

SOBRE LA MODERNA TEORIA DEL BIEN JURIDICO-PENAL EN ESPAÑA Y EL RECHAZO DEL FUNCIONALISMO SISTEMICO DE JAKOBS*

"... el bien es el objeto de nuestro derecho que jurídicamente nos corresponde..." (J. Birnbaum, 1834)¹

Es un principio generalmente aceptado por la doctrina penal que el bien jurídico cumple la importante función de limitar el poder represivo del Estado; sin embargo, actualmente la teoría del bien jurídico-penal se ha visto seriamente cuestionada por la escuela del funcionalismo sistémico, cuyo principal representante es el alemán Günther Jakobs, quien niega la función protectora de bienes jurídicos del Derecho Penal, sosteniendo que el verdadero objeto de tutela es la vigencia de la norma penal. Los riesgos que conlleva esta posición son evidentes, pues implica crear un sistema penal neutral y servil a cualquier modelo político. A lo largo del presente artículo, el doctor Carlos Caro demuestra las inconsistencias del funcionalismo sistémico de Jakobs y elabora un concepto material de bien jurídico-penal sobre la base de los principios de merecimiento y necesidad de la pena.

Carlos Caro Coria**
Profesor de Derecho Penal
Pontificia Universidad Católica

I. POR UN CONCEPTO MATERIAL DE BIEN JURÍDICO-PENAL

1. Preliminares

Hasta hace poco reinaba acuerdo sobre la necesidad de limitar el poder penal del Estado en función del principio de exclusiva tutela de bienes jurídicos². Que el orden penal sólo debía de proteger bienes jurídicos, era unánime sentir en la doctrina³ y en la jurisprudencia española⁴. Así, se aceptaba la vigencia del principio "*nullum crimen sine injuria*"⁵, según el cual todo delito debe comportar un daño u ofensa o

* A Catalina.

** Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, estudios de Maestría en Derecho Constitucional. Becario Mutis-AECI (95-98) del Doctorado en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca-España, con la dirección del Rector y Catedrático Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, y la Profesora Laura Zúñiga.

¹ BIRNBAUM, J. M. F. "*Über das Erfordernis eines Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*". En: *Archiv des Criminalrechts*. Nueva edición. T. 15. (1834) p. 172.

² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona; Bosch 1992, p. 267.

³ Vid. por todos ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Libertad personal y seguridad ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*. Barcelona; PPU 1993, p. 25, nota 1.

⁴ Vid. STC 11/1981, de 8 de abril y STC 62/1982, de 15 de octubre, ambas expresan que "la protección de un bien jurídico deviene requisito indispensable de cualquier limitación de derechos constitucionales". Vid. COBO DEL ROSAL, M., T. S. VIVES ANTÓN. *Derecho Penal Parte General*. 4ª ed. Valencia; Tirant lo Blanch 1996, p. 291. Vid. STC 105/1988, de 8 de junio, señala "la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses que sean Constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de derecho", citada por MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General* 4ª ed. Barcelona; PPU 1996, p. 93, nota 61. En la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos ha excluido la sanción de las llamadas "realizaciones aparentes del tipo" y restringido el alcance punitivo. Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo." En: *Actualidad Penal Aranzadi*. Vol. 1. (1996) p. 252-253.

⁵ De "ofensividad", "lesividad" u "ofensión". Vid. COBO DEL ROSAL, M., T. S. VIVES ANTÓN. *Derecho Penal Parte General*, cit., p. 289. En algunas legislaciones el principio está positivizado, como el Código Penal colombiano de 1980 (art. 4), Vid. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed. Santa Fe de Bogotá; Temis 1995, p. 245-247. Igualmente, el Código Penal peruano de 1991 (IV del Título Preliminar: "La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley"), Vid. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Todo sobre el Código Penal*. T. I: *Notas y comentarios*. Lima; Idemsa 1996, p. 30-33. BRAMONT ARIAS, Luis Alberto. "Los principios rectores del nuevo Código Penal." En: *Derecho*. N° 46, diciembre. (Lima 1992) p. 21-22. En España, el Proyecto de la Parte General de 1982 recogió tal principio (artículo III del Título Preliminar), al igual que el borrador de la Parte General de 1990 (Título Preliminar), pero tales previsiones fueron suprimidas ya desde el Proyecto de 1992, Vid. la crítica de

lesión o puesta en peligro⁶ de un bien jurídico penalmente protegido⁷, de modo que la pena, entendida como una "amarga necesidad"⁸, se justificaba en tanto instrumento teleológicamente orientado a la conservación y mejora de bienes.

Sin embargo, actualmente la teoría del bien jurídico-penal afronta una importante crisis, pues un sector encabezado por el profesor de la Escuela de Bonn, Günther Jakobs, niega que la misión del Derecho Penal consista en proteger bienes jurídicos, entendiendo que el verdadero objeto de tutela es la vigencia o estabilización de la norma penal⁹. Tal determinación constituye un peligroso retorno hacia el positivismo jurídico, abandonado tras los horrores del Nacionalsocialismo y durante el Tercer Reich, pues implica erigir un sistema penal neutral y servil a cualquier modelo social, es decir un sistema acrítico frente a los problemas sociales y que por ende deja la puerta abierta para la instrumentalización del ser humano.

En contra de tal postura, considero importante reivindicar la valía del bien jurídico-penal como ins-

trumento limitador del *ius puniendi*. En esa línea, entiendo que es posible obtener los siguientes resultados : 1) Demostrar las inconsistencias del funcionalismo sistémico de Jakobs; y, 2) La construcción, sobre los principios de merecimiento y necesidad de pena, de un concepto material de bien jurídico-penal capaz de ejercer esa función limitadora. Aportar dogmáticamente en ambas direcciones es el objetivo de esta investigación.

2. Importancia del concepto material

Aunque algunos son escépticos frente a la posibilidad de contar con criterios positivos para definirlo¹⁰, sobre el concepto material del bien jurídico-penal cabe advertir importantes diferencias en su delimitación¹¹. En tal sentido, mantiene vigencia la constatación de Rudolphi en el sentido de que "a pesar de sus 130 años de historia" (hoy más de 160), desde su creación por Birnbaum en 1834¹², el bien jurídico constituye uno de los conceptos que aún presentan una considerable falta de claridad¹³, lo que a mi entender obedece más a los diversos enfo-

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "El proyecto de Código Penal de 1992. Cuestiones de Parte General." En : Revista del Foro Canario. N.º 87. (Las Palmas de Gran Canaria 1993) p. 62-63. El Proyecto Alternativo Alemán también recogió este principio (artículo 2.1).

⁶ FIANDACA, Giovanni. "La tipizzazione del pericolo." En : Varios Autores. *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice. A cura del CRS. Milano*: Franco Angeli, Centro Studi e Iniziative per la riforma dello Stato 1987, p. 49 y ss. ESCRIVÁ GREGORI, José María. La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal. Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona. Barcelona; Bosch 1976, p. 17 y ss.

⁷ MANTOVANI, Ferrando. "El principio de offensività del reato nella costituzione." En : *Scritti in onore di C. Mortati*. Vol IV. Milán 1977. *Diritto penale. Parte generale*. Cedam, Padova 1979, pp. 183 y ss. Relativiza el principio, JAKOBS, Günther. Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid; Marcial Pons 1995, p. 54, nota 32, acerca del riesgo de un Derecho Penal subjetivista o de la actitud, entiende que "Tampoco la teoría de la lesión del bien jurídico ofrece protección contra este peligro : Lesión del bien jurídico, infracción del deber y principio del hecho son tres cosas distintas ... En general, hay que dudar de que la teoría de la lesión del bien jurídico tenga un contenido liberal por principio".

⁸ Valga la conocida frase de Hans Schultz en la fundamentación del §2 del Proyecto Alternativo Alemán (*Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*. A. T. Tübingen 1966, p. 29), donde entiende la pena "como una amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos como son los hombres".

⁹ JAKOBS, Günther. Derecho Penal Parte General, cit., p. 44 y ss.

¹⁰ Así lo señala STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal Parte General, I. El hecho punible. Trad. de la 2ª ed. alemana de Gladys Romero. Madrid; Edersa 1982, p. 3-4. Por su parte PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos." En : CPC. N.º 39. (1989) pp. 726 y 735, niega la valía de los conceptos previos de carácter genérico y apuesta por un procedimiento negativo, desde el Derecho Penal mínimo, en la determinación del concepto de bien jurídico-penal.

¹¹ ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier. "Bien jurídico y Constitución." En : CPC. N.º 43. (1991) p. 5. ROXIN, Claus. "El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo." En : DoP. N.º 2. (1979), p. 509.

¹² BIRNBAUM, J. M. F. "Über das Erfordernis eines Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung", cit., p. 149 y ss. MIRPUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General, cit., p. 91, indica que con Birnbaum sólo nació el sentido dogmático del bien jurídico. En igual sentido FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. El delito contable. Análisis del artículo 350 bis del Código Penal. Barcelona; Praxis 1988, p. 35, quien comprende que Birnbaum introduce el concepto desde una perspectiva intrasistémica. Fue Von Liszt quien, desde la sociología-naturalista del positivismo, creó un concepto material de bien jurídico, afirmando que éste halla su origen en un "interés de la vida", previo al derecho, que surge de las relaciones sociales, aunque dicho interés revista el carácter de bien jurídico desde que adquiere protección por el derecho. Vid. VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal. Trad. de la 20ª ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa. T. II. Madrid, 1916, p. 2. De otro parecer son BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, Luis ARROYO ZAPATERO, Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ, José Ramón SERRANO PIEDECASAS, Nicolás GARCÍA RIVAS (En adelante BERDUGO y otros). Lecciones de Derecho Penal Parte General. Barcelona; Praxis 1996, p. 6, pues entienden que el bien jurídico nació en Birnbaum como un principio liberal que pretende limitar la potestad punitiva estatal.

¹³ RUDOLPHI, Han Joachim. "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico." En : Nuevo Pensamiento Penal. Año 4. (1975) p. 329.

ques materiales, en ocasiones negados¹⁴, que a la pretensión de que el bien jurídico cumpla simultáneamente varias funciones, como sostiene González Rus¹⁵.

Empero, no es superflua la tarea de concretar dicho concepto material, pues éste no sólo sirve a funciones de orden formal, tales como la sistematización de la parte especial o la orientación de la interpretación de los tipos¹⁶, dimensión a la que se refiere el clásico trabajo de Polaino Navarrete¹⁷. En efecto, el contenido material tiene reflejo en la fundamentación del ilícito penal¹⁸, dado que, según se defienda una u otra opción conceptual de bien jurídico, se construirá el injusto (la conducta típica y antijurídica) como expresión de un simple disvalor de acción (la mera actividad e intención del autor), o se exigirá también un disvalor de resultado (la ofensa al bien jurídico). Y ello, a su vez, tiene consecuencias directas en las teorías de la tipicidad, de la antijuricidad y de la pena¹⁹.

Sumado a lo anterior, debe tenerse presente que el concepto material de bien jurídico-penal puede cumplir tanto funciones de "*lege lata*", como de "*lege*

ferenda". Ciertamente, en contraposición a su sentido dogmático²⁰ que alude a los objetivos que de hecho protege el orden penal vigente (*lege lata*), el sentido político-criminal del bien jurídico se relaciona con aquellos intereses que pueden reclamar protección penal²¹ (*lege ferenda*). De tal modo, la actual discusión sobre el contenido de los bienes jurídicos protegidos por el sistema punitivo no se plantea desde una perspectiva estrictamente dogmática, sino que se ha transformado en una cuestión de carácter esencialmente político-criminal²², lo que pone de relieve la llamada función crítica del bien jurídico. De este modo, se entiende que "el bien jurídico es crítico del sistema penal y de la estructura social; permite la revisión y superación del sistema jurídico-penal y de la realidad misma"²³.

En síntesis, determinar el concepto material de bien jurídico-penal es doblemente importante de cara a su función crítica: como descripción y cuestionamiento del derecho vigente (sentido dogmático, de *lege lata*), pero también como guía para la construcción del modelo penal que se desea alcanzar (sentido político-criminal, de *lege ferenda*). Luego, principalmente de *lege lata*, aunque también de *lege ferenda*,

¹⁴ Por el positivismo jurídico, los autores del nacionalsocialismo y del Tercer Reich, Vid. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal). Barcelona; PPU 1991, p. 33 y ss., 68 y ss.

¹⁵ GONZÁLEZ RUS, Juan José. Bien jurídico y Constitución. (Bases para una teoría). Madrid; Fundación Juan March 1983, p. 12.

¹⁶ Así lo destaca la doctrina de la parte especial, Vid. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. El delito contable penal, cit., p. 34. PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación. Barcelona; Praxis 1991, p. 30-33. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Libertad personal y seguridad ciudadana, cit., p. 37 y ss. GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. Luz. Fraude informático y estafa. (Aptitud del tipo de estafa en el derecho español ante las defraudaciones por medios informáticos). Madrid; Ministerio de Justicia 1991, p. 209. En Italia, FIORE, Carlo. "Decodificazione e sistematica del beni giuridici." En: Varios Autores. *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice. A cura del CRS*. Milano; Franco Angeli, Centro Studi e Iniziative per la riforma dello Stato 1987, p. 73 y ss.

¹⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel. El bien jurídico en Derecho Penal. Sevilla; Anales de la Universidad Hispalense 1974, p. 294 y ss. Últimamente, Derecho Penal Parte General. T. I: Fundamentos científicos del Derecho Penal. 3ª ed. Barcelona; Bosch 1996, p. 281-282.

¹⁸ Así GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. "Sobre la teoría del 'bien jurídico' (aproximación al ilícito penal)". En: RFDUCM. N° 69. (1983) p. 85 y ss.

¹⁹ Vid por todos HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal), cit., p. 169 y ss.

²⁰ RUDOLPHI, Hans Joachim. "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico", cit., p. 329.

²¹ Vid. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General, cit., p. 91. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal Parte General I. Madrid; Universitas 1996, p. 326. LANDECHO VELASCO, Carlos María, Concepción MOLINA BLÁZQUEZ. Derecho Penal Parte General. 5ª ed. Madrid; Tecnos 1996, p. 249, entienden que "Existen dos conceptos de bien jurídico: el político criminal y el dogmático. El concepto político-criminal se refiere a lo que debe ser protegido por el Derecho Penal a juicio de una corriente político-criminal concreta (*de lege ferenda*); por tanto será diverso según las distintas orientaciones de dicha disciplina. El concepto dogmático estudia los bienes jurídicamente protegidos por una legislación penal concreta (*de lege lata*)", cursiva del texto.

²² MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General, cit., p. 92. De igual criterio es PRATS CANUT, José Miguel. "Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el proyecto de código penal de 1980." En: Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria. T. II. Barcelona; Bosch 1983, p. 753.

²³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Libertad personal y seguridad ciudadana, cit., p. 40, citando a Hormazábal Malarée y Bustos Ramírez, y en el seno del discurso de la criminología crítica, la autora afirma con acierto que el sentido crítico del bien jurídico pone en manos de los ciudadanos "la posibilidad de controlar el control, utopía del Estado democrático".

el concepto tiene dos dimensiones funcionales: una formal (función sistematizadora, jerarquizadora, interpretativa) y otra material (fundamentación del ilícito penal). Planteado el panorama general, la construcción de un tal concepto debe realizarse científicamente en el terreno dogmático, pero partiendo de reconocer las disfunciones del control penal constatadas por la criminología²⁴, y en orden a obtener el necesario baremo político criminal de referencia y contraste frente a la obra legislativa²⁵.

II. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO Y VALORACIÓN CRÍTICA

1. Los antecedentes

La evolución del concepto material de bien jurídico-penal ha ido aparejada al desenvolvimiento de los diferentes modelos de Estado, pues el común denominador es su funcionalidad con los requerimientos de la hegemonía política de cada momento histórico²⁶. En tal sentido, la teoría del bien jurídico es de raigambre decimonónica y surge en el contexto del liberalismo con el fin de limitar la obra del legislador penal, mediante la sola criminalización de aquellas conductas socialmente dañosas y lesivas de entida-

des reales del mundo exterior, dejando fuera, en consecuencia, los procesos puramente internos y la faceta teológica del ilícito penal de tradición iluminista que concebía el delito como un hecho pecaminoso, es decir como una manifestación que contradecía la voluntad divina. Antes bien, debe tenerse en cuenta que estos postulados no eran considerados de modo rígido por la doctrina alemana e italiana del siglo XIX, pues incluso se entendía que en algunos casos podía faltar un interés protegido sin que ello sea óbice para considerar delictiva la conducta²⁷.

La crítica a esta concepción del bien jurídico se asienta evidentemente en la imposibilidad de dispensar un concepto material lo suficientemente explícito para el desarrollo de la función crítica o limitadora de la reacción penal²⁸, deficiencia que se aprecia también en el desarrollo de la teoría contractualista que identifica bien jurídico y derecho subjetivo, equiparación inexacta en muchos casos pues éste último significa que el derecho objetivo se pone a disposición de una voluntad o interés estrictamente particular, de forma que el derecho subjetivo constituye sólo un mecanismo de distribución y protección de bienes jurídicos²⁹, existiendo por ende un relación de medios a fines³⁰.

²⁴ Me excluyo, por ahora, de las argumentaciones criminológicas que confirman la "selectividad" del control penal en la determinación de los bienes jurídicos y los comportamientos punibles. Pero no debe olvidarse que, desde la deseada perspectiva totalizadora de las ciencias penales, la "*gesamte Strafrechtswissenschaft*" de von Liszt, la construcción dogmática del pretendido concepto material, debe tener presente los aportes de la criminología crítica a fin de atenuar la selectividad punitiva, recurriendo a un concepto acorde con el modelo penal de la Constitución. Vid. ARROYO ZAPATERO, Luis. "Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución." En: Revista Jurídica de Castilla-La Mancha. N° 1, agosto (1987) p. 101 y ss. Como indican SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, Manuel CANCIO MELIÁ. "Estudio preliminar." En: Jakobs, Günther. La imputación objetiva en Derecho Penal. Madrid; Civitas 1996, p. 80, nota 166, "la elaboración de un sistema dogmático... hace posible sustraer al Derecho Penal 'a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación'", Vid. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?". En: Estudios de Derecho Penal. Madrid; Civitas 1976, p. 57 y ss. Con todo, la preocupación criminológica mantiene actualidad en la dogmática. Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, Mercedes GARCÍA ARÁN. Derecho Penal Parte General. Valencia; Tirant lo Blanch 1996, p. 60, para quienes suele considerarse "como "bien jurídico" los intereses del grupo o clase dominante que no tienen un valor fundamental para los restantes miembros de la comunidad", cercanos: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Lecciones de Derecho Penal Parte General. Lima; Cuzco 1990, p. 50 y CARO CORIA, Carlos. "Sistema penal y mínima intervención: de una función simbólica a una función real." En: Thémis. N° 27-28. (Lima 1994) pp. 184 y ss. La protección penal del ambiente. Lima; BM&U 1995, p. 59 y ss., en tales oportunidades he defendido la mínima intervención penal con argumentos depurables, labor programática que escapa a mis presentes objetivos.

²⁵ ALVAREZ GARCÍA, Fco. Javier. "Bien jurídico y Constitución", cit., p. 5. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. "Sobre la teoría del 'bien jurídico'. (Aproximación al ilícito penal)", cit., p. 86-87.

²⁶ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "Política penal en el Estado democrático." En: ADPCP. (1984) p. 335. Un exhaustivo análisis de la evolución de las relaciones entre bien jurídico y Estado. Vid. del mismo, Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal), cit., p. 13 y ss.

²⁷ ALVAREZ GARCÍA, Fco. Javier. "Bien jurídico y Constitución", cit., p. 7, nota 6, citando como ejemplos las concepciones de Antolisei, Rocco, Carminagni, Giuliani, Puccioni, Carrara, Paoli, Tolime, Buccellati, Pessina, Luchini, Halschner, Jelinek, Binding, Stoops, Frank, Finger y Merkel.

²⁸ STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal Parte General. Trad. de Gladys Romero de la 2ª ed. alemana de 1976. Madrid; Edersa 1982, p. 3

²⁹ COBO DEL ROSAL, M., T. S. VIVES ANTÓN. Derecho Penal Parte General, cit., p. 292.

³⁰ Rocco, citado por TERRADILLOS BASOCO, Juan. "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela penal." En: RFDUCM. N° 63. (1981) p. 130.

Tampoco logró otorgar un contenido material la concepción formal del positivismo jurídico, cuyo último representante, en sentir de Silva Sánchez³¹ y de Bustos Ramírez³², es Günther Jakobs³³, quien identifica el bien jurídico con el sentido y fin de las normas penales. Antes bien, Binding entendió que el bien jurídico es un bien del Derecho, lo que equivale a ver su génesis en la creación del legislador, o sea como una mera categoría formal, lo que sin duda es coherente con una concepción formalista del Derecho Penal que identifica delito y contravención de la norma, entendida ésta última como violación del derecho del Estado a mandar y a ser obedecido. De esta manera se renuncia a enjuiciar y a criticar la decisión del legislador a partir del contenido del bien jurídico, abandonándose su función de potencial límite al legislador³⁴.

Pero tampoco las teorías que entienden el bien jurídico como la "*ratio legis*" de la norma logran dotarlo de la función crítica, pues en todo delito es también apreciable una finalidad o valoración del legislador³⁵. Los neokantianos, doctrina dominante en los años veinte, se alejaron de los postulados inmanentes que hurgaban en la realidad jurídica la

razón de ser del bien jurídico, apostando más bien por una concepción trascendentalista, más allá del sistema jurídico, pues buscaron la sustancia material del bien jurídico en una realidad anterior al Derecho, situada en el mundo espiritual subjetivo de los valores culturales³⁶, aunque propugnando un concepto de bien jurídico como "valor (espiritual-cultural)"³⁷ incapaz de cumplir la función limitadora del poder penal³⁸, dado que bajo el rótulo "realidad valorada positivamente" puede incluirse cualquier estado, convicción o principio, en función del sector social dominante en una sociedad determinada³⁹, lo que quedó confirmado con la pronta admisión en su seno del modelo nacionalsocialista.

Ciertamente, la doctrina penal del nacionalsocialismo⁴⁰, aunque inicialmente rechazó la idea de bien jurídico⁴¹ por ver en ella un límite liberal a superar en un Estado totalitario⁴², no pasó mucho tiempo para que, producto del debate con los neokantianos, la rescataran, aunque vacía de contenido, en tanto que el delito pasó a entenderse, desde la perversión nazi y fascista, como la desobediencia y la rebelión del individuo frente al poder que emana del pueblo⁴³ y se personaliza en el Estado, lo

³¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, cit., p. 268, nota 374.

³² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal Parte General. 4ª ed. aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée. Barcelona; PPU 1994, p. 102-103.

³³ JAKOBS, Günther. Derecho Penal Parte General, cit., p. 45 y ss.

³⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico." Salamanca; Versión dactilográfica 1990, p. 3-4. Luego publicado en: Hacia el Derecho Penal del nuevo milenio. México; Inacipe 1991, pp. 131 y ss.

³⁵ BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal español II: el hecho punible. Madrid 1985, pp. 11 y ss.

³⁶ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General, cit., p. 92.

³⁷ Como expresa M. E. Mayer, citado por JAKOBS, Günther. Derecho Penal Parte General, cit., p. 51, nota 20, "Si se quiere conocer cómo han surgido los intereses hay que estudiar la Historia de la Cultura, pero no se debe olvidar que algunos intereses fundamentales son innatos a la propia naturaleza humana".

³⁸ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. "Sobre la teoría del 'bien jurídico'. (Aproximación al ilícito penal)", cit., pp. 87-88. TERRADILLOS BASOCO, Juan. "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal", cit., pp. 132-133. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, cit., p. 268. JAKOBS, Günther. Derecho Penal Parte General, cit., p. 51, precisa que "la indeterminación de la 'cultura' (¿una cultura aislada del respectivo ordenamiento jurídico?) como fuente de intereses debilita la potencia crítica".

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, cit., p. 268.

⁴⁰ Es decir del movimiento político y social del Tercer Reich (reino o reinado) alemán (1933-1945), de carácter pangermanista, fascista y antisemita. De momento me refiero a ello sin una mayor carga valorativa, como bien lo describe el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, Vid. 21ª ed. T. II. Madrid; 1992, p. 1423.

⁴¹ Así SHAFFSTEIN, en su conocido trabajo "*Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht.*" En: *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Reinhardt Schmidt zum 1. November 1934.* Leipzig 1936, p. 49 y ss.

⁴² MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General, cit., p. 92.

⁴³ ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier. "Bien jurídico y Constitución", cit., p. 9, nota 16, donde transcribe paradigmáticos párrafos de Bettiol y Maggiore. Téngase presente, para una crítica posterior, la semejanza de estas construcciones con los postulados de JAKOBS, Günther (Derecho Penal Parte General, cit., p. 45 y ss.) para quien el bien jurídico se equipara con la mera desobediencia o infidelidad del ciudadano frente a la norma.

cual significó llevar al extremo las consecuencias del Estado social en desmedro de la idea kantiana del individuo como fin en sí mismo. Por ende, un tal concepto de bien jurídico no podía añadir nada a la idea de "infracción de un deber", pues cualquier deber podía elevarse a la categoría de bien jurídico⁴⁴, sin que importase el comportamiento externo sino la mera actitud⁴⁵.

Tras los horrores nazis de la Segunda Guerra Mundial, la doctrina penal reivindicó la posición del individuo como centro y objeto de preocupación jurídica, y por ende la exigencia de ofensividad a los bienes jurídicos; aunque en algunos casos se pretendió legitimar la sanción de conductas puramente inmorales, quizás como respuesta a los entonces recientes excesos de la doctrina del Tercer Reich, según puede verse por ejemplo en la Exposición de Motivos del Proyecto Gubernamental de Código Penal de la República Federal Alemana de 1962⁴⁶, lo que motivó la reacción de un sector de los juristas alemanes, entre ellos Roxin⁴⁷, tangible en la redacción del Proyecto Alternativo de Código Penal. Roxin retoma la línea marcada por la concepción social del bien jurídico de von Liszt, entendiendo que el Derecho Penal sólo puede castigar las ofensas contra los bienes jurídicos y las infracciones contra los fines de previsión social, si ello es importante para una vida comunitaria ordenada, es decir las "prestaciones públicas esenciales" de las que depende el individuo en el marco de la asistencia

social del Estado⁴⁸, aunque con posterioridad señaló que "bienes jurídicos son realidades o pretensiones, que son útiles para el individuo y su libre desarrollo o para el funcionamiento del total sistema social, construido con tal fin"⁴⁹.

Ahora bien, la orientación de Roxin ha sido objeto de crítica por su inconcreción, puesto que sólo destacaría la necesidad de despreciar la criminalización de los actos inmorales, siendo incluso difícil delimitar el terreno de lo moral, además de estar imbuido por un excesivo naturalismo que se aleja del necesario desarrollo social que merece el bien jurídico⁵⁰, con lo cual se impone la necesidad de profundizar en la directriz sociológica del bien jurídico.

2. Las modernas orientaciones sociológicas y constitucionalistas

2.1 Teorías sociológico-funcionalistas

A fines de los años cincuenta se encuentran los albores del movimiento internacional de reforma penal⁵¹, reivindicándose para ello el concepto de bien jurídico como instrumento orientador de los procesos de criminalización y descriminalización, y más aún sobre la base de la ideas de von Liszt⁵². Empero, es entre los años sesenta y ochenta cuando el contenido del bien jurídico ocupó en Alemania, Italia y España⁵³ un lugar primordial en la discusión jurídica

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, cit., p. 268.

⁴⁵ JAKOBS, Günther. Derecho Penal Parte General, cit., p. 54.

⁴⁶ ROXIN, Claus. "Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo." En: Problemas básicos del Derecho Penal. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid; Reus 1976, p. 45.

⁴⁷ ROXIN, Claus. "El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo", cit.

⁴⁸ ROXIN, Claus. "Sentido y límites de la pena estatal." En: Problemas básicos del Derecho Penal. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid; Reus 1976, p. 21.

⁴⁹ Citado por GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. "Sobre la teoría del 'bien jurídico'. (Aproximación al ilícito penal)", cit., p. 99, nota 48.

⁵⁰ MIR PUIG, Santiago. Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método. Barcelona; Bosch 1976, p. 133 y ss.

⁵¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "El proyecto de código penal de 1992. Cuestiones de Parte General", cit., p. 60. JESCHECK, Hans Heinrich. "Rasgos fundamentales del movimiento internacional del Derecho Penal." En: Mir Puig, Santiago (Dir.). La reforma del Derecho Penal. Barcelona; Universidad Autónoma de Barcelona 1980, pp. 9 y ss., quien pese a constatar que "La reforma del Derecho Penal es tan antigua como el Derecho Penal mismo", destaca como desde la segunda mitad de este siglo, el movimiento internacional en pos de la renovación del Derecho Penal "no encuentra parangón en la historia".

⁵² Vid. VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal, cit., p. 2, quien según hemos advertido, a diferencia del positivismo de Binding, entiende el bien jurídico como "interés de la vida", previo al Derecho, que surge de las relaciones sociales, aunque admite que dicho interés reviste el carácter de bien jurídico desde que adquiere protección por el Derecho. Empero, no queda claro en virtud de que criterios el derecho positivo diferencia los intereses que han de reconocerse y los que han de delezarse, pues también los delincuentes persiguen intereses como indica JAKOBS, Günther. DP. PG, cit., p. 51.

⁵³ Vid. por todos CUELLO, Joaquín. "Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho Penal." En: ADPCP. (1981) pp. 461 y ss.

penal de cara a la instrumentación de reformas en el campo criminal⁵⁴.

En este contexto surgen las teorías sociológico-funcionalistas⁵⁵ del bien jurídico que aprecian la necesidad de entender el bien jurídico en su dimensión social⁵⁶, como "condiciones necesarias para la conservación del orden social", de modo que los hechos lesivos de bienes jurídicos se caractericen por su "dañosidad social"⁵⁷. Amelung, pese a concebir la idea de "dañosidad social" renuncia al concepto de bien jurídico⁵⁸, a lo que se opone la idea de que éste es apto para incorporar, sin más, el necesario referente social⁵⁹.

Ahora bien, contra tal concepción funcionalista suele señalarse su inutilidad para realizar el deslinde entre el campo del Derecho y de la moral, dado que si determinados comportamientos inmorales se estiman como disfuncionales a un determinado sistema social, entonces su criminalización quedará legitimada. Por ende, la afirmación de que "el delito es disfuncional para el sistema" no proporciona criterios materiales para establecer los límites del legislador en la creación de las sanciones

penales frente a los medios de reacción que pueden proporcionar otras ramas del ordenamiento jurídico⁶⁰. De esta forma, la alusión exclusiva a la disfuncionalidad encierra el peligro de raíz totalitaria, de atender a las necesidades del conjunto olvidando al individuo⁶¹.

De otro lado, como indica Berdugo, "al afirmar la funcionalidad o disfuncionalidad de un comportamiento en relación a un sistema no se está efectuando ninguna valoración sobre la naturaleza de este último. Con ello se está abandonando el eje liberal de la teoría del bien jurídico y su procedencia del individuo, lo que es básico si se suscribe, como lo hacen nuestros países, un sistema social personalista, de orientación por tanto hacia el individuo"⁶². Con ello nos referimos al conservadurismo⁶³ que trae consigo las posiciones funcionalistas. Por ello, y con todo, se acusa al bien jurídico de raigambre puramente funcionalista, de expresar una concepción estática, es decir una tesis reaccionaria⁶⁴, pues parte de creer ingenuamente en la bondad del sistema, lo que en definitiva se aleja de los postulados más elementales del Estado democrático que se expresan en

⁵⁴ Recuérdese por ejemplo el famoso "Seminario sobre el bien jurídico y reforma de la parte especial" celebrado en Siracusa del 15 al 18 de Octubre de 1981, reseñado por GONZÁLEZ RUS, Juan José, en: ADPCP. (1982) p. 705 y ss.

⁵⁵ Estas teorías se sustentan en el funcionalismo de la teoría de los sistemas sociales de PARSONS, Talcott. La estructura de la acción social I y II. Madrid; Ediciones Guadamara 1968. El sistema social. Trad. de Jiménez Blanco y Cazorla Pérez a la 3ª ed. alemana de 1959. Madrid; Alianza Editorial 1984, y LUHMANN, Niklas. Sistema jurídico y dogmática jurídica. Madrid; Centro de Estudios Constitucionales 1983. Para un reconocimiento actual sobre la influencia de las bases funcionalistas sociológicas en la teoría penal española, Vid. la bien lograda obra de VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del sistema penal. Valencia; Tirant lo Blanch 1996, en especial p. 163-171, 184-197, 433-452, quien se concentra principalmente en la doctrina de la acción y de la norma, a partir de los aportes del filósofo Wittgenstein, precursor de las ideas de Habermas.

⁵⁶ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Libertad personal y seguridad ciudadana, cit., p. 51 y ss. advierte la distinta fundamentación de las teorías que atienden a la realidad social con el fin de construir un concepto material de bien jurídico. En tal perspectiva, caracteriza y delezna las teorías funcionalista o del consenso (PARSONS, MERTON, AMELUNG, CALLIES, MIR) y las teorías del conflicto (DAHRENDORF, COSER), para finalmente apostar por el modelo materialista histórico de Bustos Ramírez (Vid. p. 53-55) que define el bien jurídico como "una síntesis normativa determinada de una realidad social concreta y dialéctica", Vid. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal Parte General 4ª ed. aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée. Barcelona; PPU 1994, p. 112-114.

⁵⁷ AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt a M., Athenäum Verlag; 1972, quien renuncia al concepto de bien jurídico. En la doctrina española: GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. "Sobre la teoría del 'bien jurídico'. (Aproximación al ilícito penal)", cit., p. 106 y ss., sin prescindir del concepto de bien jurídico.

⁵⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico", cit., p. 6.

⁵⁹ MIR PUIG, Santiago. Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método, cit., p. 137.

⁶⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier. "Bien jurídico y Constitución", cit., p. 17.

⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, cit., p. 269.

⁶² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico", cit., p. 6, apoyándose en el artículo 10.1 de la Constitución española, Vid. p. 7.

⁶³ El conservadurismo "puro" de Amelung entiende la norma penal en dirección hacia la "conservación del sistema", Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier. "Bien jurídico y Constitución", cit., p. 15.

⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, cit., p. 269. TERRADILLOS BASOCO, Juan. "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal", cit., p. 135.

términos de pluralismo⁶⁵ y además encadena la necesaria evolución social impuesta por el orden constitucional⁶⁶ condenándola a una suerte de "statu quo" opuesto al carácter dinámico y mutable inherente a la realidad de los sistemas sociales.

Pues bien, los intentos de superar tal deficiencia son infructuosos en sentir de Álvarez García⁶⁷, para quien la doctrina de Mir es paradigmática de la contradicción existente entre los fines de mantenimiento del sistema y la pretensión de hacerlo en beneficio de los individuos, dado que en ocasiones puede suceder que dicho mantenimiento perjudica a determinados individuos y beneficia a pocos, por lo que en tales supuestos será necesario modificar el sistema en pro de beneficiar a "todos", lo que pone en evidencia una paradoja: debe conservarse el sistema, pero modificando el sistema. Es por ello que Berdugo, más coherente en este extremo, propone entender el bien jurídico en el contexto del artículo 9.2 de la Constitución española⁶⁸ que impone la misión de conducir el sistema social hacia las metas constitucionalmente previstas y que van por delante de la realidad, con lo cual sitúa el bien

jurídico como medio no sólo de conservación sino también de evolución del orden social vigente⁶⁹, aunque apuesta con ello por una función promocional del Derecho Penal⁷⁰ cuya admisibilidad se discute.

Ahora bien, en la doctrina se entiende como correcto el punto de partida de la dañosidad social⁷¹, destacándose a la vez la necesidad de introducir correctivos de cara a superar las mencionadas críticas, es decir, mediante la inclusión en el concepto de bien jurídico de una especial referencia al individuo⁷². Se trata de integrar en una sola idea los aspectos de referencia individual y dañosidad social, afirmando que el objeto de protección jurídico-penal necesariamente debe expresar las condiciones que hacen posible el libre desarrollo del individuo a través de su participación en la vida social, de forma que la dañosidad social se derive de la incidencia sobre la esfera de libertad de los individuos, en tanto privación de los medios de participación social⁷³. Esta concepción se integra con plenitud a los fines del Estado contemporáneo, cuya finalidad esencial es garantizar a cada ciudadano la

⁶⁵ Vid. el artículo 1.1 de la Constitución española. El modelo democrático es la "sociedad comunicativa ideal" en sentir de ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Libertad personal y seguridad ciudadana, cit., p. 64. En este contexto, democracia es pluralismo, la posibilidad de disentir y condenar al sistema social, por ello el funcionalismo es antidemocrático, pues reprime a quienes desvían su comportamiento de los patrones y expectativas impuestas por el orden vigente. De allí que para Jakobs el bien jurídico es despreciable y lo que importa es la infidelidad o la desobediencia a la norma, la defraudación de las expectativas y del rol social que nos ata desde que nacemos hasta que morimos.

⁶⁶ Vid. el artículo 9.2 de la Constitución española, a partir del cual se deduce el carácter dinámico del Estado social.

⁶⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier. "Bien jurídico y Constitución", cit., p. 16, siguiendo en este extremo a OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. Sobre el concepto de Derecho Penal. Madrid; Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense 1981, pp. 342 y ss.

⁶⁸ Artículo 9.2: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social."

⁶⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico", cit., p. 8.

⁷⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Honor y libertad de expresión. Madrid; Tecnos 1987, p. 16. A tal opción promocional se acerca TIEDEMANN, Klaus. "Constitución y Derecho Penal" Trad. de Luis Arroyo Zapatero. En: Revista Española de Derecho Constitucional. N.º 33, sep-dic. (1991) p. 168, para quien "el Derecho Penal puede tener como función no sólo la protección del orden de valores existente, sino también la introducción de nuevos valores".

⁷¹ ROXIN, Claus. "El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo", cit., p. 509. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. El delito de lesiones. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca 1982, p. 22, nota 26.

⁷² Esta orientación la imprime MARX, Michael. *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut"*. Köln, Carl Haymanns Verlag 1972, y CALLIESS, R. P. *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*. Frankfurt 1974. Vid. JAKOBS, Günther. Derecho Penal Parte General, cit., pp. 51-52. En la doctrina española: MIR PUIG, Santiago. Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método, cit., 139 y ss. TERRADILLOS BASOCO, Juan. "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal", cit., p. 136. MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al Derecho Penal. Barcelona, Bosch 1975, p. 48. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. Sobre el concepto del Derecho Penal, cit., pp. 354 y ss.

⁷³ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, cit., p. 271. MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al Derecho Penal, cit., p. 48. BERDUGO y otros. Lecciones de Derecho Penal Parte General, cit., p. 6. Por su parte, TERRADILLOS BASOCO, Juan. "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal", cit., p. 140, entiende que "la conminación penal ha de dirigirse (sólo) frente a las conductas (todas) que dificulten gravemente o imposibiliten la participación no discriminante en los procesos de producción y en los de distribución igualitaria de la riqueza producida".

posibilidad de realizarse autónomamente, aunque sin olvidar que el desarrollo individual opera en el seno de la comunidad⁷⁴.

En esta línea ideológica y, como advertimos anteriormente, ante las dificultades de precisar de manera positiva el contenido material del bien jurídico, en la doctrina española Mir Puig parte de la concepción de Amelung, acentuando empero el papel del individuo para así superar las críticas contra el pensamiento funcionalista en el sentido de que extrema el sentido social del Estado en desmedro de las necesidades y garantías individuales, de orden liberal. En esa línea, Mir, desde el modelo de Estado social y democrático de Derecho, determina los bienes jurídicos como las “condiciones de la vida social, en la medida en que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social”⁷⁵, posibilidades que deben entenderse no sólo como incidencia activa en la vida colectiva “sino también como posibilidad de vivir en sociedad confiando en el respeto de la propia esfera de libertad particular por parte de los demás”⁷⁶.

Ahora bien, a mi entender la introducción del correctivo de lo individual para equilibrar lo social, no permite articular un criterio lo suficientemente preciso para determinar el concepto material de bien jurídico que permita el ejercicio de la función crítica. En particular, aún se albergan dudas importantes en la doctrina para definir lo socialmente dañoso por lo que deben evitarse equívocos como el de Gómez Benítez⁷⁷ quien intenta dotar de contenido social al bien jurídico señalando con ello el necesario límite al *ius puniendi*. Empero, el citado autor no logra definir lo “perjudicial socialmente”, pues se remite a criterios casi tautológicos como la

insignificancia de la acción desde el ángulo del perjuicio social, o a conceptos generales como la inclusión de la carencia de causas de justificación en la materia prohibida, o la incorporación de componentes subjetivos del desvalor de la acción en el tipo, o el entendimiento del perjuicio social como “aquello que es preciso prevenir de cara al colectivo social mediante el instrumento penal, como condición del funcionamiento del sistema social”⁷⁸.

Pero además, la introducción de lo social en el campo del Derecho Penal, no debe pervertir el discurso garantista con el fin de evitar determinadas manifestaciones de “iusnaturalismo sociológico” que pueden conducirnos, como a Terradillos Basoco, a aceptar la existencia de delitos naturales al considerar como delictiva una conducta con anterioridad a su tipificación penal⁷⁹.

Imprecisiones como éstas han motivado en el discurso penal la búsqueda de criterios más ciertos u objetivables, por lo que, sin necesariamente renunciar a la raigambre socio-individual, un importante sector apunta a la Constitución como la principal fuente o cantera a partir de la cual deducir, sin más, los bienes jurídicos penalmente protegibles.

2.1.1 La vigencia de la norma como bien jurídico-penal. El necesario distanciamiento del funcionalismo sistémico de Günther Jakobs

A. La estabilización de la norma como objeto de tutela penal

Antes bien, considero importante destacar, aunque sin sobrevaluar sus lineamientos⁸⁰, que en estos últimos años han tenido cierta difusión e impacto las

⁷⁴ Vid. los artículos 1.1, 9.2 y 10.1 de la Constitución española. Artículo 1.1: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...”. Artículo 10.1: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social”.

⁷⁵ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General, cit., p. 92. Cercano, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal Parte General I. Madrid; Universitas 1996, p. 327, para quien los bienes jurídicos son “condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad (o, si se prefiere, para el desarrollo de la vida de la persona, tanto como individuo en su esfera más íntima, cuanto como en sus relaciones con la sociedad). Tales condiciones pueden consistir en objetos, materiales o inmateriales, relaciones, intereses o derechos, que en cualquier caso han de ser socialmente valiosos y por ello dignos de protección jurídica”.

⁷⁶ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General, cit., p. 92.

⁷⁷ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. “Sobre la teoría del ‘bien jurídico’. (Aproximación al ilícito penal)”, cit., p. 102 y ss.

⁷⁸ Vid. las críticas de ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier. “Bien jurídico y Constitución”, cit., p. 18.

⁷⁹ Vid. la crítica de ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier. “Bien jurídico y Constitución”, cit., p. 17, contra TERRADILLOS BASOCO, Juan. “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal”, cit., p. 140 y ss.

⁸⁰ Me alejo de aquellas percepciones que, inflando su valía, creen ver en el sistema jakobsiano una importante y creciente ideología penal cuyos postulados son -o amenazan ser- mayoritariamente compartidos o compartibles.

elucubraciones de Günther Jakobs⁸¹, quien introduce en el pensamiento penal una corriente ideológica que pretende deleznar el concepto material de bien jurídico en pro de una concepción formal que se sustenta en una perspectiva radicalmente funcionalista que hipernormativiza la concepción sistémica de la ciencia penal y que bien podría constituir el rebrote del caduco positivismo jurídico⁸². Es común que en la doctrina se afirme que éste autor renuncia al concepto de bien jurídico, lo cual es parcialmente inexacto si se entiende que no propone erradicar del vocabulario penal la expresión "bien jurídico" y sustituirla por una mera concepción de lesividad social⁸³. Jakobs, más bien, manifiesta su desconfianza hacia el bien jurídico, tal y como hasta ahora ha sido entendido, concluyendo que lo protegido por el Derecho Penal es la vigencia de la norma jurídica. En esa línea de pensamiento, reelabora el concepto tradicional de bien jurídico para entenderlo como "la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico-penal ... El bien jurídico ha de entenderse entonces como 'sentido y finalidad de las proposiciones jurídicas singulares' o como 'abreviatura de la idea de fin' "⁸⁴.

En su fundamentación parte de entender que los bienes, tales como la vida, la salud o la propiedad, pueden ser menoscabados no sólo a través de los

procesos humanamente evitables y por ende penalmente relevantes dada la posibilidad de ser imputados a un sujeto, sino también mediante sucesos naturales o situaciones no controlables por la voluntad humana y en consecuencia imposibles de atribuir a título de dolo o culpa, por lo que "el Derecho Penal no cumple la función de garantizar la existencia de dichos bienes en todo caso, sino sólo frente a ataques de determinada clase ... Al Derecho Penal no le interesa toda alteración perjudicial para un bien en tanto que situación valorada positivamente; más bien, la alteración debe dirigirse contra la propia valoración positiva. Esto sólo puede tener lugar mediante un comportamiento humano con el contenido expresivo de que no era pertinente respetar la valoración positiva. Lo que constituye una lesión de bien jurídico-penal no es la causación de una muerte (ésta es simplemente lesión de un bien), sino la oposición a la norma subyacente en el homicidio evitable"⁸⁵.

Ahora bien, ante la posible perversión del simple raciocinio formal-normativo, seguidamente el autor alemán introduce en su discurso el conocido correctivo de la dualidad sociedad-individuo, más no como una exigencia conjuntiva sino meramente disyuntiva, dado que logra apostar por un concepto de unidad funcional, en virtud del cual "no cualquier objeto de regulación de una norma es un bien jurídico, sino sólo aquel que ha de desempeñar una función para la sociedad o para uno de sus subsistemas, incluido el ciudadano"⁸⁶, con lo cual

⁸¹ Desde la traducción al español de algunas de sus publicaciones en alemán, entre ellas, principalmente, su *Derecho Penal Parte General*, cit. (2ª ed. corregida, 1997). La imputación objetiva. Trad. de Manuel Cancio Meliá. Madrid; Civitas 1996. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid; Civitas 1996. Artículos de revistas: "Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en el Derecho Penal". Trad. de Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá. En: ADPCP. (1989). "Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho Penal". Trad. de Joaquín Cuello Contreras. En: ADPCP. (1989). "Representación del autor e imputación objetiva." Trad. de Carlos Suárez González. En: ADPCP. (1991). "Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas." Trad. de M. Díaz Pita. En: ADPCP. (1992). "El concepto jurídico-penal de acción." Trad. de Manuel Cancio Meliá. En: Revista Peruana de Ciencias Penales. N°3. (1994). No menos importantes son los trabajos de sus seguidores iberoamericanos, quienes en ocasiones introducen correctivos al sistema de Jakobs. Vid. SANCINETTI, Marcelo A. Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs. Santa Fe de Bogotá; Temis 1995. Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción. Buenos Aires; Hammurabi 1991. REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva. Santa Fe de Bogotá; Temis 1994.

⁸² Así lo entienden SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, cit., p. 268, nota 374, BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal Parte General, cit., pp. 102-103, y ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico-penales." En: Varios Autores. Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor. Santiago de Compostela; Universidad de Santiago de Compostela 1989, p. 753, para quien "En este planteo macro-funcionalista no es difícil adivinar nuevamente la ya casi clásica simbiosis de positivismo e idealismo organicista: la selección de elementos del medio ambiente, cuando es útil para el equilibrio del sistema, es la "verdad" del mundo. Lo que el sistema no selecciona del medio ambiente no es "verdad", porque no sirve para su equilibrio". En palabras traducidas de Jakobs "El bien jurídico se determina entonces de modo positivista y el concepto abarca 'todo lo que a los ojos de la ley, en tanto que condición de la vida sana de la comunidad jurídica es valioso para ésta' ". Vid. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General*, cit., p. 50, nota 12, citando a Binding.

⁸³ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General*, cit., p. 57, marginal 24. Así también lo interpretan SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, Manuel CANCIO MELIÁ. "Estudio preliminar", cit., p. 83-84.

⁸⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General*, cit., p. 45, 50.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 45-46.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 52.

recoge como propio el criterio de la dañosidad social en la definición del bien jurídico⁸⁷.

Empero, Jakobs conviene en demostrar que no toda norma del derecho vigente se orienta a la protección de bienes jurídicos, lo que es tangible, por ejemplo, cuando se consagran modalidades de hecho, de carácter objetivo y subjetivo, y sobre todo cuando el delito consiste en la infracción de un deber especial derivado de competencia institucional, pues en ellos no se perturba una unidad funcional existente sino que el sujeto expresa su negativa a dejarse integrar en la producción de una unidad funcional (el bien jurídico)⁸⁸. Cosa parecida ocurre en aquellos delitos que protegen la paz social sin tutelar a la vez bienes jurídicos, como sucede en la prohibición del maltrato de animales, de la blasfemia, del incesto, del exhibicionismo o de la provocación de escándalo público⁸⁹. Por tales motivos entiende Jakobs que “el núcleo de todos los delitos sólo se hallaría en el cumplimiento de un deber ... (lo que) alude a algo más que a un supraconcepto, es decir, a una concepción de todos los delitos a la manera de los delitos especiales. Nunca ha de tratarse de la lesión de un bien jurídico mediante la inobservancia de la relación sólo negativa (¡no lesionar!) sino siempre de la negativa a comportarse conforme al papel asignado en una institución, o sea, como ciudadano, patriota o similar”⁹⁰.

Con todo este razonamiento, el autor germano contempla la necesidad de tener presente el filtro de la dañosidad social en la determinación del delito, de modo que en ese universo ingresan tanto las normas protectoras de bienes jurídicos, las normas para la creación de bienes jurídicos (delitos especiales y de propia mano) y las normas que tutelan la paz jurídica. De allí concluye que “Bien jurídico-penal es la validez fáctica de las normas, que garantizan que se puede esperar el respeto a los bienes, los roles y la paz jurídica ... Esta validez se ve menoscabada cuando por el comportamiento del autor se pone de manifiesto la correspondiente falta de considera-

ción”⁹¹. En esta perspectiva “El Derecho Penal protege, como condición de existencia de la sociedad, sólo la vigencia de las normas, es decir, la firmeza ante la defraudación de las expectativas, y por tanto dañoso socialmente y hecho punible es un hecho no por sus efectos externos, sino porque pone en cuestión la validez de la norma ... Dada esta situación, el ‘lugar de determinación de los efectos socialmente dañosos del delito’ no reside ya en los ‘procesos de interacción’ perturbados por el hecho como suceso externo ..., sino sólo en la validez de la norma”⁹².

En España, la pretensión de apostar por la vigencia de la norma como objeto de protección penal no ha tenido acogida hasta el momento, aunque se registran defensas aisladas de esta postura⁹³. Antes bien, la idea de que la norma es el objeto de tutela en cuanto a los deberes que surgen de ella, no en relación a su vigencia y sólo respecto de determinadas formas delictivas, fue defendida en los setenta por Rodríguez Devesa, para quien “La teoría de que todo delito es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico es insostenible a la luz del Derecho positivo, pues es incuestionable que hay numerosas figuras de delito en que no se precisan la concurrencia, ni por lo tanto la demostración, de que se ha producido tal lesión o puesta en peligro para que la acción se reputé punible ... Por de pronto, todos los delitos de simple actividad y también los puros delitos de omisión”⁹⁴.

B. ¿Crítica intrasistemática? De Luhmann a Jakobs

No cabe duda de que a partir de este breve resumen del pensamiento de Jakobs es imposible percibir con detalle el valor de su raciocinio. Antes bien, debe tenerse presente que es lugar común de la crítica doctrinal el acudir a cuestionamientos de orden extrasistemático contra el funcionalismo radical de este autor. Y es que la coherencia interna hace difícil la construcción de una crítica importante de signo intrasistemático.

⁸⁷ Ibid., p. 55-57.

⁸⁸ Ibid., p. 52-53.

⁸⁹ Ibid., p. 54.

⁹⁰ Ibid., p. 53-54, paréntesis y cursiva por mi cuenta.

⁹¹ Ibid., p. 58.

⁹² Ibid., p. 56, nota 40. “La sanción contradice el proyecto del mundo del infractor de la norma: éste afirma la no vigencia de la norma para el caso en cuestión, pero la sanción confirma que esa afirmación es irrelevante”, sostiene JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, cit., p. 28, evidenciando un retorno a la teoría retributiva dialéctica de Hegel sobre la pena.

⁹³ Como la sostenida por SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, Manuel CANCIO MELIÁ. “Estudio preliminar”, cit., p. 83-84.

⁹⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal español. Parte General*. 2ª ed. Madrid 1971, p. 345. También se recoge en RODRÍGUEZ DEVESA, José María, Alfonso SERRANO GÓMEZ. *Derecho Penal español Parte General*. 18ª ed. Madrid, Dykinson 1995.

Ahora bien, fuera de las posibles inconsistencias epistemológicas del modelo de Jakobs apuntadas por Vives Antón⁹⁵, considero explorable la posibilidad de construir un cuestionamiento en clave lógico-jurídica⁹⁶. En este orden de ideas, debe tenerse presente que el pensamiento de Jakobs respecto al contenido de la función y misión de la punición estatal⁹⁷ encuentra sus fundamentos sociológicos en el modelo funcionalista de Luhmann,⁹⁸ a su vez inspirado en los trabajos de Parsons⁹⁹, y las bases teóricas introducidas en la sociología por Durkheim¹⁰⁰ a fines del siglo XIX y desarrollados a mitad de siglo por Merton¹⁰¹. De esta manera, el sistema de Jakobs responde a una ordenación de la realidad jurídico penal en términos funcionalistas¹⁰², lo que determina la plena normativización de los conceptos dogmáticos¹⁰³. Así, Jakobs entiende la pena como “prevención-integración” o “prevención general positiva”¹⁰⁴, el bien jurídico como infracción de la norma en tanto fuente de expectativas sociales, la imputación objetiva como impu-

tación al comportamiento de “las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol”¹⁰⁵, o, más aún, la culpabilidad normativo-funcional como reproche individual ante la infidelidad al Derecho, es decir por la ruptura de las condiciones para una comunicación personal en el seno social¹⁰⁶.

Pues bien, no cabe duda de que la crítica a Luhmann ha de redundar en la crítica a la construcción jakobsiana¹⁰⁷. Luhmann introduce en idioma alemán la idea del sistema social como objeto principal-casi divino- de la preocupación sociológica, presuponiendo su bondad y entendiéndolo como una realidad necesaria para el desarrollo individual y unánimemente aceptada por todos, de modo que el sistema cobra vida propia al punto de exigir a cada individuo el cumplimiento de roles previamente asignados con el fin de mantenerlo, protegerlo y quizás actualizarlo cuando ello sea conveniente para su sostenimiento en el tiempo y en el espacio.

⁹⁵ Esto en el plano filosófico, Vid. VIVES ANTÓN, Tomás S. Fundamentos del sistema penal, cit., p. 451.

⁹⁶ En el trabajo lógico jurídico es importante reconocer el valor de la obra de KLUG, Ulrich. *Juristische Logik*. Berlin-Heilderberg-New York 1982. Lógica jurídica. Trad. de J. C. Gardella. Bogotá 1990. Del mismo, Problemas de filosofía del derecho. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires; Sur 1966. En la doctrina penal española le sigue SERRANO-PIEDRACASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. “Crítica formal del concepto de la omisión.” En: ADPCP. (1993) p. 981 y ss.

⁹⁷ JAKOBS, Günther. Derecho Penal Parte General, cit., p. 8 y ss.

⁹⁸ LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*. T. I y II. Reinbeck bei Hamburg, Rowohlt Taschenbuch Verlag GmbH. München 1972. Sistema jurídico y dogmática jurídica. Madrid; Centro de Estudios Constitucionales 1983. *Soziale Systeme*. Farnkfurt am Main. Suhrkamp Verlag 1984. Últimamente Jakobs ha advertido su toma de distancia respecto de algunos postulados de la teoría de los sistemas de Luhmann, particularmente en el tema de las normas jurídicas y de los tipos de comunicación, Vid. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional, cit., p. 16, en donde señala como cuestión preliminar que “un conocimiento superficial de esta teoría (de los sistemas) permite advertir rápidamente que las presentes consideraciones no son en absoluto consecuentes con dicha teoría, y ello ni tan siquiera en lo que se refiere a todas las cuestiones fundamentales”. Vid. también p. 37 y ss, 69 y ss. Sin embargo, pese a estas diferencias, aún puede decirse que Jakobs se fundamenta en Luhmann, así VIVES ANTÓN, Tomás S. Fundamentos del sistema penal, cit., p. 450, para quien “La aplicación que Jakobs hace de las ideas de Luhmann a la dogmática penal es correcta, pero no deductiva. Pues, a partir de las ideas de Luhmann, hubiera podido sistematizarlo así, pero también de otro modo completamente distinto”, cursiva del texto.

⁹⁹ PARSONS, Talcott. La estructura de la acción social I y II. Madrid; Ediciones Guadamara 1968. El sistema social. 2ª ed. Trad. de Jiménez Blanco y Cazorla Pérez a la 3ª ed. del original (1959). Madrid; Alianza Editorial 1984.

¹⁰⁰ DURKHEIM, E. *De la division du travail social*. Paris 1893.

¹⁰¹ MERTON, Robert. Teoría y estructura sociales. México; Fondo de Cultura Económico 1984.

¹⁰² Para LESCH, Heiko H. Intervención delictiva e imputación objetiva. Trad. de José Sánchez-Vera. Bogotá; Universidad del Externado de Colombia 1994, p. 15-16. “En un mundo desmitificado el Derecho Penal sólo puede ser ejercido razonablemente entendido como un Derecho Penal funcional. Función es ... la garantía de las condiciones fundamentales de la vida común del ser humano; esto es, la estabilización del orden que regula la convivencia del Hombre”.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 17-18. Lesch entiende que “La diferencia entre la dogmática penal naturalista y la normativista se puede, ... reconducir a una diversa concepción de la convivencia humana, es decir a que se entiende por Sociedad. Esta doble concepción reza: maximización de intereses (satisfacción racional y óptima de las necesidades de cada uno) versus mantenimiento de las condiciones de comunicación; seguridad de bienes versus seguridad de expectativas; o, como es más corriente: protección de bienes jurídicos versus estabilización de la norma”.

¹⁰⁴ Denominación impropia en sentir de Lesch, *Ibid.*, p. 39-40, pues no se persigue la evitación de futuros delitos, se trata de “una teoría retributiva funcional que oscila entre una fundamentación absoluta y una relativa, en donde fundamento y fin de la pena se unifican y adquieren no sólo una dimensión dialéctico-hegeliana, sino también práctico-utilitarista”, p. 40.

¹⁰⁵ JAKOBS, Günther. La imputación objetiva en Derecho Penal, cit., p. 97.

¹⁰⁶ JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional, cit., pp. 59 y ss., 78 y ss.

¹⁰⁷ Como expresa VIVES ANTÓN, Tomás S. Fundamentos del sistema penal, cit., p. 450, el Tratado de Jakobs desarrolla “la idea de sistema de Luhmann y la idea de injusto personal de Welzel”.

Así, Luhmann sostiene una versión mucho más organicista¹⁰⁸ que el modelo sustentado por Parsons, pues descarta la idea de sistema como realidad hermética o cerrada en sí misma como sostiene este último, de modo que apuesta por un sistema abierto que no se agota en lo intrasistémico y que trasciende hacia su relación con el medio ambiente de naturaleza extra-sistémica y no controlado por el sistema, pero frente al cual el sistema reacciona con el fin de mantener su propio equilibrio interno, de forma tal que se plantea la cuestión de los límites del sistema, que responden a la dinámica del medio ambiente¹⁰⁹.

Luego, en la determinación de los límites se adopta una solución excesivamente pragmática que plantea graves problemas de insuficiencia epistemológica¹¹⁰, pues “el único criterio de verdad -y de justificación- del sistema es su eficacia selectiva para mantener su equilibrio interno ... la única verdad es el ‘equilibrio del sistema’. Esto implica una legitimación *a priori* del sistema y de su equilibrio, que no admite ninguna réplica ... En cuanto a los valores, Luhmann los reduce prácticamente al equilibrio del sistema, en tanto que todo el resto se relativiza, quedando degradados a meros valores instrumentales, de los que puede echarse mano o desecharlos, según resulte funcional para ese equilibrio (o sea, para el sistema)”¹¹¹.

Entendida así la ideología luhmanniana, como advertimos, Jakobs la retoma y moldea para adaptarla a su propia concepción del sistema penal, al entender que “su legitimación material reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado”¹¹². Esto es, hasta el instru-

mento más gravoso del control social está subordinado a la conservación del sistema social, al que pertenece el Estado, como responsable y administrador de la misión conservativa. En tal orden de ideas, el legislador penal debe definir el catálogo de conductas punibles (deber ser) en función de aquello que es necesario para la conservación del sistema (ser), o dicho de otro modo, el Derecho Penal como realidad valorativa (deber ser) está determinado por las necesidades de funcionamiento del sistema (ser).

De allí que la norma penal “puede tener un fin (proteger bienes jurídicos), pero cumple una ‘función’ que no coincide con el fin y, por ende, lo tutelable es esa función o sea, que el delito es la lesión a esa función, con lo cual reaparece la idea de la ‘dañosidad social’ del viejo organicismo ... cuando se realiza una acción descrita en un tipo penal (...) poco importa que se haya afectado o no al objeto que la norma quiere tutelar, porque pasa a primer término la desobediencia que desacredita la autoridad del Estado”¹¹³. Es precisamente por ello que, para Jakobs, el bien jurídico es la vigencia de la norma, de forma que el contenido del desvalor no opera en relación con la lesión o puesta en peligro del bien valorado positivamente (desvalor del resultado), sino por la mera desobediencia del individuo del deber jurídico, por su desprecio frente al valor funcional de la norma penal en tanto medio de conservación del sistema (desvalor de acción)¹¹⁴.

Pero como ya hemos señalado, el sentido de la norma penal (deber ser), como pieza funcional conectada teleológicamente al sistema¹¹⁵, se encuentra definida o determinada necesariamente por la necesida-

¹⁰⁸ Ibid., p. 452.

¹⁰⁹ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. “El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico-penales”, cit., p. 753.

¹¹⁰ VIVES ANTÓN, Tomás S. Fundamentos del sistema penal, cit., p. 451.

¹¹¹ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. “El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico-penales”, cit., pp. 753, 754 y 755.

¹¹² JAKOBS, Günther. Derecho Penal Parte General, cit., p. 44.

¹¹³ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. “El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico-penales”, cit., p. 760, entre paréntesis y resaltado mío.

¹¹⁴ Sin embargo, sobre la necesidad teórica y pragmática de consagrar la desvaloración del resultado, entendido como la lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico-penal, en la estructura nuclear del tipo de injusto, Vid. por todos STRATENWERTH, Günter. Acción y resultado en Derecho Penal. Trad. de Marcelo Sancinetti y Patricia S. Ziffer. Buenos Aires; Hammurabi 1991, p. 57-59, 97-98. En esa misma línea, es sentir generalizado en la doctrina española que “la exigencia de lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico concreto para la antijuricidad material se opone a los denominados “delitos formales” o de pura desobediencia ..., configurados sin ataque a ningún bien jurídico, sino como mera infracción de un deber de obediencia al Estado”, Vid. LUZÓN PENA, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal Parte General I. Madrid; Universitas 1996, p. 324.

¹¹⁵ Sin duda la única orientación teleológica que admite este macro-funcionalismo es el fin de mantenimiento del sistema, lo cual descarta toda otra versión teleológica que permita la introducción de condiciones axiológicas definidas en función de los resultados político criminales, como se aprecia desde el clásico trabajo de ROXIN, Claus. Política criminal y sistema del Derecho Penal. Trad. de Francisco Muñoz Conde. Barcelona; Bosch 1972 (Edición en alemán: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. 1ª ed. 1970. 2ª ed., ampliada con un epílogo en 1973). Desarrollos de esta tendencia pueden verse en posteriores trabajos suyos: Política criminal y estructura del delito. (Elementos del delito en base a la política criminal). Trad. de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée. Barcelona; PPU 1992. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. T. I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 2ª ed. München; Beck 1994. Para SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, pp. 67 y ss., la corriente dogmática “funcionalista” o “teleológica” pretende racionalizar

des sistémico-funcionales (ser). Precisamente esta conexión causal (necesidad funcional, entonces norma penal) entre el ser y deber ser, entre el plano ontológico y el terreno axiológico, puede despertar importantes dudas, como la expuesta por Zaffaroni para quien "Lo desconcertante es que, mediante la apelación al pragmatismo, Luhmann cambia el 'ser' en 'deber ser', lo cual da por resultado que la realidad social de los países centrales, cuyas contradicciones están conduciendo a una progresiva represivización del control social, resulte legitimada sólo porque esas contradicciones existen y porque esa represivización se produce. Si trasladásemos el planteamiento a una estructura jurídica o de control social represivo en un país colonial, dado que el 'sistema' (el colonialismo) lo requiere para mantenerse, el control social represivo colonialista quedaría perfectamente legitimado en tanto ese control resulte funcional para su sostenimiento"¹¹⁶.

Tales dudas en clave lógico-jurídica pueden motivar críticas en el plano de la metateoría y de la metalógica de las normas¹¹⁷ en el sentido de que es imposible, partiendo de una o más propiedades del

ser, inferir una o varias exigencias de deber ser¹¹⁸, dado que "Sólo se llega a una conclusión de deber ser cuando se presupone por lo menos una -la mayoría de las veces más de una- premisa de deber ser (premisas normativas)"¹¹⁹, premisa denominada "axioma normológico de regresión" y que Klug define del modo siguiente: "Todo aquello que es condición necesaria para el ser de lo que debe ser, debe también ser"¹²⁰. De esta manera, cuando en la ciencia del Derecho se deducen tácitamente de las propiedades del ser la proposición normativa, se incurre en un razonamiento entimemático o "entimema", consistente en "una conexión de inferencia abreviada en la que se han eliminado una o varias premisas intermedias. De esta forma se produce el 'milagro' de convertir lo que es, en lo que debe ser"¹²¹. En tal línea de ideas, el razonamiento entimemático limita la libertad del legislador en la elaboración de la norma, pues equivale a afirmar que "la 'naturaleza de la cosa' ... vincula al legislador"¹²². Esto mismo se conoce como "falacia naturalista", consistente en hacer desprender de las proposiciones de hecho (necesidades, bienes o intereses), proposiciones valorativas (consecuencias jurídicas o morales)¹²³.

la intervención de los aspectos teleológicos y axiológicos en la construcción de un sistema abierto. Empero, actualmente se diferencian claramente dos corrientes funcionalistas, una "moderada" y otra "radical". El llamado "funcionalismo moderado" está representado primordialmente por Claus Roxin, quien desde una visión "práctica" propone orientar el sistema del Derecho Penal hacia las valoraciones de política criminal, lo cual obliga a una amplia normativización de los conceptos, pero proporciona la flexibilidad necesaria para hacer posible las variaciones de contenido en los conceptos, en función de los cambios valorativos o del equilibrio de fines. Ello permitirá avanzar hacia la construcción de un "sistema abierto" de orientación teleológica. Por otro lado, el llamado "funcionalismo radical" de Günther Jakobs (Vid. Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, cit. Edición en alemán: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlage und die Zurechnungslehre*. Lerbuch. 2ª Auflage. Berlín-New York; Gruyter, 1991) responde más bien a preocupaciones metodológicas, pues de lo que se trata es de ofrecer una sistematización del Derecho Penal vigente que resulte explicativa del mismo, se propone una refundamentación normativa de la teoría jurídica del delito y del método dogmático. Empero, ello puede conducirnos a consecuencias dogmáticas que pretenden revolucionar la concepción de la pena -como prevención general positiva o integradora- y de la teoría del delito, como por ejemplo la definición de las categorías del tipo, causas de justificación y culpabilidad sobre elementos normativos de imputación, o más aún la eliminación en el plano del tipo de la diferencia entre elementos objetivos y subjetivos. Ahora bien, para SILVA SÁNCHEZ (Ibid., p. 71) con el método funcionalista "nos encontramos muy cerca de hallar el verdadero status de la dogmática tanto tiempo difuminada entre pretensiones de una desmedida cientificidad o neutralidad que no estaba en condiciones de ofrecer". Para el entendimiento de ambos modelos funcionalistas, Vid. por todos SCHÜNEMANN, Bernd (compilador). El sistema moderno del Derecho Penal. cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario. Introducción, traducción y notas de Jesús María Silva Sánchez. Madrid; Tecnos 1991 (Edición en alemán: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin; Walter de Gruyter & Co. 1984). Una crítica general contra ambos modelos en VIVES ANTÓN, Tomás S. Fundamentos del sistema penal, cit., p. 447-452.

¹¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "El funcionalismo sistémico y sus respectivas jurídico-penales", cit., p. 756.

¹¹⁷ Vid. por todos KLUG, Ulrich. "La teoría del derecho natural en tanto problema de la metateoría y de la metalógica de las normas". En: Problemas de filosofía del derecho, cit., p. 7 y ss.

¹¹⁸ Ibid., p. 10, nota 3 en donde expresa su adhesión a Hans Kelsen y la de éste al lógico Arthur N. Prior. En la doctrina española: SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. "Crítica formal del concepto de la omisión", cit., p. 988, nota 31, en donde cita a los mencionados autores, demostrando la conformidad de N. Bobbio y Strathenwerth.

¹¹⁹ KLUG, Ulrich. "La teoría del derecho natural en tanto problema de la metateoría y de la metalógica de las normas", cit., p. 11.

¹²⁰ Ibid., p. 11.

¹²¹ SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. "Crítica formal del concepto de la omisión", cit., p. 989.

¹²² Ibid., p. 989, cursiva del texto.

¹²³ Muguerza definió la "falacia naturalista" como "el intento de derivar conclusiones expresadas en un lenguaje evaluativo (el lenguaje de los juicios de valor o de las normas) a partir de premisas expresadas en un lenguaje descriptivo (el lenguaje de los juicios de hecho)".

Ahora bien, aunque difícilmente pueda sostenerse que el razonamiento jakobsiano es entimemático dada su aparente coherencia interna, que en todo caso amerita un estudio y desarrollo que escapa a los escuetos objetivos de estas líneas, no es menos cierto que el dato lógico-jurídico refleja el flujo de la construcción funcionalista del ser al deber ser, pues de las proposiciones del ser "A" (son disvaliosas las conductas que atentan contra el mantenimiento del sistema social) y "B" (la función de la norma penal es sancionar las conductas disvaliosas)¹²⁴ se deduce la proposición normativa "C" (la función de la norma penal debe ser sancionar las conductas que atentan contra el mantenimiento del sistema social). Y claro, tal línea de ideas carecerá del carácter entimemático o seudoinferencial siempre que se justifique la presencia de un axioma normológico de regresión, que en el pensamiento de Jakobs, parafraseando a Klug y adaptando su definición al discurso penal, equivaldría a admitir la proposición de deber ser "D" (se deben sancionar penalmente las conductas disvaliosas), sobre lo cual, por cierto, reina acuerdo en la doctrina dado que el injusto penal se construye sobre la base de un disvalor, cuando menos, del comportamiento.

No obstante lo anterior y el temor de Zaffaroni del salto funcionalista, sin más, del ser al deber ser, debe ponerse de relieve que el modelo sociológico del autor alemán opera exclusivamente en el plano del ente, lo que sin duda es consecuencia directa del objeto (la realidad social, el hecho social¹²⁵) y método de estudio (el funcionalismo en este caso)¹²⁶ de la teoría sociológica. Jakobs opera en el plano de la realidad social como sistema, dentro del cual el Derecho Penal cumple la función fáctica de conservarlo, por lo que la dogmática penal se normativiza

para ajustarse a dicha misión definida *de facto* por el sistema, con lo cual delezna toda cuestión valorativa o axiológica de orden político criminal pues la "verdad" tiene su principio y fin en las necesidades funcionales del sistema. Esto se evidencia en el tratamiento del bien jurídico, porque el mencionado autor concluye que la indemnidad del bien jurídico-penal se identifica (es =) con la vigencia fáctica de la norma¹²⁷, lo que se deduce a partir de la negación de las dos premisas siguientes: la infracción de la norma penal equivale (es =) a la dañosidad social¹²⁸ y la lesión del bien jurídico equivale (es =) a la dañosidad social¹²⁹.

Pues bien, este razonamiento evidencia sobradamente cómo Jakobs cierra el sistema en el plano del ente, dando por cierto (ser) realidades que pertenecen al deber ser para concluir en un razonamiento cerrado o circular. Así, da por verdadero que la norma penal expresa la dañosidad social (ser) por el sólo hecho de ser norma (deber ser), y que el bien jurídico es la validez de la norma (ser) porque es norma (deber ser). De esta manera incurre en un raciocinio circular de orden tautológico en donde el deber ser se convierte "milagrosamente" en ser por que así debe de ser. Con esto, en el terreno lógico-jurídico es explorable la opción de construir en contra de este pensamiento la crítica de la "falacia normativista", expresión con la que alude Ferrajoli al recurso argumental, muy normal en el mundo del derecho, que supone una variante de la "falacia naturalista", si bien en sentido inverso por cuanto el salto se produce del "deber ser" al "es". A tal modo de operar -ideológico, por representar una clara transgresión a la "ley de Hume"- se refiere Ferrajoli como aquél en que se "asumen las justificaciones axiológicas (también) como explicaciones empíricas"¹³⁰.

Vid. MUGUERZA, Javier. "En torno a la lógica de la falacia naturalista." En: Varios autores. Teoría y sociedad. Homenaje al profesor Aránguren. Barcelona; Ariel 1970, p. 141 y ss. GARCÍA ANÓN, José. "Los derechos humanos como derechos morales. Aproximación a unas teorías con problemas de concepto, fundamento y validez." En: Derechos humanos. Madrid; Tecnos 1992, p. 62, citando a Hume (*A Treatise on Human Nature*, 1793), quien planteó esta problemática lógica.

¹²⁴ Sin duda en el modelo sociológico de Jakobs las proposiciones A y B pertenecen al ser ya que la sociología es una ciencia que no opera con patrones axiológicos sino puramente reales pues su objeto es la "realidad social", "el hecho social". Vid. BOTTOMORE, Tom B. Introducción a la sociología. 10ª ed. Barcelona, Ediciones Península 1989, p. 11. De esta manera, para Luhmann y Jakobs la sociedad se explica en términos de funcionalidad, esa es su única verdad. Luego, de A y B sólo puede deducirse otra proposición del ente X (la función de la norma penal es sancionar las conductas que atentan contra el mantenimiento del sistema social).

¹²⁵ BOTTOMORE, Tom B. Introducción a la sociología, cit., p. 9 y ss.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 45 y ss, sobre el funcionalismo Vid. p. 54-56.

¹²⁷ JAKOBS, Günther. Derecho Penal Parte General, cit., p. 45 marginal 2, p. 58 marginal 25a.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 56, Vid. nota 40. Si se niega esta premisa se obtiene que: la vigencia de la norma equivale a la negación de la dañosidad social, como sostiene el propio JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en un teoría de un Derecho Penal funcional, cit., p. 17-18.

¹²⁹ JAKOBS, Günther. Derecho Penal Parte General, cit., p. 57-58 marginales 24-25. Al negarse esta premisa se obtiene que: la indemnidad del bien jurídico equivale a la negación de la dañosidad social.

¹³⁰ Vid. FERRAJOLI, Luigi. "Il diritto penale minimo." En: *Dei delitti e delle pene*. N° 3. (1985) p. 496. Del mismo, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma/Bari; Laterza 1989, p. 317.

C. Crítica extrasistemática, réplica y dúplica.

Ahora deseo abundar en las críticas extrasistemáticas que ya se han venido señalando, para lo cual se ha de tener en cuenta el dato anteriormente apuntado, es decir la operancia en el plano del ente (el sistema social) que excluye la realidad valorativa político criminal que observa el Derecho Penal en sus consecuencias. En este orden de ideas, debe ponerse de relieve que la ciencia del Derecho Penal ha construido todo un sistema para determinar en qué casos existe responsabilidad delictiva. Empero, a mi entender dicho sistema no debe organizarse de modo neutro como pretende Jakobs¹³¹, sino en función de un conjunto de principios que responden a una determinada visión del mundo, del sistema social y del papel del hombre en ellos, con el fin de racionalizar el uso del poder penal dentro del marco que impone el modelo de Estado social y democrático de Derecho. Por ello, en palabras de Arroyo Zapatero, “la debilidad del funcionalismo radica en que su pretensión de neutralidad valorativa tiende a servir en todo sistema social y ello repugna a quienes no quieren prescindir de valores”¹³², valores que bien pueden hallarse en la nueva visión del hombre y de la sociedad que introduce la Constitución¹³³.

Sin embargo, frente a la crítica contra la neutralidad del paradigma funcional¹³⁴ se ha levantado el propio Jakobs ratificando sin temor que entendida la sociedad como “un sistema de comunicación normativa”, entonces “lo subjetivo sólo tiene relevancia secundaria”¹³⁵. Luego, en mi interpretación, el autor

alemán sostiene que la neutralidad de su modelo funcional no necesariamente conlleva a entender que el sujeto, como centro de imputación de derechos y obligaciones, carece de valor frente a las necesidades de funcionamiento del sistema social, pues “éste estará presente exactamente en aquella medida en la que sea transmitido por medio de la comunicación, es decir, en la medida en que sea determinante de la autodescripción de la sociedad”¹³⁶, de modo que dependiendo de cómo esté organizada y cómo funcione la sociedad, el sujeto puede carecer de todo valor o, contrariamente, constituir el objeto central de la preocupación del sistema.

En consecuencia, a mi entender, lo que importa en Jakobs es el **contiente**: un sistema social en funcionamiento, lo que para el autor equivale a una sociedad en donde opere la comunicación personal (normativa), es decir, en donde a cada sujeto se le asigna un rol determinado, de manera que éstos tienen expectativas comunes (un proyecto de mundo) que define y garantiza la vigencia de la norma penal¹³⁷. Empero, el **contenido** se relativiza y depende de cada sociedad, pues el modelo de sistema funcional es neutro y capaz de servir a cualquier tipo de organización. Pero, dada esta asepsia ante lo valorativo, lo que es deseado en el modelo descrito, el autor señala que una sociedad en funcionamiento, es decir en comunicación personal, constituye un factor importante para la existencia de sujetos libres¹³⁸, de modo que “la objeción de que el Derecho Penal funcional es por definición hostil al sujeto, no es compatible ni con la relación teórica ni con la

¹³¹ JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en un teoría de un Derecho Penal funcional, cit., “el punto partida funcional no desplaza nada, sino que es neutral” (p. 30), “la perspectiva funcional no está atada a un modelo social determinado” (p. 36).

¹³² ARROYO ZAPATERO, Luis. “Fundamentos y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, cit., p. 100. Este autor va más allá, pues señala que “el funcionalismo puede resultar la metodología más fructífera si se la reconvierte introduciendo en el mismo la limitación de su neutralidad frente al sistema, afirmando la legitimidad del recurso a valores y la fijación del orden constitucional como fuente de los mismos, es decir delimitando de tal modo el “sistema legítimo” en el que pueden operar los factores y el análisis funcional... el sentido del sistema penal no puede derivarse tan sólo de la función que realmente cumple, sino también de la función que debe cumplir conforme a las indicadas decisiones políticas fundamentales” (p. 100).

¹³³ Ibid., p. 100-101.

¹³⁴ JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en un teoría de un Derecho Penal funcional, cit., p. 29.

¹³⁵ Ibid., p. 10-11.

¹³⁶ Ibid., p. 29.

¹³⁷ Ibid., p. 30-37, 78-83.

¹³⁸ Ibid., “La subjetividad se genera en un proceso mediado por lo social” (p. 31), “Sin una sociedad en funcionamiento faltan las condiciones empíricas de la subjetividad... no hay nada más que un cúmulo casual de individuos humanos que al carecer de algo común de carácter vinculante no conocen mundo objetivo y por ello no pueden traspasar el marco de sus respectivas percepciones individuales” (p. 32), “Sin proceso de comunicación no se generan sujetos libres” (p. 33), “sólo ante el trasfondo del sentido comunicativo aparece el sentido subjetivo. No se trata de que la sociedad, entendida como algo hecho y terminado se anteponga al sujeto, pero también queda excluido lo contrario. Dicho de otro modo, la subjetividad no sólo es un presupuesto, sino también una consecuencia de la socialidad. Sin un mundo objetivo vinculante no hay subjetividad y viceversa” (p. 34). Sobre esto insiste LESCH, Heiko H. Intervención delictiva e imputación objetiva, cit., p. 17.

relación práctica que existe entre sociedad ... y subjetividad”¹³⁹.

Coherentemente con las ideas de neutralidad, el profesor alemán enfrenta la objeción de que su sistema pretende estabilizar normas, sin determinar si son normas que favorecen la libertad o normas que aterrorizan¹⁴⁰, expresando que “la mera circunstancia de que se trata de la protección de una norma no implica que se trate de una norma *jurídica* en sentido enfático, ni siquiera implica que se pretenda mantener una determinada forma de *sociedad*”¹⁴¹, pues “no se trata del Derecho Penal de una sociedad deseable, sino del Derecho Penal de aquella sociedad que ha generado el sistema jurídico”¹⁴².

De otra parte, similares líneas de respuesta han sido defendidas por Suárez González y Cancio Meliá, cuando niegan, en contra de Baratta¹⁴³, que el modelo jakobsiano persiga “algún oscuro fin político (...) Pues su concepción precisamente pretende **describir** en un sistema normativo el funcionamiento de un determinado sistema de imputación; esto es, se trata de una concepción que quiere separar política criminal y dogmática penal, sin que ello pueda ser tomado como prueba de unas determinadas intenciones políticas”¹⁴⁴. Empero, el carácter tajante de estos argumentos es inmediatamente atenuado por los autores anteriormente citados, pues sostienen que la dogmática de Jakobs no es incompatible con “reflexiones de índole político-criminal o relativas a la legitimidad del sistema o de partes de él”¹⁴⁵, lo que se evidencia por ejemplo con la dura crítica que el profesor alemán efectúa contra algunos casos legales de anticipación de la barrera punitiva. Asimismo, en cuanto a la pena, niegan que Jakobs la fundamente “en la represión de actitudes de infidelidad al Derecho”, dado que, por ejemplo, sus criterios de imputación objetiva son marcadamente objetivistas, como sucede en el ámbito de los conocimientos especiales¹⁴⁶.

Ahora bien, a pesar de la inteligente defensa que Jakobs y sus glosadores en España, Suárez González y Cancio Meliá, realizan en favor del modelo funcionalista sistémico, en mi sentir no logran aportar argumentos absolutos. Ciertamente, la loable preocupación de estos autores consiste en articular un modelo penal sistemático y coherente, razón por la cual se evidencia una tendencia a divorciar la dogmática de la política criminal, pues no son pocos los casos en que esta última aconseja tomar distancia de los puros resultados dogmáticos, en pro de soluciones materialmente justas pero a la vez asistemáticas, es decir disfuncionales. Es por esta razón que Jakobs y sus epígonos pretenden la absoluta normativización de la dogmática, camino que permite la deseada coherencia sistémica, pues es neutral o inmune a la realidad social que la circunda y exige, más que “*l'art pour l'art*”, determinadas tomas de postura frente a los problemas.

En esta línea de ideas, la justificación jakobsiana de la neutralidad del sistema es insuficiente porque al marginar del ámbito penal el valor de lo subjetivo (de la persona humana) y derivarlo al terreno social, se mantiene el riesgo de que el orden punitivo sirva a un modelo social en donde dicho valor importe poco. Sin duda, en ningún momento he afirmado que Jakobs defienda necesariamente algún modelo social caracterizado por el terror, pero es evidente que al centrar su preocupación en el continente (la funcionalidad del sistema) y no en los contenidos (los valores a reproducir), es posible que dicho continente reproduzca contenidos reñidos con la libertad o la idea de dignidad humana, más aún cuando los aportes criminológicos actuales confirman la tendencia de los sistemas sociales hacia la represión penal. De allí la importancia de cultivar un Derecho Penal orientado a sus consecuencias político criminales, es decir, que reivindique la necesaria relación entre la dogmática y el mundo axiológico.

¹³⁹ JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional, cit., p. 35-36.

¹⁴⁰ Ibid., p. 29, 37-41.

¹⁴¹ Ibid., p. 38, cursiva del texto.

¹⁴² Ibid., p. 40.

¹⁴³ BARATTA, Alessandro. “Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”. Trad. de Emilio García-Méndez y Emiro Sandoval Huertas. En: CPC. N° 24. (1984) p. 544-551.

¹⁴⁴ SUÁREZ SÁNCHEZ, Carlos, Manuel CANCIO MELIÁ. “Estudio preliminar”. En: Jakobs, Günther. La imputación objetiva en Derecho Penal. Madrid; Civitas 1996, p. 79-80.

¹⁴⁵ Ibid., p. 81.

¹⁴⁶ Ibid., p. 79, incluyendo la nota 165.

En esa misma línea crítica Jakobs parece olvidarse de que su modelo de sociedad ideal, fundamentada en la "comunicación personal", sólo es posible de alcanzar reforzando un conjunto mínimo de valores, pues si se prescinde de lo axiológico, no se dan los presupuestos para dicha comunicación. Que la "comunicación" sólo es posible dentro de un marco axiológico ha quedado de manifiesto en la filosofía gracias a la obra de Jürgen Habermas¹⁴⁷. De allí, por ejemplo, que un amplio sector doctrinal halle la razón de ser de los derechos humanos en el seno de la democracia, entendida como la "sociedad comunicativa ideal", es decir los derechos humanos como "necesidades humanas comunicativas ideales"¹⁴⁸.

Ahora bien, pese a insistir en la neutralidad de su modelo, Jakobs parece ser consciente de la necesidad de contar con una base axiológica, pues entiende la comunicación personal como un "mundo con expectativas normativas", es decir, donde "la relación con al menos otro individuo no se basa solamente en las propias preferencias, sino que se define mediante al menos una regla independiente de tales preferencias, de tal manera que el otro pueda invocar esa regla ... el individuo emprende algo que sólo tiene sentido si no se encuentra sólo en el mundo. Así **acepta a los otros como seres iguales a sí mismo y se ve a sí mismo (de otra manera esto sería imposible) como la voluntad que es libre**", es decir, "que se concibe como un centro que ya no se limita a la administración de sus propias preferencias"¹⁴⁹.

De lo anterior se deduce que los presupuestos axiológicos para una comunicación personal son al menos dos: la igualdad y la libertad. Sin el sentido de igualdad, el individuo carece de motivos para respetar la norma que refleja las expectativas de los otros individuos, pues antepone sus preferencias egoístas que, ante tal situación, se le presentan como superiores en relación a las expectativas de cualquier otro que aparece como inferior, es decir desigual. A su vez, la ausencia de libertad impide el comportamiento moral que permite el cumplimien-

to de la norma, es decir el respeto de las expectativas de otros iguales. Evidentemente, un modelo funcional, como el de Jakobs, que se autoproclama neutral o servil a cualquier tipo de sociedad, es incapaz de asegurar la igualdad y la libertad necesarias para la comunicación personal. En consecuencia, el funcionalismo sistémico esbozado por Jakobs constituye un programa incapaz de dispensarse a sí mismo los medios para alcanzar sus fines. La simple funcionalidad, cuando no persigue la igualdad y la libertad, no puede garantizar una sociedad en donde la comunicación personal sea una aspiración seria.

Piénsese por ejemplo en sociedades como la peruana, en donde la desigualdad material, cultural y étnica es tangible; sumada al déficit de libertad política, de expresión y no pocas veces de movimiento, dado los comunes regímenes de "suspensión de derechos". En sociedades tales, un modelo funcional sistémico "neutral" no puede pretender, sino utópicamente, alcanzar la comunicación personal si es que no toma partido en contra de las carencias de igualdad y libertad. Pero aún si se piensa en sociedades donde ambos valores tienen mayores grados de arraigo¹⁵⁰, la conclusión no varía, pues la mera funcionalidad neutral es incapaz de mantener o consolidar dichos valores, dado que lo axiológico le es ajeno. Y todo esto es mucho más que una crítica extrasistemática, porque cuestiona la viabilidad del proyecto de Jakobs mediante la negación material de su coherencia interna: la neutralidad impide la comunicación personal.

Pues bien, este mismo razonamiento sirve para relativizar la valía de los restantes argumentos de Jakobs: que el sujeto libre sólo es posible dentro de una sociedad en funcionamiento y que la pretensión de estabilizar normas no equivale al deseo de mantener un determinado sistema social. Ciertamente, si la neutralidad del funcionalismo sistémico le impide aspirar a un determinado modelo de sociedad, entonces, aunque ésta funcione adecuadamente, no puede decirse que aspire a un específico modelo de sujeto, libre o no libre. En similar sentido,

¹⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa. 2 Vols. Madrid; Taurus 1987. Conciencia moral y acción comunicativa. Barcelona; Península 1985. Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos. Madrid; Cátedra 1989. Vid. por todos la monográfica revisión y crítica de la teoría habermasiana de BOLADERAS, Margarita. Comunicación, ética y política. Habermas y sus críticos. Madrid; Tecnos 1996.

¹⁴⁸ Vid. por todos ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura. Libertad personal y seguridad ciudadana, cit., p. 64-65.

¹⁴⁹ JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional, cit., p. 79-80, **negrita por mi cuenta**.

¹⁵⁰ Sobre esto deseo evitar los ejemplos y el uso de clichés como "países desarrollados" o "primer mundo". Empero, el modelo de Estado social y democrático de Derecho, en donde los valores de libertad e igualdad son preponderantes, es una pista importante para la imaginación.

la pura estabilización de las normas puede servir por igual a una sociedad de sujetos libres o no libres.

Respecto a la defensa de Suárez González y Cancio Meliá, si bien las críticas de Baratta pueden contener matices maniqueístas, los argumentos aportados por sus detractores son también relativos. En efecto, es cierto que la separación entre política criminal y dogmática no es prueba de oscuros fines políticos, pero como hemos advertido sí es prueba de la **posibilidad** de manipulación o perversión de la dogmática, ciega a sus consecuencias en el terreno social, en favor de indeseados programas político criminales. De otro lado, como se advirtió antes, para demostrar que la evaluación de la legitimidad del sistema está presente en Jakobs; Suárez y Cancio recurren al método deductivo, en base al repudio de casos de anticipación de la barrera punitiva. Antes bien, no debe olvidarse que toda decisión dogmática es pasible de una valoración político criminal, siendo cuestión distinta si esa valoración cuenta o no en el raciocinio dogmático. De esta forma, el citado método deductivo apenas demuestra que determinadas defensas jakobsianas conducen a loables resultados político-criminales, mientras que, en el plano general, puede afirmarse inductivamente que el funcionalismo puede arribar por igual a soluciones de diferente signo valorativo. Semejante problema plantea el recurso al objetivismo de la imputación objetiva de Jakobs, para negar el subjetivismo que afirma Baratta en relación al fundamento de la pena.

Ahora bien, relativizados los contrargumentos de Jakobs para paliar los inconvenientes de la neutralidad de su modelo, deseo finalmente explorar las consecuencias a que conlleva. Efectivamente, dada su neutralidad, el modelo de Luhmann y Jakobs presupone en primer término el consenso¹⁵¹, es decir, la idea de que la sociedad acepta unánimemente el modelo social imperante, de forma que le son ajenos el pluralismo propio de la idea democrática y por ende los conflictos que a partir del concurso de las diferentes ideas puedan generarse. De este modo, quien mediante su conducta disienta de los patrones sociales es disfuncional al sistema y en consecuencia debe ser reprimido. En este sentido, Zaffaroni critica los fundamentos del modelo funcionalista precisando que: "En síntesis : toda la

teoría se sustenta sobre la necesidad del control que se legitima por sí mismo y opera mediante un creciente reforzamiento de roles. Aquí surge una clarísima manifestación de organicismo extremo : las conciencias, o sea, las elecciones individuales, deben subordinarse a los roles que las hacen funcionales al sistema y lo equilibran. La riqueza de la conciencia quedaría reducida a la incorporación simplificada al sistema en forma de roles más o menos generalizados y siempre normados funcionalmente. Luhmann niega para ello las relaciones de causalidad tanto como las de finalidad : los sistemas se explican sólo por la funcionalidad. Los hombres actuarían funcionalmente en la medida en que se adapten a roles cuya función es equilibrar el sistema que, a su vez, norma esos roles para obtener el sostenimiento de su equilibrio, y así seguiríamos dentro de este círculo"¹⁵².

De otro lado, aunque pueda entenderse que el sistema social en cuanto tal y los mecanismos de interacción y de distribución de expectativas sociales pueden ofrecer a los ciudadanos una garantía de estabilidad en sus relaciones entre sí, e incluso en sus relaciones con el Estado, lo cierto es que este macro-funcionalismo presupone asimismo la bondad tanto del sistema como de los mecanismo a través de los cuales se autolegitima y conserva. Obviamente dicha bondad no se relaciona con argumentos de orden moral sino más bien con una valoración político-social, dado que si se entiende que el sistema debe conservarse para su normal funcionamiento, luego ha de entenderse que la evolución social ha alcanzado un tal punto de desarrollo histórico que es imposible mejorar o avanzar hacia nuevas formas de organización que pueden significar una mutación del modelo imperante o su fin en aras de un esquema sentido como más satisfactorio¹⁵³. En este orden de ideas, aceptar el pensamiento funcionalista equivale a presumir la no necesidad de la evolución histórico-social, algo sin duda utópico, pues el carácter dinámico es inherente a todo sistema.

Luego, dada la idea de consenso y bondad del sistema, es lógico entender que su defensa, es decir su conservación, se convierte en el valor más importante, pues de su eficaz funcionamiento depende el desarrollo de las propias relaciones interindividuales. Empero, el problema que esta forma de entendi-

¹⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico-penales", cit., p. 763.

¹⁵² Ibid., p. 754-755.

¹⁵³ De allí que CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Derecho Penal : concepto y principios constitucionales. 2ª ed. Valencia; Tirant lo Blanch 1996, p. 33, señale que "Las teorías sistémicas aplicadas al Derecho Penal, o bien tan sólo suponen una trasmutación terminológica ..., o son explicaciones profundamente reaccionarias, en la medida en que no permiten el cuestionamiento de los valores ni, por supuesto, del sistema mismo".

miento suscita, es que no logra ofrecer las necesarias garantías individuales frente a la majestuosidad del orden social así concebido, de modo que nada impediría someter al individuo a la consecución de los fines de sostenimiento sistémico. Precisamente, este temor se concreta en la construcción jakobsiana del bien jurídico que implica la renuncia a cualquier referente material que limite al legislador en la definición del delito. En efecto, si se entiende el bien jurídico como la vigencia de la norma y el delito como la defraudación de las expectativas sociales recogidas por la norma, sólo se aspira a un límite formal, pues todo lo que sea norma legítima la función punitiva en tanto se oriente al mantenimiento del sistema imperante. Y este último referente (lo funcional para el sistema) es tan vacío de contenido que el bien jurídico, y por ende la norma penal, queda convertido en un cheque en blanco pasible de ser instrumentalizado por ideologías o políticas de cualquier signo. El delito se identifica con la mera desobediencia al poder del Estado, lo cual se acerca al sentido que le dieron los penalistas del nacionalsocialismo.

2.2 Tesis Constitucionalistas

2.2.1 Perspectiva general

Enfrentando las críticas contra las teorías sociológicas, la doctrina penal se inclinó por la búsqueda de una fuente más segura de donde extraer o derivar

los bienes jurídico-penales, para ello recurrió a la norma más importante del ordenamiento jurídico: la Constitución.

Ciertamente, a partir de los trabajos de la doctrina alemana¹⁵⁴ e italiana¹⁵⁵, un sector doctrinal español¹⁵⁶ pretende hallar en la Constitución el catálogo de bienes jurídicos penalmente protegibles. En general, las teorías constitucionales se basan en la existencia de dos órdenes de valores en el sistema jurídico: de una parte los valores consagrados en la Constitución y del otro los que consagra la ley penal, siendo obligatoria la coincidencia de los segundos con los primeros, aunque se aprecian diferencias respecto al tipo de coincidencia entre tales órdenes axiológicos¹⁵⁷. De esta forma, se entiende que si la pena constituye una sanción que puede afectar directamente derechos constitucionalmente reconocidos, y en virtud de la proporcionalidad, entonces el DP sólo debe proteger aquellos valores constitucionalmente reconocidos, de modo explícito o implícito¹⁵⁸.

Al anterior argumento se suma que el Tribunal Constitucional y la doctrina están de acuerdo en subrayar el valor directamente normativo del texto constitucional, expresado en el artículo 9.1 de la Constitución Española¹⁵⁹ y que vincula la actuación de los poderes públicos y la dinámica de la sociedad, por lo que la articulación del bien jurídico no puede contradecir el tenor constitucional¹⁶⁰. Pero la vinculación no se agota en el matiz formal (el máxi-

¹⁵⁴ RUDOLPHI, Hans Joachim. "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico", cit., p. 337 y ss. SAX, W. "Grundsätze der Strafrechtsplege." En: *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*. 2ª ed. Berlin; Dunkler & Humboldt 1972. ZIPF, Heinz. Introducción a la política criminal. Trad. de Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Madrid; Edersa 1979, p. 94.

¹⁵⁵ BRICOLA, Franco. *Teoria generale del reato. Separata de Novissimo Digesto italiano*. Torino 1973, p. 15 y ss. ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milan; Giuffrè 1983, p. 163 y ss. PULITANO, Domenico di. "La teoria del bene giuridico fra codice e costituzione." En: *La Questione Criminale*. Nº 1. (1981) pp. 111 y ss. "La formulazione delle fattispecie di reato: oggetti e tecniche." En: Varios Autores. *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice. A cura del CRS*. Milano; Franco Angeli, Centro Studi e Iniziative per la riforma dello Stato 1987, pp. 33 y ss. GEMMA, Gladio. "Diritti costituzionali e diritto penale: un rapporto da ridefinire." En: *Diritto e Società*. Nº 3. (1986) p. 459 y ss.

¹⁵⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier. "Bien jurídico y Constitución", cit., p. 20 y ss. GONZÁLEZ RUS, Juan José. Bien jurídico y Constitución. (Bases para una teoría), cit., p. 23 y ss. ESCRIVÁ GREGORI, José M. "Algunas consideraciones sobre Derecho Penal y Constitución." En: *Papers*. Nº 13. (1980) p. 141 y ss. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Derecho Penal: concepto y principios constitucionales, cit., p. 33-36, 207-208. MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. Curso de Derecho Penal español. Parte General. Madrid; Marcial Pons 1996, p. 38-39.

¹⁵⁷ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. El delito contable, cit., p. 35.

¹⁵⁸ BRICOLA, Franco. *Teoria generale del reato*, cit., p. 15. La STC 105/1988, de 8 de junio, manifestó como necesario "que la restricción de la libertad individual que toda norma penal comporta se realice con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses, que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho".

¹⁵⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico", cit., p. 8. Artículo 9.1 del Constitución española: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución ..."

¹⁶⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación, cit., p. 35. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. El delito contable, cit., p. 36. GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. Luz. Fraude informático y estafa, cit., p. 206. ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier. "Bien jurídico y Constitución", cit., p. 20, citando a Vasalli que entiende la relación penal-constitucional más allá de la mera no contradicción y apuesta por un principio de interpretación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución.

mo rango del sistema jurídico) de la Carta Magna, sino que desde una perspectiva material ella tiene un valor consensual en cuanto expresión de la voluntad de los miembros de una comunidad, como expresión jerarquizada de aquellos intereses que se estiman esenciales para el funcionamiento del sistema social¹⁶¹. Por ello, los defensores del constitucionalismo comprenden que su versión obedece a la necesidad de concebir “un concepto que sea, a la vez, trascendente respecto al sistema del Código, pero inmanente al sistema jurídico - positivo en su conjunto- y que encuentra en este sistema complejo, fuera del Código, unos contenidos materiales bien definidos”¹⁶².

Ahora bien, también en el plano general debe reconocerse que esta tendencia tiene pretensiones garantistas, y hasta cierto punto refuerza la eficacia limitadora del concepto de bien jurídico al entablar su directa conexión con la Constitución, tanto por su valor formal como material. Asimismo, aunque la pena no siempre incide sobre la libertad personal sino que en ocasiones afecta otros derechos o intereses, de matiz patrimonial por ejemplo, no puede negarse que siempre la amenaza de una pena constituye una restricción de la libertad individual, por lo que fuera de duda está plenamente justificada la exigencia de una consagración constitucional implícita o explícita de los bienes penalmente protegibles¹⁶³.

Empero, así expuesto, el criterio es insuficiente para cumplir la función crítica¹⁶⁴, pues el concepto, aunque material, carga con el inconveniente de que las

realidades constitucionales suelen ser descritas de modo amplio¹⁶⁵, flexible y ambiguo en ocasiones, lo que no garantiza la necesaria seguridad y certeza deseada en la teoría del bien jurídico. Antes bien, esa apertura del texto fundamental constituye la nota distintiva del constitucionalismo contemporáneo¹⁶⁶, pues atendiendo al sentido democrático que inspira a la mayoría de regulaciones constitucionales, es importante que las normas sean redactadas de la manera más amplia posible con el objeto de permitir la realización de las variadas concepciones políticas sin necesidad de reforma previa, lo que dota a la Carta Magna de un sentido vasto y duradero en el tiempo que garantiza la estabilidad del sistema.

La insuficiencia del criterio constitucional se evidencia, por ejemplo, en la protección dispensada a la seguridad del tráfico¹⁶⁷, interés que no está consagrado explícitamente en la Constitución española, por lo que el único modo de legitimar la intervención penal en ese sector es quizás recurriendo a las valoraciones implícitas que soportan la vida o la integridad psico-física. Pero tal razonamiento puede conducirnos a extremos de incertidumbre en los que prácticamente todo puede justificarse porque de una u otra manera afecta a la calidad de vida. Aunque así concebido, de *lege lata* sin embargo el artículo 379 del Código Penal¹⁶⁸ no protege la vida ni siquiera de modo abstracto ya que parece sancionar la creación de un “peligro del peligro” o la mera vigencia de la norma, lo que es inconcebible si se entiende que el injusto penal necesariamente debe reflejar un desvalor de resultado: la lesión o puesta

¹⁶¹ BERDUGO y otros. Lecciones de Derecho Penal Parte General, cit., p. 6-7. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. 2ª ed. Madrid; Civitas 1982, p. 42 y ss.

¹⁶² PULITANO, citado por ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier. “Bien jurídico y Constitución”, cit., p. 19, nota 57, para quien la Constitución española impone al legislador límites externos (por la forma de Estado social y democrático de Derecho) e internos (cómo y quién legisla).

¹⁶³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, cit., p. 274.

¹⁶⁴ De allí que HURTADO POZO, José. “Derechos humanos, bien jurídico y Constitución.” En: Anuario de Derecho Penal. APDP. (Lima 1995) p. 79, advierta que la Constitución no puede ser “la única cantera de donde deben ser extraídos los bienes jurídicos que merecen protección penal, ni que esa protección deba ser brindada a todos los bienes considerados en la Constitución o contra todo ataque de que puedan ser objeto”.

¹⁶⁵ Ibid., p. 78, Hurtado Pozo atribuye al auge de los derechos humanos el que las Constituciones modernas “incorporen listas bastantes detalladas de tales derechos”.

¹⁶⁶ RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge. Teoría y práctica del derecho constitucional. Madrid, Tecnos 1996, p. 279 y ss. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “Dogmática de los derechos de la persona en la Constitución española de 1978 y su interpretación por el Tribunal Constitucional.” En: Derecho. N° 48, dic. (Lima 1994) p. 193. Vid. Además de la Constitución española (artículos 10 y ss.), los paradigmáticos textos constitucionales recogidos por CASCAJO CASTRO, José Luis, Manuel GARCÍA ÁLVAREZ. Constituciones extranjeras contemporáneas. 3ª ed. Madrid; Tecnos 1994.

¹⁶⁷ Vid. artículos 379 y ss. del Código Penal.

¹⁶⁸ Equivalente al artículo 274 del vigente código penal peruano.

en peligro de bienes jurídicos y no de valores espirituales¹⁶⁹.

Sumada a la críticas anteriores, esta teoría renuncia a concretar el concepto de bien jurídico-penal, pues con la simple referencia a la Constitución da por sentado el problema, huyendo de la dogmática penal en pro de una construcción de orden positivista, o más aún funcionalista-sistémico (funcionalidad del sistema social = funcionalidad del sistema jurídico-constitucional). Por ende, se trata más que de una teoría sobre el concepto del bien jurídico-penal, de una construcción sobre la fuente de éstos. De otro lado, la identidad entre bien jurídico-penal y valor constitucional es inadecuada, pues aún entendiendo que las realidades no consagradas en la Constitución española deben quedar fuera del marco de protección penal, los principios de fragmentariedad y subsidiariedad¹⁷⁰ impiden que todos aquellos valores previstos en la Ley Fundamental sean penalmente protegibles, pues los derechos fundamentales¹⁷¹ no son más que un importante elemento del merecimiento de pena¹⁷², y porque en último término la norma Constitucional, salvo contadas excepciones¹⁷³, no prejuzga cual debe ser el medio de tutela para las realidades que valora positivamente.

Ahora bien, aunque este es el panorama general de las teorías que consagran el bien jurídico en clave constitucional, son apreciables en la doctrina penal dos claras tendencias que se diferencian por el grado de vinculación exigido entre el bien jurídico-penal y los valores constitucionales: las teorías constitucionalistas estrictas y las teorías constitucionalistas amplias.

2.2.2 Constitucionalismo estricto

Estas teorías entienden que la Carta Magna contiene las decisiones valorativas fundamentales para la elaboración de un concepto de bien jurídico, exigiendo en todo caso una vinculación directa entre bien jurídico y precepto constitucional¹⁷⁴, de forma que todo objeto de protección penal está condicionado por las decisiones del constituyente, ya que si la norma fundamental no valora positivamente una realidad tampoco podrá hacerlo el legislador penal.

Lo expuesto, en palabras de Álvarez García "significa algo más que la mera obligatoriedad de realizar una interpretación de las normas penales en conformidad con la Constitución; es decir, implica que la Constitución agota los intereses susceptibles de tutela penal de forma tal, que la cobertura punitiva a intereses situados extramuros ... de la ley fundamental llevaría consigo la calificación de inconstitucional"¹⁷⁵. En esa línea, para Bricola no basta la simple incompatibilidad entre la Carta Magna y el bien jurídico a tutelar, sino que el mismo se halle entre aquellos que expresa o implícitamente están contemplados por la propia Constitución, de forma que la naturaleza constitucional del bien jurídico define la posibilidad, conveniencia y grado de tutela, así como el significado de la afectación (lesión o peligro), en resumen, la medida de la pena según la escala de valores deducible constitucionalmente¹⁷⁶.

No obstante el valor de esta construcción, serios inconvenientes subyacen a su realización. En primer lugar, aunque casi siempre será posible encon-

¹⁶⁹ Esta realidad se puso ya de manifiesto en la jurisprudencia del derogado Código Penal español, cuyo artículo 340 bis a) 1º sancionaba igualmente la conducción de vehículos en estado de ebriedad o drogadicción, Vid. S. de la Aud. Prov. de Valladolid, secc. 2ª, de 19 de julio de 1993, S. de la Aud. Prov. de Soria, de 10 de abril de 1995. Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Mirentxu CORCOY BIDASOLO, FRANCISCO BALDO LAVILLA. Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. Parte General. Barcelona; J.M. Bosch 1996, p. 59-60.

¹⁷⁰ Como propone LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal Parte General I. Madrid; Universitas 1996, p. 327.

¹⁷¹ Sobre el concepto de derechos fundamentales Vid. por todos ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid; Centro de Estudios Constitucionales 1993.

¹⁷² HASSEMER, Winfried, FRANCISCO MUÑOZ CONDE. Introducción a la criminología y al Derecho Penal. Valencia; Tirant lo Blanch 1989, p. 69 y ss. MIR PUIG, Santiago. "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*". En: El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de derecho. Barcelona; Ariel 1994, p. 163.

¹⁷³ Vid. los arts. 45 y 46 de la Constitución española que ordenan la protección penal del ambiente natural y del patrimonio histórico, cultural y artístico.

¹⁷⁴ En este sentido: BRICOLA, Franco. *Teoría generale del reato*, cit., p. 15. RUDOLPHI, Hasn Joachim. "Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico", cit., p. 341. En España: ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier. "Bien jurídico y Constitución", p. 20 y ss. GONZÁLEZ RUS, Juan José. Bien jurídico y Constitución. (Bases para una teoría), cit., p. 23 y ss. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales, cit., p. 34-36.

¹⁷⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier. "Bien jurídico y Constitución", p. 31.

¹⁷⁶ BRICOLA, Franco. *Teoría generale del reato*, cit., p. 16-18 y ss.

trar un punto de apoyo en la Constitución¹⁷⁷, puede limitar las posibilidades de criminalizar comportamientos que con el desarrollo histórico y social afectan a nuevas realidades que escapan al marco de la Ley Fundamental¹⁷⁸. Pero a tal crítica se opone el constitucionalismo estricto, aseverando que el bien jurídico-penal no sólo ha de encontrar asidero en los valores explícitamente reconocidos en la norma fundamental, sino también en los implícitos y más aún en los llamados “asimilables”¹⁷⁹, “integrables” u “homologables”¹⁸⁰, bagaje que otorga una evidente amplitud de criterio que permitiría entender que una Constitución, por más obsoleta que fuera, siempre ha de mantenerse actualizada vía la interpretación para responder a las nuevas necesidades de criminalización.

Sin embargo, a mi entender esta salida constituye una huida por la puerta falsa que contradice los presupuestos sobre los que se asienta el bien jurídico en clave constitucional estricta, pues aún partiendo de la loable intención de ofrecer una fuente segura al bien jurídico, cede el paso a la incertidumbre y a la arbitrariedad cuando para superar el carácter estático y rígido de la Constitución acude a conceptos imprecisos como los valores “implícitos” u “homologables”, con lo que se retorna al principio, al deseo de obtener un concepto material de bien jurídico-penal.

Pero a tal crítica se añaden otras de importancia. A saber, que esta teoría presupone la coincidencia total entre los valores constitucionales y las expectativas sociales, es decir la identidad entre la llamada “constitución formal” y la “constitución real”¹⁸¹. Asimismo, puede pensarse que es el constituyente

quien crea el bien jurídico a su libre antojo, lo que traslada las críticas contra el legislador ordinario al legislador constitucional¹⁸², más aún si se tiene en cuenta la inadmisibile existencia de mandatos positivos de criminalización que convierten a la Carta Magna en un programa punitivo. Por tantas razones, el constitucionalismo estricto carece de mayoritaria aceptación en la doctrina española, y existe más bien un generalizado sentimiento de que el valor de la Constitución en el orden penal debe extraerse de los principios materiales que ella contiene¹⁸³, empresa pretendida por las tesis constitucionales amplias.

2.2.3 Constitucionalismo amplio

Las teorías constitucionalistas amplias transcurren por dos senderos¹⁸⁴ que, si bien comparten el mismo punto de partida: el modelo de Estado social y democrático de derecho constitucionalmente consagrado, conservan matices diferenciables. Una primera línea presenta a la Constitución como marco referencial, o sea como espacio político libre y democrático dentro del cual los actores sociales definen las condiciones esenciales para el desarrollo del sistema social. En esta perspectiva, se entiende que una política criminal orientada a la exclusiva protección de bienes jurídicos presupone democracia y ejercicio de la democracia¹⁸⁵.

La segunda tendencia, de la cual Berdugo Gómez de la Torre es un importante representante, pone de relieve una vinculación programática entre el bien jurídico y el sistema socio-personalista al que la Constitución desea servir de marco¹⁸⁶. En efecto, el

¹⁷⁷ GUTIÉRREZ FRANCES, M^a Luz. Fraude informático y estafa, cit. p. 206, señala que la Constitución española, al igual que la italiana o la portuguesa, contiene un “Generoso” catálogo de derechos.

¹⁷⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Los bienes jurídicos colectivos.” En: Control social y sistema penal. Barcelona; PPU 1987, p. 192. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. El delito contable, cit. p. 38.

¹⁷⁹ ALVAREZ GARCÍA, Fco. Javier. “Bien jurídico y Constitución”, p. 36-38.

¹⁸⁰ GONZÁLEZ RUS, Juan José. Bien jurídico y Constitución. (Bases para una teoría), cit. p. 43.

¹⁸¹ ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura. Libertad personal y seguridad ciudadana, cit. p. 50.

¹⁸² FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. El delito contable, cit. p. 36.

¹⁸³ BERDUGO y otros. Lecciones de Derecho Penal Parte General, cit. p. 6-7. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. “Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico”, cit. p. 8.

¹⁸⁴ RODAS MONSALVE, Julio César. Protección penal y medio ambiente. Barcelona; PPU 1994, p. 25.

¹⁸⁵ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal), cit. p. 143.

¹⁸⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. “Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico”, cit. p. 8-9. Similar ROXIN, Claus. “Sentido y límites de la pena estatal”, cit. p. 21. FIANDACA, Giovanni. “Il ‘bene giuridico’ come problema teorico e come problema criterio di politica criminale”. En: Varios Autores. *Diritto penale in trasformazione*. Milano; Giuffrè ed. 1985, p. 153. ESCRIVÁ GREGORI, José M^a. “Algunas consideraciones sobre Derecho Penal y Constitución”, cit. p. 141 y ss. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Curso de Derecho Penal Parte General. Con la colaboración de Fermín Morales Prats y Miguel Prats Canut. Barcelona; Cedecs 1996, pp. 55, 246-247.

sistema social constitucionalmente reflejado es un sistema al que se aspira llegar¹⁸⁷, según puede deducirse del artículo 9.2 de la Constitución española, por lo que no coincide con el sistema social realmente vivido que tiene carácter dinámico¹⁸⁸. Así, el sistema social de la Constitución va por delante del sistema social, motivo por el cual a la idea de funcionalidad social debe añadirse el correctivo de lo necesario para que el sistema evolucione hacia las metas señaladas en la Carta Magna¹⁸⁹. En este sentido, para Berdugo “Estimar que el control social busca no sólo el mantenimiento sino también la evolución de un sistema social implica ya una no creencia en la bondad del mismo”¹⁹⁰, lo que le lleva a predicar del Derecho Penal una función promocional en relación con la vigencia y respeto de los nuevos intereses necesarios para alcanzar las metas constitucionales¹⁹¹.

Seguidamente entiende el citado autor que puede depurarse el catálogo de bienes jurídicos penalmente protegibles, tanto desde un plano sociológico como valorativo, desde el primero se reclama que las conductas incriminadas afecten negativamente a las funciones y estructuras sociales y desde la perspectiva valorativa se exige para que un interés pueda ser objeto de tutela penal que se fundamente en el orden constitucional de valores¹⁹².

La deficiencia general de las teorías amplias es que tampoco logran concretar el contenido material del bien jurídico, pues la vigencia del Estado social y democrático de Derecho reconocido en la Constitución, pese a constituir una condición necesaria para

la operancia crítica del bien jurídico-penal, es *per se* insuficiente, siendo necesario avanzar, con más, hacia una idea más precisa que vincule las necesidades de garantismo penal y permita superar las meras descripciones negativas (lo que no es bien jurídico) en términos de no inconstitucionalidad¹⁹³. Por otra parte, un sector comprende que estas teorías llegan incluso a proclamar la funcionalidad del sistema jurídico¹⁹⁴, por lo que serían cercanas a las teorías sociológicas organizadas alrededor de la funcionalidad social¹⁹⁵, similitud que llevada a sus extremos ha conducido a un sector doctrinal a reconocer que las teorías sociológicas engloban el constitucionalismo amplio¹⁹⁶.

En particular, respecto a la construcción del profesor Berdugo debe destacarse positivamente la importancia de vincular el bien jurídico-penal a las metas sociales impuestas por el artículo 9.2 de la Constitución española, lo cual debe reflejarse por ejemplo en la necesidad de proteger penalmente determinados bienes jurídicos colectivos¹⁹⁷ tales como el ambiente natural, la ordenación del territorio, la salud pública, los intereses de los consumidores, entre otros. Sin embargo, tomo prudente distancia de la defensa de una “función promocional del Derecho Penal”, aunque no por el temor de Ferré Olivé para quien “El problema que plantean estas teorías basadas en la función promocional del Derecho es que si bien postulan un cambio social, para lo cual marcan el objetivo a alcanzar -por ejemplo las metas constitucionalmente previstas- permiten justificar los conflictos socia-

¹⁸⁷ “El modelo social constitucionalmente reflejado, no es, en palabras de HÁBERLE un espejo de nuestra sociedad sino el faro al que ésta tiende” (*Die Verfassung des Pluralismus*, Frankfurt 1980, p. 87), Vid. la cita de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Honor y libertad de expresión. Madrid; Tecnos 1987, p. 16, nota 7.

¹⁸⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. “Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico”, cit., p. 9.

¹⁸⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Luis ARROYO ZAPATERO. Manual de Derecho Penal Parte General I. Instrumentos y principios básicos del Derecho Penal Barcelona; Praxis 1994, p. 11. Sin embargo en la obra conjunta BERDUGO y otros. Lecciones de Derecho Penal Parte General, cit., p. 7, se omite la idea de la necesidad de que el sistema evolucione hacia las metas sociales constitucionalmente previstas.

¹⁹⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. “Derechos humanos y Derecho Penal.” En : EPC. N° XI. (1988) p. 30, Vid. nota 2.

¹⁹¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Honor y libertad de expresión, cit., p. 16.

¹⁹² BERDUGO y otros. Lecciones de Derecho Penal Parte General, cit., p. 48-49. Similar PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación, cit., p. 28.

¹⁹³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Libertad personal y seguridad ciudadana, cit., p. 51.

¹⁹⁴ PÉREZ ALVAREZ, Fernando. Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación, cit., p. 29, Vid. nota 16.

¹⁹⁵ Así BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal Parte General 3ª ed. Barcelona, Ariel 1989, p. 54. Similar ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Libertad personal y seguridad ciudadana, cit., p. 51.

¹⁹⁶ Así FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. El delito contable, cit., p. 36, 38, le sigue GUTIÉRREZ FRANCÉS, M°. Luz. Fraude informático y estafa, cit., p. 207.

¹⁹⁷ En similar sentido CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Derecho Penal : concepto y principios constitucionales, cit., p. 80.

les del presente hasta que la propia sociedad pueda llegar, a través del derecho, a los cambios esperados. Así fomentan, consciente o inconscientemente un conformismo masivo ante los problemas sociales”¹⁹⁸.

El rol ideológico de la función promocional sin duda puede terminar justificando los problemas del presente, el “*statu quo*”, pero debe tenerse en cuenta que una tal orientación constituye una perversión ingenua de la misma en términos de creer que el Derecho tiene el rol protagónico en el esperado cambio social, más aún cuando éste puede constituir un obstáculo para ello¹⁹⁹. Y es que actualmente nadie puede esperar con seriedad del Derecho, y menos del Derecho Penal, un profundo cambio en las estructuras sociales²⁰⁰, razón por la cual el propio Berdugo no deja de apostar por la fragmentariedad, la subsidiariedad y utilidad del derecho punitivo²⁰¹, lo que equivale a explicar el orden penal en términos de la última *ratio* del control social, y en consecuencia incardinar extramuros la dinámica social, principalmente en el ámbito de las relaciones sociales intersubjetivas y de los sujetos frente al Estado. En consecuencia, en función de sus limitaciones, al Derecho en general ha de reconocérsele un rol bastante secundario y desacreditado en la promoción de nuevos órdenes sociales, motivo por el cual la crítica de Ferré se relativiza pues el no cambio, y el posible conformismo social, no es atribuible de modo directo al sistema jurídico.

Sin embargo, como se advierte de estas ideas, es predicable la inidoneidad intrínseca del sistema penal en la promoción de nuevos órdenes sociales, siempre que se entienda la pena en términos de función motivadora (prevención general negativa). Ciertamente, como expresa Terradillos “El Derecho

‘promocional’ preconizado por Bobbio se orienta más por la idea de estímulo (motivación positiva) que por la de contra-estímulo (motivación negativa) y por eso es un Derecho que propicia la rápida evolución social o es, al menos compatible con ella. Ahora bien, la conminación penal es solamente una *conditio sine qua non* de esa función : sólo puede aspirar a retraer, no a incentivar”²⁰².

Por ende, un Derecho Penal promocional sólo es realizable en el marco de la pena como prevención general positiva, estabilizadora o integradora, es decir, dentro de un modelo funcionalista radical como el de Jakobs²⁰³, que hemos rechazado entre otras razones por afirmar la bondad del sistema y negar la evolución social. De allí que el propio Bobbio señale que en el terreno promocional “el Derecho Penal es, por antonomasia, el Derecho conservador y reproductor, de las condiciones sociales dadas”²⁰⁴, con lo cual se llega a un contrasentido: cambio social = Derecho Penal promocional = prevención integradora = mantenimiento del sistema (no cambio social).

Quizás por ello el propio Jakobs trate de matizar su modelo señalando que “Ciertamente hay que conceder que el Derecho Penal es menos apropiado para impulsar la evolución; pero de ahí no se deduce que por principio sólo pueda ir a remolque”²⁰⁵.

III. TOMA DE POSICIÓN

1. Presupuestos

A mi entender, la construcción de un concepto material de bien jurídico-penal debe asentarse en determinados presupuestos básicos. En primer término, considero que pese a las dificultades de erigir dicho concepto, la dogmática debe orientarse no por

¹⁹⁸ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. El delito contable, cit., p. 37.

¹⁹⁹ Vid. por todos NOVOA MONREAL, Eduardo. El derecho como obstáculo al cambio social. 4ª ed. México D. F.; Siglo XXI Editores 1980.

²⁰⁰ Como indica TERRADILLOS BASOCO, Juan. “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, cit., p. 126, “La realización de fines trascendentes no compete al Derecho Penal, ni tampoco puede éste buscar la corrección moral coactiva de los ciudadanos, por entrar ello en irresoluble contradicción con la consideración de los mismos como moralmente maduros e intelectualmente ilustrados.”

²⁰¹ Vid. BERDUGO y otros. Lecciones de Derecho Penal Parte General, cit., p. 47 y ss.

²⁰² TERRADILLOS BASOCO, Juan. “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, cit., p. 127.

²⁰³ JAKOBS, Günther. Derecho Penal Parte General, cit., p. 8 y ss.

²⁰⁴ TERRADILLOS BASOCO, Juan. “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, cit., p. 127. Le sigue GUTIÉRREZ FRANCÉS, M^o. Luz. Fraude informático y estafa, cit., p. 209.

²⁰⁵ JAKOBS, Günther. Derecho Penal Parte General, cit., p. 51. Vid. nota 24.

la línea de las definiciones negativas²⁰⁶ que han acompañado a la historia del bien jurídico dado, que si bien éstas aportan algunos indicios para delimitar el terreno del objeto penalmente protegible, no logran precisarlo con certeza y fiabilidad, pues permiten la existencia de zonas oscuras en donde la carencia de un concepto positivo bien puede dar paso a la incriminación de conductas que lesionan valores espirituales o de difícil determinación. En mi sentir el Derecho Penal no debe renunciar a su esencia de Carta Magna del delincuente,²⁰⁷ y en consecuencia debe continuar en el camino de hallar una definición positiva de bien jurídico-penal.

El segundo presupuesto es evidente, el concepto que se busca no puede ser desvinculado de la realidad axiológica en la que debe de operar. Ciertamente, si se espera del bien jurídico un rendimiento en términos de limitar racionalmente la obra del legislador y de los jueces (función crítica), en los procesos de criminalización primaria y secundaria, ello presupone que el concepto ha de responder o ser funcional a un específico sistema de valores. Valores que se relacionan directamente con la realidad histórico-social que se vive y la que se desea alcanzar²⁰⁸, es decir con el modelo de organización estatal, la funcionalidad y tendencias de las relaciones intersubjetivas entre otros parámetros, pues el bien jurídico penalmente protegible está sujeto al cambio histórico y condicionado por las estructuras socio-culturales de una comunidad que ocupa un espacio y tiempo determinados²⁰⁹. Luego, la eficacia de la

función crítica depende directamente del favorecimiento del orden axiológico que se estima como deseado, lo cual nos lleva a deleznar todo concepto de bien jurídico que se derive de las posiciones inmanentes al sistema jurídico y apostar por aquellas que lo consideran trascendente a éste²¹⁰, es decir como un concepto supra legal que atiende a sus consecuencias político-criminales en la realidad social que lo rodea²¹¹.

De esta manera, entiendo que la construcción de un concepto positivo de bien jurídico-penal, que aspira al ejercicio de la función crítica, debe partir de tener claro la realidad valorativa en la que se incardina. En tal sentido, juzgo que es obligado punto de referencia el sentido político-criminal del modelo de Estado social y democrático de Derecho, consagrado en el artículo 1.1 de la Constitución española²¹², aunque desde allí se imponen ulteriores desarrollos -correctivos- para delimitar un concepto material que determine no sólo cuales son los bienes que merecen una valoración positiva por parte del ordenamiento punitivo, sino también cuales son las conductas que deben ser desvaloradas por éste. En esta orientación, la teoría del bien jurídico-penal se convierte en una teoría de la incriminación, en tanto rectora de los procesos de descriminalización y criminalización²¹³, del "in put" y el "out put" del sistema penal.

En tal sentido, debe ponerse de relieve, junto con Mir Puig, que si el Derecho Penal sólo debe de

²⁰⁶ Lo que no es bien jurídico: no inconstitucionalidad, no creencias o programas morales, éticos, políticos o religiosos. La dogmática penal, durante la reforma del StGB (Código Penal alemán), pasando por el proyecto oficial alemán de 1962 y el proyecto alternativo de 1966, ha desperdiciado energías en las determinaciones negativas del bien jurídico.

²⁰⁷ En palabras de Von Liszt, "das Strafgesetzbuch die magna charta des Verbrechers", Vid. VON LISZT, Franz. "Ueber den Einfluss der soziologischen und antropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts". En: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Zweiter Band*. Berlin 1905. J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, p. 80.

²⁰⁸ Sobre las metas constitucionalmente previstas (artículo 9.2 de la Constitución española), ya hemos advertido el valor de los aportes de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico", cit., p. 9.

²⁰⁹ GONZÁLEZ RUS, Juan José. Bien jurídico y Constitución. (Bases para una teoría), cit., p. 29. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, cit., p. 289.

²¹⁰ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "Política penal en el Estado democrático", cit., p. 334, citando a Hassemer señala que las tesis inmanentes al sistema jurídico-penal "cumplirían una función meramente sistemáticas y reducen el bien jurídico a una creación del legislador", mientras que las posiciones trascendentes a dicho sistema "sitúan el bien jurídico más allá del Derecho Penal y cumplen una función crítica del sistema".

²¹¹ Incluso, un sector propugna la interpretación sociológica del tipo penal, sobre la base del artículo 3 del Código Civil español y lo que actualmente constituye la fórmula abierta del artículo 20.7 del Código Penal (artículo 8.11 del código español derogado, artículo 20.8 del cód. penal peruano), Vid. ROLDÁN BARBERO, Horacio. Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales. Córdoba, Universidad de Córdoba 1992, p. 127.

²¹² La necesidad de vincular la política criminal al Estado social y democrático de Derecho, es sostenida desde hace dos décadas por MIR PUIG, Santiago. Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho. 1ª ed. Barcelona; Bosch 1979, también en: *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona, Ariel 1994, pp. 29-91.

²¹³ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal Parte General I, cit., p. 82.

proteger bienes jurídicos, ello no significa que todos éstos deban ser tutelados penalmente, ni tampoco que todo ataque contra los bienes jurídicos penalmente salvaguardados deba determinar la intervención punitiva, pues ambas posibilidades se opondrían, respectivamente, al principio de subsidiaridad y al carácter fragmentario del Derecho Penal, de modo que el concepto de bien jurídico es más amplio que el de bien jurídico-penal²¹⁴. Por ello, la actual tarea dogmática consiste en determinar cuáles son los rasgos específicos del objeto de protección penal en relación con los objetos de protección de los demás sectores del ordenamiento jurídico, con el fin de obtener el necesario baremo político-criminal que permita enjuiciar críticamente los procesos de criminalización y descriminalización²¹⁵. En esta perspectiva ideológica, es necesario deleznar las tentativas de identificar el bien jurídico-penal con otras realidades que, si bien guardan relación con éste, no logran agotar su contenido en los términos que se vienen exponiendo, tal es el caso, por ejemplo, de los conceptos de derecho subjetivo, interés, valor, la mera dañosidad social²¹⁶ y el objeto material del delito²¹⁷.

2. El bien jurídico-penal como expresión del merecimiento y necesidad de pena.

Particularmente, la dañosidad social, si bien constituye un criterio suficiente para legitimar el bien jurídico, no lo es para delimitar el bien jurídico-penal, que exige la referencia al individuo y otros

requisitos derivados de la idea de proporcionalidad. De esta manera, por ejemplo, cuando a un determinado comportamiento le es imputable un resultado socialmente dañoso, pero que no logra afectar directamente al individuo en sus posibilidades de participación social, quedará sin lugar la intervención penal a la vez que se habilita el uso del derecho administrativo²¹⁸. En consecuencia, la síntesis de los aspectos de afectación a los individuos²¹⁹ y de repercusión social dañosa en la construcción del bien jurídico como posibilidad de participación en la sociedad, constituye una primera e importante delimitación pues permite excluir la sanción de las conductas puramente inmorales, así como la de otros valores, funciones o estrategias político-sociales. Empero, esta construcción no excluye y más bien refuerza la protección penal de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, tales como la salud pública, el ambiente natural o la ordenación del territorio, pues éstos constituyen medios importantes para la autorrealización social del individuo²²⁰.

No obstante, con todo, se imponen aún mayores precisiones, pues el reconocimiento de la dañosidad social y la afectación individual, como criterios delimitadores, es aún insuficiente, lo que se evidencia por ejemplo en la ambigüedad del correctivo de la afectación individual indirecta que justifica la intervención penal en el terreno de los intereses colectivos o difusos, casos en donde es fácil sostener la necesidad de adelantar la barrera de la tutela

²¹⁴ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General, cit., p. 91. "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*", cit., p. 159 y ss.

²¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, cit., p. 276. En palabras de este autor, "El tema de nuestro tiempo no es, ..., la construcción de una teoría del bien jurídico, sino, más bien, de una teoría del bien jurídico penalmente protegido", p. 277, cursiva del texto.

²¹⁶ Sobre el deslinde entre estos conceptos y el del bien jurídico-penal, Vid. por todos TERRADILLOS BASOCO, Juan. "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal", cit., p. 129-136.

²¹⁷ Modernamente se diferencia el objeto material del delito del bien jurídico-penal, por cuanto éste último cuenta con un momento valorativo, perspectiva axiológica determinada por el valor o desvalor de la realidad social protegible. Vid. MIR PUIG, Santiago. "El objeto del delito". En: Enciclopedia Jurídica. T. XVII. Barcelona; Seix 1982, p. 765. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Consideraciones en torno al injusto penal." En: Bases críticas de un nuevo Derecho Penal. Bogotá; Temis 1982, p. 36. LAURENZO COPELLO, Patricia. El resultado en Derecho Penal. Valencia; Tirant lo Blanch 1992, pp. 63-104, 140-165. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal. Parte General I. Madrid; Universitas 1996, p. 328. STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal Parte General, I. El hecho punible, cit., p. 78. JESCHECK, Hans-Heinrich. 4ª ed. Tratado de Derecho Penal Parte General. Trad. de José Luis Manzanares Samaniego. Granada; Comares 1993, p. 234, entiende que "Los bienes jurídicos no han de entenderse como objetos asequibles a la percepción sensorial, sino que son valores ideales del orden social en los que descansan la seguridad, el bienestar y la dignidad de la colectividad. En cambio el objeto real sobre el que recae la acción típica se denomina **objeto de la acción (o del ataque)**", cursiva y negrita del texto.

²¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, cit., p. 276, nota 405, donde pone el ejemplo de los ilícitos con víctimas difusas.

²¹⁹ Ibid., p. 272. Aunque puede fundamentarse que la afeción al individuo puede ser directa o indirecta, ello arrastra el problema de fijación de límites, pues hablar de vulneraciones "indirectas" significa moverse alrededor de términos ambiguos, por lo que se impone el recurso a otros correctivos para una mayor precisión.

²²⁰ HASSEMER, Winfried. "Lineamientos para una teoría personal del bien jurídico." En: DoP. N° 12. (1989) p. 282.

penal en pro de la sanción de la puesta en peligro del bien, en función del recurso argumental del perjuicio potencial o indirecto sobre el individuo. Así por ejemplo, tratándose del bien jurídico ambiente natural, de limitarse el ámbito de lo punible a los casos de daño subjetivo directo, tales como la muerte de personas o lesiones a la integridad psico-física a causa de la contaminación del entorno, el efecto preventivo se reduce ostensiblemente, resultando inútil el recurso penal, de modo tal que parece proporcionada y necesaria la tipificación del peligro. Empero, el riesgo que encierra esta solución consiste en que, la indeterminación del concepto de "afectación individual indirecta", puede dar paso a la sanción de comportamientos que sólo remotamente pueden constituir un peligro significativo para el bien jurídico, con lo cual se desprecia el principio de ofensividad.

Por ende, es necesaria una mayor concreción del concepto material del bien jurídico-penal, para lo cual la idea de plasmación constitucional, en sentido amplio y no como la mera vinculación estricta, debe acogerse en atención a la máxima jerarquía y carácter consensual de la Carta Magna, con lo que el bien jurídico, a la vez de cobrar una mayor legitimidad en términos normativos, cuenta con un nuevo elemento limitador que ha de añadirse a las ideas mencionadas anteriormente. No obstante, aún entendido el bien jurídico-penal a partir de la dañosidad social de las agresiones, la referencia individual y su plasmación constitucional, esta orientación sólo nos permite acercarnos al conocimiento

sobre cuáles son los bienes que ameritan una valoración penal positiva, es decir al juicio sobre el **merecimiento de pena**, pero no señala qué comportamientos deben incriminarse, por ser oportuna o útil la intervención punitiva, extremos que ha de enfrentar una teoría del bien jurídico-penal que aspire a ejercer en la realidad una función crítica y rectora de los procesos de criminalización y descriminalización.

Ahora bien, esta misión puede afrontarse con éxito desde el punto de vista de la tensión de diferentes principios, sintetizados en el juicio sobre el merecimiento de pena que hemos desarrollado en el anterior párrafo, y al que debe sumarse el de **necesidad de pena**²²¹, aún por delinear. Como indica Silva Sánchez, aunque la doctrina suele conectar el principio de exclusiva tutela de bienes jurídicos y la fragmentariedad sólo con consideraciones de necesidad y utilidad, una delimitación de los objetos penalmente protegibles ha de derivar de la síntesis de los requerimientos de necesidad de pena y merecimiento de pena²²². En tal sentido, deben conjugarse los aspectos utilitaristas del principio de mínima intervención en términos de necesidad y subsidiariedad²²³, junto con las consideraciones axiológicas o de principio relacionadas con la importancia del bien y la intensidad de sus afecciones, es decir el merecimiento de pena²²⁴. Antes bien, ambos conceptos, necesidad de pena y merecimiento de pena, deben diferenciarse pues obedecen a lógicas distintas que, inclusive, pueden llegar a colisionar.

²²¹ De obligada revisión es el trabajo de LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito." En : ADPCP. (1993) p. 21 y ss. Referencias similares en el trabajo de su discípulo DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La autoría en Derecho Penal. Barcelona; PPU 1991, p. 78-79, 82 y ss., 85 y ss., 454 y ss., 485, 508 y ss., 531 y ss., 611, y ss., 638, 704 y ss., 753 y ss. En la doctrina española no reina acuerdo sobre los conceptos de "merecimiento de pena" (*Strafwürdigkeit*) y "necesidad de pena" (*Strafbedürftigkeit* o *Strafbedürfnis*), y en muchos casos tales expresiones se usan indistintamente. Ello es similar en la dogmática alemana, pues las coincidencias no van más allá de las definiciones tautológicas y no existen unanimidad sobre el origen, alcance, significado material, función, ubicación sistemática y relación recíproca entre ambos principios, Vid. LUZÓN PEÑA, *Ibid.*, p. 21-22. Empero, la importancia de determinar los citados aspectos ha cobrado gran trascendencia en los últimos años, al punto de considerarse que las exigencias político criminales aplicables al trabajo dogmático han de deducirse de la idea de merecimiento y necesidad de pena, Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Ibid.*, p. 79. Ello se ve reforzado por la labor orientada a la construcción del perfil de un futuro sistema penal europeo, la que ha recibido el enfoque desde los citados principios, Vid. los estudios publicados en : Varios Autores. Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Barcelona; Bosch 1995, entre los cuales figura el citado trabajo de Luzón Peña, sumado a los de HAFFKE, Bernhard. "El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal", p. 129 y ss. ROMANO, Mario. "Merecimiento de pena, necesidad de pena y teoría del delito", p. 139 y ss. DA COSTA ANDRADE, Manuel. "Merecimiento de pena y necesidad de tutela como referencias de una doctrina teleológico-racional del delito", p. 153 y ss.

²²² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, cit., p. 267, nota 369.

²²³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico", cit., p. 8. PEDRAZZI, Cesare. "El bien jurídico en los delitos económicos." En : Barbero Santos, Marino (Ed.). La reforma penal. Los delitos socio-económicos. Madrid; Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid 1985, p. 288. ROXIN, Claus. "Franz von Liszt y la concepción político criminal del proyecto alternativo", cit., p. 44-45. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal Parte General I. Madrid; Universitas 1996, p. 327.

²²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, cit., p. 277. Similar, MIR PUIG, Santiago. "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*", cit., p. 162 y ss.

Ciertamente, el camino hacia la concreción del bien jurídico-penal debe atender en primera instancia a las consideraciones de **merecimiento de pena**, cuyo juicio deriva de la significación atribuida al bien y de la gravedad de las diversas formas de ataque al mismo. Principios de justicia inspiran el merecimiento de pena, pues se sitúa en torno a consideraciones garantistas de proporcionalidad, de manera que los bienes jurídicos han de ser realidades especialmente valoradas, tan fundamentales que las conductas dirigidas en su contra experimentan una mayor desvalorización. En este orden de pensamientos, como bien expresa Silva Sánchez, para que un bien jurídico, en cuanto a su protección, revista la calidad de merecedor de pena, debe de aglutinar, simultáneamente, la referencia al individuo, la dañosidad social de las agresiones y su plasmación constitucional²²⁵.

Sin embargo, a mi entender es necesario matizar el juicio sobre el merecimiento de pena, con el fin de otorgarle un mayor énfasis al referente individual, en especial relación con el principio de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad, entendidos no en clave "ius naturalista" sino constitucional²²⁶, y más aún, incardinado en el modelo de Estado social y democrático de Derecho. Aspiro con este correctivo a que el referente individual, en la construcción del concepto material de bien jurídico-penal, no se convierta en un mero instrumento de neutralización de las pretensiones de socializarlo en términos puramente funcionalistas, y que más bien la tensión entre lo individual y lo colectivo, en el terreno del merecimiento de pena, se resuelva con una justificada predominancia del primero en atención a la necesidad de erigir un Derecho Penal garantista.

Con esto, tomo prudente distancia de las pretensiones de considerar lo individual como un simple

ingrediente en la conformación del bien jurídico, esquema en el que, por ejemplo, cabe el uso ambiguo de criterios como el de "afectación individual indirecta" con su consiguiente perversión de cara a la posibilidad de legitimar la presencia de tipos penales que sancionan situaciones remotamente peligrosas para las condiciones de participación del individuo en la vida social, así como la sanción penal de la bagatela²²⁷, es decir realidades en las que el acento está puesto en la funcionalidad del sistema y no en el individuo. Pero enfatizar lo personal tampoco debe significar el destierro del componente social, dado que equivaldría a la privatización del orden penal en donde la identidad entre bien jurídico-penal y derecho subjetivo sería inevitable.

Ciertamente, la empresa de conjugar lo individual y lo colectivo, poniendo énfasis en lo primero, se enfrenta al problema de sus límites, linderos que ya hemos establecido en términos de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad, realidades que deben ser afectadas (lesión o puesta en peligro real) por los comportamientos que contravienen los bienes jurídico-penales. Pero estos conceptos personalistas (dignidad y libre desarrollo) merecen una mayor concreción en orden a su operatividad dentro del sistema penal²²⁸, razón por la cual debe relacionarse el principio de dignidad de la persona humana con la idea kantiana del hombre como fin en sí mismo, es decir, con la imposibilidad de instrumentalizar al ser humano como medio para la consecución de metas colectivas, sociales o que están más allá de su propia entidad²²⁹. Asimismo, este principio tiene una validez *a priori*²³⁰, dada su significación constitucional, como fundamento del orden político y la paz social, y al tratarse de un principio material de justicia que representa un límite inmanente del derecho positivo²³¹. A su vez, el principio de libre desarrollo de la personalidad,

²²⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, cit., p. 288.

²²⁶ Vid. art. 10.1 de la Constitución española.

²²⁷ Vid. ARMENTA DEU, Teresa. Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad. Alemania y España. Barcelona; PPU 1991, p. 23 y ss.

²²⁸ Vid. por todos WOLTER, Jürgen. "Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo de Derecho Penal." En: Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Barcelona; Bosch 1995, p. 37 y ss.

²²⁹ Señala CEREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal Español Parte General II. Teoría jurídica del delito / 2. Reimpr. de la 1ª ed. Madrid; Tecnos 1993, p. 32, nota 105, que ya Welzel introducía en la órbita penal el imperativo de Kant consistente en que "el ser humano no debe ser tratado como una cosa, sino siempre también como un fin en sí mismo".

²³⁰ El sentido prioritario de la dignidad humana no sólo es perceptible en el terreno del bien jurídico-penal, sino que cobra trascendencia en toda la teoría del delito, pues "Dada una lesión del contenido de dignidad humana y del contenido nuclear de los derechos fundamentales, incluido el del principio de legalidad, el Derecho Penal queda excluido en todos sus niveles sistemáticos con respecto al autor y a los intereses represivos". Vid. WOLTER, Jürgen. "Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo de Derecho Penal", cit., p. 37.

²³¹ CEREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal español. Parte General II, cit., p. 32.

fundamentado en el Estado democrático de derecho, introduce en el razonamiento penal un límite infranqueable al Estado social autoritario, al exigir que "el sistema social se ponga al servicio del individuo"²³², por lo que "las condiciones sociales a proteger deben servir de base a la posibilidad de participación de los individuos en el sistema social"²³³, según hemos advertido abundantemente.

Ahora bien, en orden a la vigencia material de los correctivos personalistas de dignidad y libre desarrollo, y dentro de la línea del merecimiento de pena, no debe perderse de vista la perspectiva de los derechos humanos, pues como señala Berdugo "La garantía de los derechos humanos en todas las fases por las que transcurre el sistema penal, constituye, sin duda, un criterio político criminal básico. La asunción del mismo responde a un determinado punto de partida ideológico, aquel que propugna un modelo social personalista, esto es de orientación hacia el individuo, de consideración del Estado como instrumento al servicio de la persona, como medio para lograr la vigencia real de los denominados derechos humanos y no a la inversa de entender que el individuo y sus derechos solamente tienen sentido dentro del Estado, que adquiere una consideración autónoma respecto a aquellos que la integran"²³⁴.

En esta línea argumental, cabe destacar la construcción de Zúñiga Rodríguez, cuando señala que los objetos de protección jurídico-penal están imbuidos de un profundo contenido material en el marco de una categoría programática de justicia, que es la realización de los derechos humanos, como límite de intervención de la función represiva del derecho,

con lo cual se erige un importante criterio legitimador del Derecho Penal que señala los ámbitos y límites en su forma primaria de intervención, el proceso de criminalización, opción garantista respaldada por las previsiones de los artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución española²³⁵. De esta forma, la autora fundamenta²³⁶ la razón de ser de los derechos humanos en el seno de la democracia, entendida como la "sociedad comunicativa ideal", es decir, los derechos humanos como "necesidades humanas comunicativas ideales"²³⁷, acercándose a la construcción de Terradillos Basoco que entiende el bien jurídico como vehículo de satisfacción de necesidades humanas²³⁸.

Pese a la importante orientación de las opiniones reseñadas en los dos párrafos anteriores, dado los objetivos de estas líneas, no me interesa decantar la cuestión sobre las posibilidades de legitimar el sistema penal sobre la razón que asiste a los derechos humanos. Antes bien, ya he negado la posibilidad de identificar el concepto material de bien jurídico-penal con el de derecho fundamental²³⁹, pues en palabras de Terradillos Basoco "o bien identificamos el concepto de derechos fundamentales con aquellos ya reconocidos por el ordenamiento jurídico, con lo que llegaremos a análisis positivistas no aplicables a la fase de *iure condendo* que nos ocupa, o bien nuestro examen se orientará al contenido de esos derechos, prescindiendo del 'Derecho', con lo que habremos adelantado muy poco y estaremos en realidad moviéndonos en el ámbito de los valores"²⁴⁰.

Sin embargo, este rechazo no equivale a negar que en varios casos una misma realidad constituya simultáneamente bien jurídico-penal y derecho fundamen-

²³² MIR PUIG, Santiago. "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*", cit., p. 165.

²³³ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General, cit., p. 92.

²³⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Derechos humanos y Derecho Penal", cit., p. 32.

²³⁵ ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura. Libertad personal y seguridad ciudadana, cit., p. 59.

²³⁶ Inspirada en los trabajos de Jürgen HABERMAS y Agnes HELLER (Por un filosofía radical). El viejo topo. Barcelona; eds. 2001 1980).

²³⁷ ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura. Libertad personal y seguridad ciudadana, cit., p. 64-65.

²³⁸ TERRADILLOS BASOCO, Juan. "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal", cit., pp. 136 y ss. "Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal". En: Pena y Estado. Nº 1, sep-dic. (Barcelona 1991, PPU) p. 22. En esta misma perspectiva: HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal). Barcelona; PPU 1991, p. 161 y ss.

²³⁹ Para FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Madrid; Trotta 1995, p. 473, "El primero y más elemental criterio es el de justificar las prohibiciones sólo cuando se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social y, en todo caso, externos al Derecho mismo... Entre los bienes externos al Derecho Penal cuya lesión es necesaria, aunque por sí sola no sea suficiente, para la justificación de las prohibiciones penales, están, por razones obvias, todos los 'derechos fundamentales'".

²⁴⁰ TERRADILLOS BASOCO, Juan. "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal", cit., p. 130.

tal²⁴¹, como sucede por ejemplo con muchos derechos individuales y otros de carácter, mas bien, colectivo. En todo caso, lo que se desprecia es que la condición de derecho fundamental delimite, de modo exclusivo y excluyente, el objeto jurídico-penal, como proponen las teorías constitucionales estrictas. Por ello, en mi sentir los correctivos constitucionales de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad deben ser entendidos en el seno de los derechos humanos constitucionalmente garantizados, en tanto que estos últimos constituyen las condiciones necesarias para la vigencia material de los primeros. De esta manera, los derechos humanos se constituyen en un criterio de obligada referencia, sin duda no el único²⁴², en el juicio sobre el merecimiento de pena²⁴³.

Me interesa extraer de esta línea ideológica el sentido de los llamados derechos humanos de Tercera Generación o de Solidaridad, entre los que cabe destacar, por ejemplo, el ambiente natural, cuya plasmación positiva se encuentra en el artículo 45 de la Constitución española. Pues bien, las críticas desde la criminología crítica al sistema penal como un instrumento creador de desigualdad²⁴⁴, imponen la tarea de avanzar hacia un sistema social plenamente democrático, para lo cual resulta importante no sólo desincriminar las conductas que imponen un determinado orden

ético o cultural, sino también incriminar aquellos comportamientos lesivos de ámbitos fundamentales de la vida individual y colectiva²⁴⁵, es decir de los llamados bienes colectivos o difundidos²⁴⁶, cuya titularidad corresponde por igual a los miembros de la comunidad. En esa perspectiva, cobra importancia la tutela de determinados derechos humanos de Tercera Generación, es decir, valores de gran relevancia social²⁴⁷ e individual, como por ejemplo la salud pública, los intereses de los consumidores, el ambiente natural o la ordenación del territorio, pero cuya vigencia se opone, no pocas veces, a importantes e influyentes intereses políticos y económicos²⁴⁸.

De este modo, los derechos humanos de Tercera Generación, como sucede paradigmáticamente con el ambiente natural, pueden constituirse en una importante fuente de bienes jurídico-penales, en tanto realidades merecedoras de pena por la dañosidad social de sus afecciones, por constituir condiciones necesarias para el desarrollo digno de los individuos en sociedad y porque muchos de ellos tienen plasmación constitucional. Como nota especial, tratándose del ambiente natural o la protección de los consumidores, considero que puede hablarse de un criterio adicional en orden al merecimiento de pena: su gran relevancia y trascenden-

²⁴¹ Por derechos fundamentales se entiende aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada, Vid. PÉREZ LUNO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid; Tecnos 1986, p. 46.

²⁴² "Hay que tener presente la no identidad entre bienes jurídicos tutelados por un Derecho Penal respetuoso con la Constitución y derechos fundamentales", TERRADILLOS BASOCO, Juan. "Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal", cit., p. 14.

²⁴³ Como señalé líneas arriba, este punto de referencia importa la asunción de un conjunto de consecuencia que se traslucen a todo el sistema penal, no sólo en la determinación de los objetos de protección y los límites de la sanción penal sino también en el contenido de los distintos elementos de la teoría del delito, Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Derechos humanos y Derecho Penal", cit., p. 32-34. ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Libertad personal y seguridad ciudadana*, cit., p. 65-66.

²⁴⁴ Vid. por todos FERRAJOLI, Luigi. "El Derecho Penal mínimo." En: PC. N.º O. (1986). BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*. México; Siglo XXI 1986.

²⁴⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Derechos humanos y Derecho Penal", cit., p. 42-43.

²⁴⁶ Vid. el clásico trabajo de SGUBBI, Filippo. "Tutela penale di 'interessi diffusi'." En: *La Questione Criminale*. (1975) pp. 439-481. Del mismo, "L'interesse diffuso come oggetto della tutela penale. Considerazioni svolte con particolare riguardo alla protezione del consumatore." En Varios Autores. *La tutela degli interessi diffusi nel Diritto comparato, con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori. Atti del Convegno di Salerno (22-25 maggio 1975). Studi di Diritto Comparato diretti da Capelletti*. Milano: Giuffrè 1976, pp. 549-594. También, BRICOLA, Franco. "Partecipazione e giustizia penale. Le azioni a tutela degli interessi collettivi." En: *La Questione Criminale*. Anno II, N.º 1, gennaio-aprile. (1976) p. 7-72. FEDERICI, Renato. *Gli interessi diffusi. Il problema della loro tutela nel diritto amministrativo*. Padova; Cedam 1984, p. 93 y ss. Sobre la delimitación del concepto de interés difuso en la actual doctrina procesal española, ACOSTA ESTEVES, José B. *Tutela procesal de los consumidores*. Barcelona; J. M. Bosch 1995. BUJOSA VADELL, Lorenzo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. Barcelona; José María Bosch Editor 1995. LOZANO-HIGUERO Y PINTO, Manuel. *La protección procesal de los intereses difusos*. Madrid; 1983. En la doctrina penal, GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*. Madrid; Instituto Nacional del Consumo 1986, p. 32 y ss, 79 y ss. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Los bienes jurídico colectivos", cit., p. 185 y ss. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", cit., p. 723 y ss.

²⁴⁷ Vid. el clásico trabajo de CASCAJO CASTRO, José Luis. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madrid; Centro de Estudios Constitucionales 1988, p. 15 y ss. El concepto de "derechos sociales" ha tenido cierta repercusión en la órbita penal, Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Delitos contra los intereses generales o derechos sociales". En: RFDUCM. (1983) p. 571, 574.

²⁴⁸ En esa línea se expresa BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "El medio ambiente como bien jurídico tutelado." En: Terradillos Basoco, Juan (ed.). *El delito ecológico*. Madrid; Trotta 1992, p. 44.

cia para la integración económica y política de Europa, es decir en el seno de la Unión Europea²⁴⁹.

Tras delinear los principales aspectos del merecimiento de pena, queda aún por decantar el ámbito de la **necesidad de pena**²⁵⁰, para con ello cerrar el desarrollo de los criterios delimitadores del bien jurídico-penal. Baste para ello con resaltar que la necesidad de pena obedece a criterios de utilidad o rendimiento social, pues impone agotar la eficacia de otros medios menos lesivos, previo al paso de la intervención penal, pues de lo que se trata es de proteger los bienes jurídicos al menor coste social posible, y si para ello es suficiente recurrir al control administrativo o civil, no existe necesidad de utilizar la pena²⁵¹. No obstante, debe tenerse en cuenta que, en muchos casos, el juicio sobre la necesidad de pena puede pervertirse al punto de pretender justificar verdaderas huidas hacia el Derecho Penal. Ello sucede, por ejemplo, cuando una determinada realidad que amerita una valoración positiva, por razones que escapan a la racionalidad jurídica, es decir de orden político, económico u otras, no encuentra una adecuada protección en el seno del control extrapenal, de modo que el legislador opta por la alternativa punitiva con la hipócrita esperanza de que las insuficiencias tutelares sean acalladas, de forma que se utiliza la pena no como instrumento de tutela de bienes jurídicos sino con fines latentes u ocultos, es decir como un recurso simbólico o de engaño²⁵². Por ello, considero importante vincular la necesidad de pena con los fines de la norma penal²⁵³, lo que en mi caso equivale a poner de

relieve la función motivadora, entendida la pena como prevención general negativa respetuosa del principio de proporcionalidad²⁵⁴. En consecuencia, hay necesidad de pena sólo cuando los medios extrapenales son incapaces de dispensar una adecuada protección al bien jurídico y siempre que la pena sea útil para motivar en la generalidad la inhibición de las conductas que lo lesionan o ponen en peligro.

Planteados los criterios para la determinación del concepto material de bien jurídico-penal, sin embargo, la generalidad de esta exposición no desarrolla varios aspectos relevantes de cara a una mayor concreción del concepto, relaciones y funciones de los principios de merecimiento y necesidad de pena²⁵⁵. Empero, pese a ello considero que el bien jurídico-penal, como realidad que merece y necesita de protección penal, logra expresar con holgura la síntesis de la evolución del concepto, a la vez que refleja la tensión dialéctica de los diferentes principios que rigen el *ius puniendi*²⁵⁶. Sólo de esta manera, como objeto sintético y dialéctico, puede legitimarse el bien jurídico-penal en orden a su función crítica, es decir, como criterio rector de los procesos de criminalización y descriminalización que operan en el Derecho Penal contemporáneo. Por lo tanto, actualmente es posible enfrentar a las pretensiones del funcionalismo sistémico, de lo contrario, con la pérdida de la teoría del bien jurídico, habrá perdido la dogmática "el último apoyo que le queda para la crítica del Derecho Penal positivo"²⁵⁷.

²⁴⁹ Vid. el Acta Única Europea y el Tratado de la Unión Europea.

²⁵⁰ A favor de limitar el bien jurídico-penal acudiendo al principio de necesidad de pena: MIR PUIG, Santiago. "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*", cit., p. 162, 166-167. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, cit., p. 267, este autor pone de manifiesto que, además del merecimiento de pena y necesidad de pena, se requiere que el bien jurídico sea susceptible de ser protegido penalmente, aunque reconoce que dicha exigencia bien puede entenderse incluida en el concepto de necesidad de pena. Vid. p. 289, nota 451.

²⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, cit., p. 289, expresa que el bien jurídico precisa además la necesidad de protección penal y que dicha tutela sea satisfactoria en términos de utilidad social general, lo que no ocurre cuando la tutela puede dispensarse eficazmente a través de los medios no penales de control y por ende menos lesivos, por lo que deben observarse los principios de subsidiaridad, última *ratio* e intervención mínima.

²⁵² Vid. la crítica al Derecho Penal simbólico como instrumento de engaño, en HASSEMER, Winfried. "Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos." En: Pena y Estado. N° 1, sep-dic. (Barcelona 1991) p. 23 y ss.

²⁵³ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito", cit., pp. 27 y ss. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La autoría en Derecho Penal, cit., p. 82, 611 y ss.

²⁵⁴ Sigo en este punto a BERDUGO y otros. Lecciones de Derecho Penal Parte General, cit., p. 7-10.

²⁵⁵ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito", cit., pp. 25-26, pese a aportar criterios positivos para entender estos principios, no deja de destacar el imperativo de avanzar hacia ulteriores concreciones. Así, señala que "el merecimiento y la necesidad de pena son principios materiales que operan tanto en la fundamentación como en la limitación y la exclusión de todos los elementos del delito, pero también en la de otros requisitos de la pena no referidos al hecho. No deben entenderse, sin embargo, como categorías sistemáticas autónomas. Se comportan entre sí como círculos secantes, es decir, que ambos tienen puntos comunes con influencia recíproca, pero también es cierto que cada principio expresa criterios diferentes y propios. Por lo demás, estos principios necesitan todavía una concreción mucho mayor de su contenido, si es que se pretende aplicarlos de forma más precisa y clara de como se viene haciendo habitualmente", cursiva por mi cuenta.

²⁵⁶ Tal tensión puede explicarse, en general, como la oposición entre garantismo y eficacia. Así también, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Prólogo. En: Rodas Monsalve, Julio César. Protección penal y medio ambiente, cit., p. 2.

²⁵⁷ MUNOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal y control social. Jerez de la Frontera; Fundación Universitaria 1985, p. 28.