuentra establecido en el artículo IV del título preliminar de nuestro Código Penal que no hay delito y no hay pena si por lo menos el bien jurídico protegido no ha sido lesionado o puesto en peligro, constituyéndose así este principio como límite al abuso del poder punitivo del Estado.

El Tribunal Constitucional (2012), mediante la sentencia de 3 de mayo de 2012, recaída en el Expediente n.º 00017-2011-PI/TC, en su fundamento 4.[4.], ha fijado lo siguiente:

La persecución penal de los delitos contra la Administración Pública ha sido justificada desde el Derecho penal en el «correcto funcionamiento de la administración pública». A su vez, este Tribunal entiende que ello puede ser entendido también desde una perspectiva constitucional. Así, la intervención en derechos fundamentales (*vgr.* Libertad personal) que implica esta clase de delitos persigue la oportuna represión de actos que atentan contra principios constitucionales derivados esencialmente del capítulo IV del Título I del Código Penal «De la Función Pública».

Frente a esa posición dominante sobre el bien jurídico genérico en los delitos contra la Administración pública, Francisco Celis Mendoza Ayma (2023,) en una ponencia en el marco de las Jornadas Académicas de Verano 2023 del Taller de Ciencias Penales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, ha mencionado que

[c]uando hablamos de los delitos funcionariales —y lo dice el profesor Zaffaroni— no hay nada más disponible que la prestación a la que está obligado el Estado a través de sus funcionarios o servidores públicos. Y no le falta razón porque todo funcionario lo es, pero vinculado a una prestación que tiene que realizar dentro del ámbito de sus atribuciones [...] Así que cuando esta persona hace una disposición pública de esta prestación, no hay ningún problema [...]. ¿Qué pasa en el caso del policía si en lugar de realizar la prestación, es decir, de imponer la papeleta, lo que hace es una disposición privada de esa prestación pública? Lo que hace ahí es pervertir o corromper ese bien jurídico, es decir, afectó el bien jurídico. [...]

Esto [debe] ser comprendido para construir una proposición fáctica porque cuando de pronto se habla del bien jurídico como la recta administración pública, o cuando de pronto se emplea términos como la recta administración de justicia, eso

solo queda de una manera nominal, no se dice nada. Peor aún desde quienes postulan que es la honestidad, la transparencia, la corrección [...] (41m55s - 44m10s).

#### 4. DISCUSIÓN

El bien jurídico protegido es el fundamento legitimador del derecho penal debido a la función de contención del poder punitivo que cumple en un Estado de derecho y, a su vez, dicho fundamento determina la función social del derecho penal, que consiste en la protección de bienes jurídicos —que se traducen en derechos con sustrato material reconocidos en la Constitución Política— frente a vulneraciones o peligros penalmente relevantes.

A partir de la revisión de doctrina especializada en el tema, sostenemos que las posiciones que están en el centro de la discusión respecto al fundamento legitimador del derecho penal son la posición de la protección de bienes jurídicos y la posición de la reestabilización de la vigencia de la norma. La primera sostiene que solo es posible legitimar la intervención penal si se vulnera o pone en peligro un bien jurídico protegido, ya que su concepto debe ser el primer límite al ejercicio del poder punitivo. La segunda sostiene que la función del derecho penal radica en la confirmación de la vigencia de la norma, garantizando de esta forma la identidad normativa de la sociedad frente a la defraudación.

De la jurisprudencia nacional analizada podemos advertir que la posición de la protección de los bienes jurídicos ha perdido terreno; por ende, existe un direccionamiento en favor de la posición de la reestabilización de la vigencia de la norma al tiempo que se desmaterializa el fundamento de legitimación del derecho penal. Esto nos lleva a caer en fundamentaciones abstractas o idealistas que realmente ponen en peligro la función primordial del derecho penal: la contención del derecho subjetivo de punir que tiene el Estado, que puede terminar en un abuso indiscriminado de dicho *ius puniendi*.

## 5. CONCLUSIONES

La posición de la protección de bienes jurídicos ha sido objeto de cuestionamientos por un sector de la doctrina y, actualmente, en la jurisprudencia nacional se muestra una inclinación en favor de la posición de la reestabilización de la vigencia de la norma que, de manera paradójica, no es doctrina mayoritaria y menos es de aplicación jurisprudencial en el país de origen de su propulsor (Günther Jakobs), es decir, Alemania.

Respecto a la interrogante de cuál es el fundamento que brinda legitimación a la intervención del derecho penal, la postura dominante consiste en que el derecho penal interviene para proteger bienes jurídicos frente a vulneraciones o peligros penalmente relevantes. Esto está amparado por los artículos IV y VIII del título preliminar de nuestro Código Penal, el principio de lesividad y el principio de proporcionalidad de las penas, respectivamente.

En el centro del debate doctrinario se observa que se encuentran dos posiciones: la de la protección de bienes jurídicos y la del restablecimiento de la vigencia de la norma; hasta el momento es mayoritaria la posición de la protección de bienes jurídicos.

No podemos dejar de mencionar el peligro que corre el derecho penal peruano de convertirse en un derecho autoritario y antidemocrático, que daría rienda suelta al abuso del poder punitivo del Estado.

## 6. RECOMENDACIONES

Se recomienda identificar jurisprudencia nacional donde se evidencie —de forma explícita— la posición sobre el debate del bien jurídico como fundamento legitimador del derecho penal.

Se sugiere revisar un mayor número de publicaciones de autores internacionales para ampliar el panorama de la discusión respecto al bien jurídico como fundamento legitimador del derecho penal.

Se recomienda realizar un análisis historiográfico de los contextos históricos donde surgieron las posiciones de la protección de bienes jurídicos y la reestabilización de la vigencia de la norma.

Se sugiere propiciar debates doctrinarios en los foros, los seminarios, las conferencias, los plenos jurisdiccionales, entre otros, a fin de desenmascarar el peligro que se cierne sobre el derecho penal propio de nuestro Estado social y democrático de derecho.

## 7. CONTRIBUCIÓN E IMPACTO

El análisis de las posiciones respecto al bien jurídico como elemento legitimante del derecho penal es de suma importancia, debido a que este tema se encuentra vinculado a la función de contención del poder punitivo que cumple este, garantizando que el ciudadano no se vea sometido a un ejercicio arbitrario y desproporcionado del *ius puniendi*; así, se evita que tanto el derecho subjetivo de penar como el derecho objetivo, que es el derecho penal, se tornen autoritarios y, por ende, antidemocráticos y persecutores de los disidentes.

El ejercicio desbocado del poder punitivo, como se constata en la historia de los pensamientos criminológicos, trae como consecuencia un mal peor que el que se pretendía evitar. Así lo demuestra la cacería de brujas en el siglo xv, la barbarie nazi en pleno siglo xx y la guerra contra las drogas en México en el presente siglo, la cual provocó cuarenta mil muertos en cuatro años, cifra que la sobredosis por drogas habría ocasionado en casi un siglo.

## REFERENCIAS

- Abanto, M. A. (20068). Acerca de la teoría de los bienes jurídicos. *Revista Penal*, (18), 3-44. <https://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12232/Acerca.pdf?sequence=2>
- Baumann, J. (2021). *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema*. Ara Editores.
- Birnbaum, F., & Michael, J. M. F. (2010). *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Editorial BdeF.
- Bramont-Arias, L. M. (2005). *Manual de derecho penal. Parte general* (3.<sup>a</sup> ed.). EDDILI.

- Bustos, J. (1984). *Manual de derecho penal español. Parte general* (3.ª ed.). Editorial Ariel.
- Bustos, J. (2004). *Obras completas* (t. I. *Derecho penal. Parte general*; t. II. *Control social y otros estudios*). Ara.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2021). *Casación n.º 2073-2019-Lambayeque*. Sala Penal Transitoria. Lima: 7 de diciembre de 2021. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/12/Casacion-2073-2019-Lambayeque-LPDerecho.pdf>
- Fernández, J. (1992). *Derecho penal. Parte general. Bases del derecho penal y evolución y crítica de la teoría del delito*. Ibáñez.
- Ferrero, R. (2015). *Derecho constitucional general*. Instituto Pacífico.
- Galán Muñoz, A. (2005). *El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos. Análisis del artículo 248.2 Código Penal*. Tirant Lo Blanch.
- García Arroyo, C. (2022). Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración de los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (24), 12. 1-45. <http://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-12.pdf>
- García Cavero, P. (2003). *Derecho penal económico. Parte general*. Universidad de Piura; Ara.
- García Cavero, P. (2019). *Derecho penal. Parte general* (3.ª ed.). Ideas.
- Hefendehl, R. (2007). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons.
- Hugo Vizcardo, S. (2016). *Derecho penal general* (2.ª ed.). Editorial Pro-Derecho.
- Hulsman, L., & Bernat de Celis, J. (1984). *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa* (S. Politoff, trad.). Ariel.
- Jakobs, G. (1971). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons.

- Jakobs, G. (2003). ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? En E. Montealegre (coord.), *El funcionalismo en el derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs* (pp. 39-56). Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (2004). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (M. Cancio & B. Feijóo, trads.). Universidad Externado de Colombia.
- Kierszenbaum, M. (2009). El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. *Lecciones y Ensayos*, (86), 187-211. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf>
- Mendoza, F. (2023, 21 de febrero). *Imputación concreta y delitos de corrupción de funcionarios. Jornadas académicas de verano 2023. Taller de Ciencias Penales* [Facebook]. <https://web.facebook.com/tallerdecienciaspenales.unmsm/videos/727624495751124>
- Ministerio de Justicia. (1991 [actualizado]). *Decreto Legislativo n.º 635. Código Penal*. Lima: 3 de abril de 1991. <https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/>
- Mir Puig, S. (2019). *Fundamentos de derecho penal y teoría del delito*. Editorial BdeF.
- Muñoz Conde, F. (1985). *Derecho penal y control social*. Fundación Universitaria de Jerez.
- Nestler, C. (2000). El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y sustancias estupefacientes. En C. M. Romeo (dir.), C. Romeo & otros (coords.), *La insostenible situación del derecho penal*. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt; Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra. Estudios de Derecho Penal.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general* (t. 1). Civitas.
- Roxin, C. (1999). *Derecho penal. Parte general* (t. 1). *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (D. Luzón, M. Díaz & J. de Vicente, trads.). Civitas.

- Tribunal Constitucional. (2012). *Sentencia. Expediente n.º 00017-2011-PI/TC*. Lima: 3 de mayo de 2012. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.html>
- Villavicencio, F. (2000). *Introducción a la criminología*. Grijley.
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Grijley.
- Von Liszt, F. (1914). *Tratado de derecho penal* (t. I). <https://www.perlego.com/book/2490400/franz-von-liszt-tratado-de-derecho-penal-tomo-1-pdf>
- Zaffaroni, E. R. (1998). *Manual de derecho penal. Parte general* (t. I). Ediciones Jurídicas.
- Zúñiga, L. (2001). *Política criminal*. Colex.