

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Escuela de Derecho

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias jurídicas

**La teoría del bien jurídico como base irrenunciable del
Derecho penal liberal frente a la tesis de vigencia de la norma
de Jakobs**

Autor: Rubicel Guerrero Lillo
Profesor guía: José Luis Guzmán Dálbora

INTRODUCCIÓN

“Más allá de la consideración de los valores el Derecho pierde su razón de existir y se transforma fatalmente en un instrumento de terror o en un mecanismo de profilaxis social”

(BETTIOL, *Derecho penal*, p. 242)

El concepto de bien jurídico es fundamental tanto en la Dogmática jurídico-penal como en la Política criminal. Sin embargo, no existe consenso en la doctrina respecto de su concreto contenido ni de las funciones que debe cumplir, e incluso, hay criminalistas que refutan la importancia atribuida al bien jurídico y patrocinan su retirada de la Ciencia penal.

Pues bien, el objeto de nuestro trabajo es reafirmar la relevancia del concepto de bien jurídico en la actual Ciencia penal, en especial frente a la teoría funcionalista sistémica de Jakobs que prescinde de este concepto en la base de su construcción penal y lo sustituye por la vigencia de la norma.

Comenzaremos describiendo las etapas fundamentales de la evolución de la teoría del bien jurídico y las funciones que a éste se han atribuido, y destacaremos el antecedente de este concepto fijado por Feuerbach que, sin lugar a dudas, sienta las bases liberales sobre las que Birnbaum desarrollará el concepto de “bien” como límite del *ius puniendi* estatal. Luego, recorreremos las principales concepciones elaboradas a lo largo de la historia del Derecho penal, las que, por supuesto, se ven influidas por el contexto político en que se desarrolla cada cual y pone de manifiesto que no siempre el concepto de bien jurídico fue sustentado en la doctrina liberal. Pasar revista a éstas, aunque sea sucintamente, constituye a nuestro entender, una condición indispensable para la comprensión del estado actual de la discusión.

La teoría del bien jurídico tuvo su punto culminante de reconocimiento en los procesos de despenalización y descriminalización que se realizaron entre los años sesenta y ochenta del pasado siglo en diversos países. Sin embargo, luego de esto, el debate en torno al bien jurídico no se desarrolló con una profundidad importante, hasta estos últimos años, en los que la polémica en torno a él ha tomado fuerza nuevamente, máxime por los especiales rasgos que ha adquirido el Derecho penal en la actualidad.

En este contexto, en que se constatan nuevos fenómenos sociales, culturales, políticos y económicos, surgen voces que describen la “crisis” que experimenta el bien

jurídico, cuestionando la real capacidad político criminal que éste posee, y en vista de las tendencias legislativas que confirman el abandono del principio de ofensividad en el Derecho penal -tales como la tipificación de delitos que protegen bienes jurídicos supraindividuales de perfiles vagos, el excesivo adelantamiento de las barreras punitivas o la conservación de delitos que no protegen bien jurídico alguno-, propugnan su sustitución por otro concepto.

Entre los detractores contemporáneos de la teoría del bien jurídico, se distingue Günther Jakobs, debido a la innegable influencia que ha ejercido en una nueva generación de penalistas, principalmente de Hispanoamérica.

Por ello nos centraremos en el análisis de su tesis, nos referiremos a las bases sociológicas en que sustenta su pensamiento para en seguida profundizar en su teoría, con la finalidad de analizar su postura respecto del concepto de bien jurídico y las razones que esgrime para reemplazarlo, lisa y llanamente, por el de vigencia de la norma.

Finalmente, junto con desechar la postura de Jakobs en razón de las desastrosas consecuencias de corte dogmático y político criminal a que conduce, propondremos los contenidos mínimos que debería gozar un concepto de bien jurídico material idóneo para trabajar tanto en la propia teoría del delito como en la limitación del *ius puniendi* estatal. De este modo, pretendemos precisar los contornos del debate en torno a las funciones que debe cumplir el bien jurídico en el seno de la Ciencia penal actual, con el fin de reafirmar su elevada trascendencia en la construcción de un Derecho penal que cumpla las exigencias de un Estado liberal y democrático de Derecho.

CAPÍTULO PRIMERO

Teoría del bien jurídico penal. Antecedentes, evolución y funciones

1. Antecedente liberal del bien jurídico. Tesis de los derechos subjetivos como objeto de protección

El siglo de las Luces, caracterizado por el triunfo de la razón y la conquista de derechos de la burguesía frente a la monarquía, tuvo su concreción, en las postrimerías de dicho siglo, en el Derecho penal, con la tesis de los derechos subjetivos propugnada por P. A. von Feuerbach.

Feuerbach representa el pensamiento individualista y liberal que primó en la Ilustración. Concibe al Estado como producto del contrato social y señala que “un Estado es una sociedad civil organizada constitucionalmente mediante el sometimiento a una voluntad común, siendo su principal objetivo la creación de la *condición jurídica*, es decir, la existencia conjunta de los hombres conforme a las leyes del derecho”¹. En este contexto, aclara que “el que lesiona la libertad garantizada por el contrato social y asegurada mediante leyes penales comete un *crimen*”², esto es, entiende el delito como una lesión de derechos asegurados por el Estado a los partícipes del pacto social³.

Al entender al delito como una lesión de derechos, Feuerbach alude a derechos subjetivos –que llamó “derechos externos”- derivados de la razón y no del deber de respetarlos⁴, es decir, absolutamente independientes de la moral. Esta visión del Derecho penal desprovista de valoraciones morales tendrá repercusiones, ya que su pensamiento se concretó en el Código penal de Baviera, que justamente se caracterizó por la falta de incriminación de delitos contra la religión y la moral. Y es con el objeto de incluir, o más bien, justificar esta clase de delitos, que Birnbaum, producto de la

¹ FEUERBACH, PAUL JOHANN ANSELM VON, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*. Traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Hammurabi, colección “Criminalistas perennes”, número 1, 2ª edición, Buenos Aires, 1989, p. 58.

² Ídem, p. 64.

³ Cfr. NIÑO, LUIS FERNANDO, *El bien jurídico como referencia garantista*. Editores del Puerto, Argentina, 2008, p. 3. Señala que “Feuerbach entendía que el delito era la lesión del derecho subjetivo a ser respetado, emergente del contrato social e identificable, en última instancia, con la libertad retenida tras el pacto o contrato (...)”.

⁴ Cfr. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, “Ensayo preliminar: Anselm v. Feuerbach: Perspectiva actual de su antropología jurídica” en FEUERBACH, *op.cit.*, pp. 19-20. En este sentido, apunta que para Feuerbach “los derechos debían entenderse en sentido subjetivo, no derivándose del deber de respetarlos, sino como anteriores a ese deber y reconocibles por medio de la razón. El principal aporte feuerbachiano fue, pues, una derivación crítica de los derechos del hombre, distinta, precedente e independiente de la kantiana”.

crítica de la tesis de lesión de derechos, instaura el concepto de “bien”⁵.

Para Feuerbach el derecho subjetivo, integrado por una facultad jurídica privada o una atribución externa e individual, representa el núcleo esencial del delito⁶. Conforme a esto, concluye que si no existe un derecho subjetivo involucrado no puede hablarse de delito alguno.

El mayor aporte de esta teoría de los derechos subjetivos es, indudablemente, su atributo liberal. Constituye una limitación al poder del legislador penal, al exigir, en la configuración de tipos penales, la presencia de un derecho subjetivo como objeto protegido, por lo que el Estado no podría incriminar conductas sin que impliquen una violación a un derecho subjetivo⁷. En este sentido, es conocida la crítica de Feuerbach a Gallus Kleinschord respecto a una clase de delitos que éste elaboró para el Código penal de Baviera, en especial el delito de alta traición que lo definía como “la acción dolosa orientada en el sentido de alterar la Constitución vigente”, oponiéndose a la tal redacción, puesto que cualquier acción, incluso una lícita podría configurar el delito con el único requisito de actuar dolosamente, omitiendo la exigencia de violación de un derecho subjetivo.

Esta teoría, sin embargo, no estuvo exenta de críticas, en especial referidas a la constatación de una serie de delitos que ofenden intereses no protegidos en forma de derechos subjetivos, y respecto de los cuales existe amplio consenso sobre la necesidad de su conminación penal, por ejemplo, delitos contra la seguridad interior o exterior del Estado, economía, salud pública, entre otros. Frente a los cuales, la distinción de Feuerbach entre delitos e infracciones de policía, además de confusa, no dio una solución convincente.

Es este estado de cosas, el que dará origen a la formulación, en la dogmática penal, del concepto de bien jurídico, pero no debemos dejar de señalar que es de la concepción feuerbachiana del Derecho penal y del Estado que surge el punto de partida necesario para plantear adecuadamente el complejo problema de los bienes jurídicos.

⁵ Cfr. TAVARES, JUAREZ E. X., *Bien jurídico y función en el Derecho penal*. Traducción de Mónica Cuñarro. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p.20. Al respecto señala que “es preciso resaltar –por el contrario– que ese sentido material del concepto de bien jurídico, que hoy se disfruta como fundamento de cualquier incriminación, aún no había nacido en Birnbaum. Este, en verdad, tenía otro propósito, con su elaboración, que era el de adecuar la teoría jurídica del delito a las normas del Derecho penal vigente, las que entraban en conflicto con la idea de violación del derecho subjetivo, principalmente en relación con los llamados delitos contra la religión, el Estado o la comunidad”.

⁶ Cfr. POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, *El bien jurídico en el Derecho penal*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974, p. 96.

⁷ Ídem, p. 98. Señala que “la propia noción de titularidad que le sirve de base, y que es comprobable en cada descripción legal de conductas típicas, ejerce una función delimitadora del poder del legislador penal.” En sentido análogo destaca otro aspecto positivo al sostener que “el carácter inequívoco que en determinados tipos de delito ofrece la comprobación de existencia de derechos subjetivos, susceptibles de reconocimiento preciso, como concreto objeto de tutela”.

2. Instauración del bien jurídico en la dogmática penal

2.1. Concepción iusnaturalista de bien de Birnbaum como límite del *ius puniendi*

Birnbaum fue el primero que expuso la idea sobre bienes jurídicos tutelados por el delito⁸ en un artículo publicado en 1834⁹. En él, refuta la noción de delito como lesión de derechos subjetivos, puesto que un derecho no puede ser sustraído ni disminuido y concluye que las conductas incriminadas sólo podrían recaer sobre un “bien”, concebido como un “*objeto de nuestro derecho (...) que nos compete jurídicamente*”¹⁰, es decir, un objeto de derecho que es atribuible a una persona.

Debemos mencionar que Birnbaum no utilizó la locución “bien jurídico” sino simplemente “bien”, y tampoco definió el concepto de bien, sino que habla de “bien” en relación con el concepto natural de lesión que “referimos a una *persona* o una *cosa*, en especial una cosa que concebimos como *nuestra*, o algo que para nosotros es un *bien*, que la acción de otra persona puede *substraer* o *disminuir*”¹¹.

La postura de Birnbaum representa un avance respecto a la teoría de lesión derechos subjetivos, ya que instala el bien jurídico en una posición más allá del derecho, esto es, sustenta una concepción trascendente, y, señala que el contenido de éstos viene dado, sea por la naturaleza, sea por el desarrollo social, por lo tanto, al Estado sólo le corresponde reconocerlos, no establecerlos.

Birnbaum en cierto sentido amplió la visión de Feuerbach, pero igualmente estableció límites a su postura, al señalar que el objeto del delito está constituido por “un bien que el poder público ha de garantizar parejamente a cada cual, siempre que no quepa conseguir una garantía general sino a través de la conminación de una pena determinada (...)”¹². Esta exigencia y el hecho de que el contenido del bien no dependa de una decisión del Estado, a nuestro entender, determinan el carácter liberal de la concepción de Birnbaum, que representa un límite al arbitrio estatal en la configuración de delitos¹³, aun cuando en el contexto político en que se encontraba, en

⁸ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Tratado de Derecho penal*. Losada, Buenos Aires, t. III, 1950, p. 88. En relación a ello observa que “fue Birnbaum quien expuso estas ideas; pero pertenece a Ihering el mérito de haber construido con estos pensamientos todo un sistema de Filosofía jurídica, que tanto eco tuvo en Merkel y en Von Liszt”.

⁹ Se hace referencia al artículo titulado “Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito” publicado en *Archiv des Criminalrechts* en el año señalado.

¹⁰ BIRNBAUM, JOHANN MICHAEL FRANZ, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, publicado en *Archiv des Criminalrechts*, 1834, traducción directa del alemán por el Dr. Dr. h. c. José Luis Guzmán Dálbora, catedrático de Derecho penal en la Universidad de Valparaíso, aún inédita, p. 15.

¹¹ Ídem, p. 4.

¹² Ídem, p. 18. En sentido análogo lo destaca FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*. Trotta, 7ª edición, Madrid, 2005, p. 468.

el hecho no haya cumplido su cometido.

Conforme a lo anterior, le podemos atribuir el mérito, además de haber trasladado la discusión del ámbito normativo al de la realidad y sentar las bases del ulterior desarrollo del concepto de bien jurídico en la dogmática penal, el de permitir, como destaca Amelung, la distinción entre lesión y puesta en peligro y facilitar la clara diferenciación entre tentativa y consumación”¹⁴.

La concepción de Birnbaum no ha estado exenta de críticas, entre ellas podemos subrayar la dirigida contra la amplitud del concepto de “bien”, que no se encuentra definido en términos precisos, y, la que de un sector de la doctrina que le reprocha el hecho de no constituir un límite al *ius puniendi* estatal y, en definitiva, significar una ruptura con los principios liberales de la Ilustración¹⁵.

No obstante lo anterior, el planteamiento de Birnbaum se considera la base sobre la cual habrá de construirse la teoría del bien jurídico, a pesar que, en su momento, no suscitó mayores repercusiones, y tuvo que esperar unos años para ser considerado en la ciencia penal.

2.2. Concepción iusracionalista de bien jurídico inmanente a la norma de Binding

Karl Binding, fue quien rescató del olvido la obra de Birnbaum, y, paradójicamente, prescindiendo de toda referencia a la naturaleza y el desarrollo social como pauta para dispensar contenido al bien jurídico, fue el primer representante de la concepción de bien jurídico inmanente.

Este autor realizó uno de los mayores aportes a la ciencia del Derecho penal al formular su teoría de las normas que, en líneas generales, plantea que el delincuente no contraviene la ley penal sino que, por el contrario, cumple con lo señalado en ella; lo que infringe son las normas, disposiciones anteriores a la ley penal, que prohíben u ordenan determinadas conductas y que se deducen de ellas. Por lo tanto, el delito es el quebrantamiento de la norma, entendida como deber jurídico de las personas físicas, y

¹³ Cfr. NIÑO, op. cit., p.6. A propósito de la explicación de Birnbaum referida a que el bien debe ser tutelado por el Estado, siempre que esta tutela no pueda ser realizada más que mediante la amenaza de una pena determinada, señala que “tal salvedad, incompatible con la imagen de un legislador penal omnipotente, reubica a Birnbaum en la senda del reduccionismo heredera de la Ilustración. Desde esta perspectiva podría argumentarse, en sentido opuesto a la erudita explicación de Hormazábal, que habría sido la prudencia en la formulación analizada la causa que la obra de Birnbaum haya pasado prácticamente desapercibida para sus contemporáneos, en épocas en que el absolutismo volvía por sus fueros”. En sentido discrepante, por nombrar sólo algunos, AMELUNG, KNUT, “El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en AA. VV. HEFENDEHL, ROLAND (ed.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación o juegos de abalorios dogmático?* Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 227 y ss., MIR PUIG, SANTIAGO, *Introducción a las bases del Derecho penal: concepto y método*. B. de F., 2ª edición, Montevideo, 2003, pp.112-113.

¹⁴ Cfr. FERNÁNDEZ, GONZALO D., *Bien jurídico y sistema del delito: un ensayo de fundamentación dogmática*. B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2004, p. 16.

¹⁵ Cfr. HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*. Lexis Nexis, 2ª edición, Santiago, 2006, pp. 25 y ss.

es también, como contrapartida, una lesión del derecho subjetivo de sometimiento, cuyo titular es el Estado, en cuanto creador de la norma. En palabras de Binding “la lesión de este derecho subjetivo de mandar es la única llamada lesión de un derecho esencial en todos los delitos”¹⁶. Binding admite, eso sí, que el derecho subjetivo no puede ser objeto de lesión inmediato, sino que es en los bienes jurídicos donde se concreta tal lesión, así señala a modo de metáfora que “en la superficie de la desobediencia se esconde la lesión del bien como núcleo”¹⁷.

Siguiendo este razonamiento, el bien jurídico es creado por la norma, se encuentra establecido dentro del contenido de ésta, en otras palabras, el bien jurídico es inmanente a la norma. Luego, define el bien jurídico como “todo lo que en sí mismo no es un derecho, pero que en los ojos del legislador es de valor como condición de la vida sana de la comunidad jurídica, en cuyo mantenimiento incólume y libre de perturbaciones tiene interés desde su punto de vista y que por ello hace esfuerzos a través de sus normas para asegurarlo ante lesiones o puestas en peligro no deseadas”¹⁸. Es decir, la determinación del bien jurídico ya no depende de la naturaleza, ni del desarrollo social, sino que absolutamente de la decisión del legislador, se trata, por lo tanto, de “un juicio de valor del legislador, que le da la categoría de bienes jurídicos, sin otra limitación que su propia consideración y la de la lógica”¹⁹.

Esta concepción es criticada, principalmente, debido a su excesivo normativismo. En ella, el bien jurídico aparece formalizado, no tiene el carácter limitador del *ius puniendi* que tenía la posición de Birnbaum, ya que se identifica con la norma, el bien jurídico es creado por la norma, por lo que el Estado no tiene más límites que su propia voluntad, la que se deberá autorestringir con el objetivo de mantener incólume y libre de perturbaciones la vida sana de la comunidad, según su concepto de bien jurídico, pero, claro está, sin más exigencias ni obstáculos que realizarlo conforme al procedimiento establecido para la formación de leyes. Por lo tanto, el individuo queda totalmente sometido al Estado, como dice Bustos “pasa a ser un simple destinatario de la norma y nada más”²⁰, sin disponer de recursos para enfrentarse a la arbitrariedad del poder estatal.

¹⁶ Citado por HORMAZÁBAL, op. cit., p. 35.

¹⁷ Citado por BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho penal*. Parte general. Ariel, 3ª edición, Barcelona, 1989, p. 46.

¹⁸ Ídem, p. 47.

¹⁹ Citado por HORMAZÁBAL, op. cit., p. 37.

²⁰ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Obras completas*. Ediciones jurídicas de Santiago, 2ª edición, Santiago, 2007, tomo I, p. 246.

2.3. Concepción positivista naturalista de bien jurídico de Von Liszt. El bien jurídico como concepto límite

Frente a la postura de Binding, se alzó el planteamiento de Franz von Liszt, y, a pesar de ser ambos de cuna positivista, sus concepciones son radicalmente opuestas, ya que este último traslada la discusión acerca del contenido del bien jurídico desde plano conceptual en que se encontraba, al plano real, al formular un concepto material de bien jurídico totalmente contrapuesto a la concepción formalista de bien jurídico sustentada por el primero.

Von Liszt señala que “bien jurídico es el interés jurídicamente protegido”²¹ y, en seguida afirma, respecto al origen de estos intereses, que “todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad”²², destacando que “los intereses vitales resultan de las relaciones de la vida entre los mismos individuos o entre los particulares y la sociedad organizada en Estado y viceversa”²³, por lo que se concluye que los bienes jurídicos son creaciones de la vida, preexistentes al orden jurídico, y éste no hace más que reconocerlos otorgándoles protección, y en este sentido “eleva el interés vital a bien jurídico”²⁴.

Liszt aplicó al Derecho penal la idea de fin desarrollada por Ihering en la Filosofía del Derecho, y de acuerdo a esto, señala que “si el Derecho tiene como misión principal el amparo de los intereses de la vida humana, el Derecho penal tiene como misión peculiar la defensa más enérgica de los intereses especialmente dignos y necesitados de protección por medio de la amenaza y ejecución de la pena, considerada como mal contra el delincuente”²⁵. Por lo tanto, el fin del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos²⁶.

Considerando esto, las normas penales se deben entender e interpretar de acuerdo a este fin, y, será la Política criminal la rama encargada de cumplir este cometido. De ahí que considera el bien jurídico como el punto de unión del Derecho penal con la Política Criminal, en palabras de von Liszt como “concepto límite de la

²¹ VON LISZT, FRANZ, *Tratado de Derecho penal*. Traducción de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa. Hijos de Reus, Madrid, 1914 – 1917, t. II, p. 2.

²² *Ibidem*.

²³ *Ídem*, p. 3.

²⁴ *Ídem*, p. 2.

²⁵ *Ídem*, p. 5.

²⁶ Cfr. FIANDACA, GIOVANNI, y MUSCO, ENZO, *Derecho penal*. Parte general. Traducción de Luis Fernando Niño. Temis, Bogotá, 2006, p. 34. A propósito de la obra de Liszt, señala que “se trata del primer intento riguroso por concebir el Derecho penal como instrumento de tutela de bienes jurídicos, intento que es fruto de una concepción de fondo que valora la idea de *finalidad* en el Derecho penal, teorizada más genéricamente por Ihering”.

lógica jurídica abstracta”²⁷, que impide, tajantemente, un tratamiento formal y exclusivamente lógico-jurídico del Derecho²⁸.

Los aportes de von Liszt a la ciencia del Derecho penal son diversos, tales como la irrupción de la idea de fin, su teoría de las normas, la diferenciación entre antijuridicidad material y formal, entre otros. Pero, debemos destacar el perfil liberal de su concepción, al pretender establecer un concepto de bien jurídico material a partir de la vida, de la realidad social, que actúe como límite al *ius puniendi* en la configuración de delitos y como hilo conductor entre el Derecho penal y la Política criminal, que facilite una continua revisión del ordenamiento positivo vigente²⁹.

Sin embargo, se le han reprochado a Liszt varios aspectos, como la insuficiente demarcación entre bien e interés, la distinción entre objeto de lesión abstracto y concreto, que -según se ha señalado- contribuyó a la posterior desmaterialización del concepto de bien jurídico, y, en términos generales, la imprecisión y vaguedad del propio concepto de bien jurídico³⁰, por lo que la pretensión de actuar como criterio limitador de la voluntad estatal, resulta, en definitiva, “más enunciada que satisfecha”³¹.

Pese a las críticas formuladas en su contra, no caben dudas que la concepción de Liszt constituyó un gran aporte a la evolución histórica-dogmática del concepto de bien jurídico en el Derecho penal.

3. Breve reseña de la evolución de la teoría del bien jurídico

3.1. Concepciones que reducen el bien jurídico a un criterio teleológico

La teoría del bien jurídico, a comienzos del siglo XX, cae en una “desmaterialización”, principalmente, por influencia del neokantismo en la doctrina penal alemana³², que, como reacción antipositivista, hace resurgir la filosofía kantiana, totalmente postergada durante casi un siglo.

²⁷ Citado por BUSTOS, *Manual*, op. cit., p. 48.

²⁸ Cfr. POLAINO NAVARRETE, op. cit., p. 115. Menciona que von Liszt entiende por concepto-límite aquel concepto que partiendo del ámbito de una Ciencia, penetra en el dominio de otra y, al establecer la conexión entre ambas ramas científicas, prueba la profunda coherencia que garantiza la recíproca utilidad de las mismas.

²⁹ Cfr. FERNÁNDEZ, op. cit., p. 22. Señala que “al situar al bien jurídico no como un “bien del Derecho” sino como un “bien de la vida”, esto es producto de la realidad social, “está sujeto permanentemente a revisión crítica, expuesto a su constante desaparición, mantenimiento o modificación”.

³⁰ Cfr. BUSTOS, *Manual*, op. cit., p. 48. Señala que “además al colocar el bien jurídico en la lógica jurídica abstracta, aunque sea en su límite, lo desposeyó de toda concreción y paradójicamente de toda realidad social, a pesar de que surgía de la vida (de la realidad social), de ahí también la dificultad de su precisión y la consecuente tendencia a su espiritualización”.

³¹ FIANDACA y MUSCO, op.cit., p. 34.

³² Cfr. BUSTOS, *Manual*, op. cit., p.49. El neokantismo influyó, en especial en la Escuela Sudoccidental alemana, y en menor medida en la Escuela de Marburgo.

El punto de partida de estas concepciones es la equiparación de los valores a la idea de fin. En efecto, Richard Honig, cuya doctrina podemos considerar como sustentadora de estas concepciones teleológicas, entiende que el fin del Derecho penal es la protección de los valores sociales, es decir, los valores son el objeto protegido por el delito, y, por consiguiente define el bien jurídico como “una fórmula sintética en la que el legislador ha reconocido el fin que persigue cada una de las prescripciones penales”, o bien como una “síntesis categorial con la cual el pensamiento jurídico se esfuerza en captar el sentido y fin de las prescripciones penales particulares”³³

Como se puede apreciar, se despoja al bien jurídico de todo contenido material, quedando reducido a simple criterio de interpretación teleológica de los preceptos penales, perdiendo todo afán garantista como fundamento de legitimación del injusto penal.

Esta corriente fue seguida por un numeroso grupo de autores³⁴, entre los cuales, se destaca la Escuela de Marburgo, representada por Leopold Zimmerl y Erich Schwinge, quienes, análogamente, plantean que “la teoría del bien jurídico en su configuración actual ve en la idea de bien jurídico aquel concepto fundamental del Derecho penal que es expresión para el principio directriz de toda interpretación y constitución de conceptos”³⁵.

Estas concepciones llegan a identificar el bien jurídico con la *ratio legis* que debe orientar la interpretación de los tipos penales, se trata de una categoría abstracta que traduce el fin de la norma, carente de todo contenido real y concreto, y es por esta razón, que en la Dogmática penal se refieren a este proceso como “espiritualización”, y más drásticamente, “evaporación” del concepto de bien jurídico.

Esta noción de bien jurídico no está exenta de reparos, y, entre ellos, se señala que conduce a un razonamiento circular, a “un círculo hermenéutico vicioso, ya que – se dice-, habiéndose identificado detrás de la noción de bien jurídico no otra cosa que la misma *ratio legis* expresada en su fórmula más concisa (la célebre definición de Richard Honig), se interpretaría la norma para buscar esta *ratio* y luego se buscaría esta *ratio* para interpretar la norma”³⁶.

Sin embargo, la crítica más severa que se dirige contra estas concepciones

³³ Citado por HORMAZÁBAL, op. cit., p. 56.

³⁴ Cfr. BUSTOS, *Obras completas*, op. cit., tomo I, p. 269. Señala que “el neokantismo tuvo una importante participación en la ciencia penal, en especial a través de la escuela sudoccidental alemana. Varios son los autores que reciben su influencia, Gustav Radbruch, Edmund Mezger, Max Ernst Mayer”. Sobre Mayer, ver GUZMÁN DÁLBORA, JOSÉ LUIS, “Bien jurídico y norma de cultura: revisión de la teoría de Max Ernst Mayer” en *Separata de Revista de Derecho penal y criminología*, 1993, N° 3, pp. 227 – 240.

³⁵ Citado por BUSTOS, *Manual*, op. cit., p. 49.

³⁶ GUZMÁN DÁLBORA, “Bien jurídico...”, op. cit., p. 238.

teleológicas, es la pérdida del carácter garantista del concepto de bien jurídico, puesto que al formalizarlo a tal punto de llegar a identificarlo con el fin de cada norma penal, se entiende, en definitiva que “el objeto protegido consiste en la finalidad perseguida por el legislador”³⁷, y no en un bien o valor que legitime la conminación penal. Se renuncia así, a la oportunidad de fijar restricciones al poder del legislador, ya que cualquier decisión de éste, se encontraría justificada, sin necesidad de someterse a un control de legitimación.

3.2. Escuela de Kiel. Negación del bien jurídico

La escuela de Kiel, de orientación marcadamente nacionalsocialista y representada, principalmente, por Georg Dahm y Friedrich Schaffstein, considera el bien jurídico como un concepto inútil, y, tomando en cuenta que la discusión en torno al bien jurídico en aquella época lo había relegado a un simple criterio de interpretación, no dejaban de tener algo de razón, pero, pese a todo, se reconocía a este concepto su raigambre liberal individualista.

Es justamente contra la carga liberal del bien jurídico que se dirigían los ataques de estos autores. En efecto, no aceptan un límite a la voluntad del Estado, que, según ellos, no es más que un intérprete del “espíritu del pueblo”, un pueblo entendido como un ente con vida propia, distinto de los individuos que lo conforman, con caracteres comunes de sangre, suelo y tradiciones, un ser real con espíritu y voluntad propia. En este contexto, el “espíritu del pueblo” es fuente del Derecho, y “si el derecho es un orden concreto del pueblo, el delito equivale a un concreto contraste con él, luego a la *fidelidad* del individuo con su pueblo. Por eso el delincuente es siempre un traidor, y lo esencial del delito es la lesión del deber (de fidelidad)”³⁸.

Al afirmar que lo esencial del delito es la lesión del deber de fidelidad del individuo para con su pueblo, en el fondo reemplazan el contenido del injusto, constituido hasta ese momento por el bien jurídico, por la infracción del deber.

Hay que advertir que producto de la controversia sostenida por años con los seguidores de la Escuela de Marburgo, principalmente Schwinge y Zimmerl, los autores de la Escuela de Kiel, en especial Schaffstein, llegaron a reconocer el bien jurídico, al esclarecer que la crítica formulada por ellos iba dirigida al carácter de dogma que gozaba éste en la tradición liberal, como fundamento único del injusto. De acuerdo con esta reformulación, admitieron que en la mayoría de los delitos es dable

³⁷ POLAINO NAVARRETE, op. cit., p. 146.

³⁸ BUSTOS, *Manual*, op. cit., pp. 49-50.

identificar un bien o valor tutelado, mas no en todos³⁹, y que si bien es cierto debe ser tenido en cuenta en la interpretación de los tipos penales, no puede ser considerado en sentido exclusivo y excluyente como configurador del contenido del injusto, sino que existen otros factores trascendentes a este respecto, tales como el momento de la traición, la relevancia de la personalidad del autor, la posición de deberes del autor, entre otros.

Como podemos apreciar, esta escuela despoja al bien jurídico de su contenido garantista, al propugnar de manera prevalente –cuando no unilateral- el principio de contrariedad al deber⁴⁰, minorando el bien jurídico a uno más de entre los diversos criterios de determinación del contenido del injusto, del todo prescindible en ciertos delitos ; muy por el contrario, se revela su marcado tinte de autoritarismo, a tal punto de llegar a identificar el pueblo con el Estado, y a su vez éste con el jefe de Estado, por lo que, como señala Bustos “la voluntad del pueblo se confunde con la del jefe de Estado, luego, no hay pues ninguna limitación a su voluntad”⁴¹.

Esta formulación totalitaria, criticada de forma casi unánime por la doctrina, evidentemente no prosperó, y dio paso al renacimiento de la teoría del bien jurídico de raíces liberales.

3.3. Reparación de la teoría del bien jurídico. Visión trascendente de Welzel

Después de la Segunda Guerra Mundial, con la caída del Tercer Reich, los planteamientos de Welzel sobre el bien jurídico tendrán eco en el foro penal, no obstante haber sido formulados con varios años de antelación.

La concepción de Hans Welzel acerca del bien jurídico está determinada por su visión finalista de la teoría del delito. En este contexto, reestructura la teoría de la acción y la concibe como una conducta dotada de sentido y significación por el sujeto activo. Esta concepción, a grandes rasgos, traslada el dolo y la culpa al injusto, lo que, a su vez, trae como consecuencia que el injusto pase de ser objetivo a ser personal. Y es, precisamente, como corolario de este razonamiento, que Welzel entiende que el fundamento del injusto está constituido primeramente por la infracción de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social y no por la lesión de bienes jurídicos.

Luego, el profesor de Bonn sostiene que “la misión del Derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de la conciencia, de carácter ético-social, y

³⁹ Cfr. BUSTOS, JUAN, *Introducción al Derecho penal*. Temis, Bogotá, 1986, p. 171-172. Indica que para Schaffstein existen delitos que sólo se pueden explicar sobre la base de la teoría de la lesión del deber, por ejemplo los delitos especiales propios y muchos pertenecientes al Derecho penal militar.

⁴⁰ Cfr. POLAINO NAVARRETE, op. cit., pp. 178 y ss.

⁴¹ BUSTOS, *Manual*, op. cit., p. 50.

sólo por inclusión la protección de bienes jurídicos particulares”⁴², y así le otorga a la función de protección de bienes jurídicos un carácter secundario, en tanto que la misión principal del Derecho penal radicaría en la formación de los ciudadanos en dichos valores.

Ahora bien, conforme a esa función ético-social que le asigna al Derecho penal, Welzel describe el bien jurídico como “un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente”⁴³, recupera la visión trascendente del bien jurídico, aclarando que éste puede manifestarse como objeto psicofísico, como estado real, como relación vital, como relación jurídica e incluso como conducta de un tercero, en síntesis, señala que “bien jurídico es todo estado social deseable que el Derecho quiere resguardar de lesiones”⁴⁴.

El mérito de Welzel es haber reinstalado el bien jurídico en el debate dogmático penal, luego de su “espiritualización” y posterior supresión por la Escuela de Kiel. Reaparece el bien jurídico provisto de un contenido material y trascendente, un contenido social que aclara al afirmar que el propio orden social está constituido por la suma de los bienes jurídicos. Con esto, nuevamente el bien jurídico retoma su carácter liberal y garantista frente al poder del Estado.

Como podemos apreciar, la protección del bien jurídico se encuentra mediatizada en favor de los valores de acto. Esto, unido a la consideración de que es inherente a la conciencia de las personas el acatamiento de los deberes ético-sociales y, que, por tanto, se confunde la protección jurídica con la protección moral⁴⁵, provoca una pérdida de sustancia de la noción del bien jurídico, que, como bien señala Bustos “produce iguales efectos que su espiritualización o bien que el planteamiento de la inmanencia de Binding”⁴⁶.

La concepción de Welzel acerca del bien jurídico está subordinada a la visión “*etizante*” que le imprime al Derecho penal, la cual no está exenta de críticas, en especial por contradecir los principios fundamentales de un Derecho penal democrático y el consiguiente riesgo de convertir al Derecho penal en un derecho programático⁴⁷, esto es, de orientación de las conductas deseadas por el Estado, con los

⁴² WELZEL, HANS, *Derecho penal alemán*. Parte general. Editorial Jurídica de Chile, 11ª edición, Santiago, 1976, p. 15.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Cfr. TAVARES, op. cit., p. 32.

⁴⁶ BUSTOS, *Manual*, op. cit., p. 51.

⁴⁷ Cfr. TAVARES, op. cit., p.33. A propósito sostiene que “el gran problema que presenta el ontologismo es el de imprimir al Derecho penal un contenido programático de orientación de conductas, y dejar de concebirlo dentro de sus límites y garantías. Al lado de la inconstancia del proceso de descubrimiento de

evidentes riesgos políticos que esto trae aparejado⁴⁸. Sin embargo, a pesar de estos reparos, no podemos negar que gracias a Welzel la noción de bien jurídico recuperó trascendencia en la teoría del delito y se transformó en referente de las nuevas corrientes político criminales que han de sucederle.

3.4. Teorías actuales del bien jurídico⁴⁹

Nos referimos, a las teorías surgidas luego de la posguerra, que en general, se sitúan en un contexto histórico de gran valoración del Estado social y democrático de Derecho, y, específicamente, en el ámbito penal, un resurgimiento de la Política criminal. En el fondo, estos planteamientos son producto de un giro en la discusión sobre el bien jurídico, que, en su mayoría, reconoce el sustrato social del bien jurídico, ya sea determinado directamente por una teoría sociológica, o bien, con referencia a la Constitución.

De acuerdo a lo anterior, podemos encontrar dos grandes corrientes, una de raíz sociológica, y de raíz constitucional.

3.4.1. Concepciones del bien jurídico con bases sociológicas

Estas concepciones son de la más variada índole, y tienen en común el punto de partida, cual es la búsqueda de la legitimación de la conminación penal en teorías sociológicas, que persiguen dotar al bien jurídico de contenido material, y, en general, lo tienden a visualizar “como situaciones o estados de particular valor social, a los cuales deviene imprescindible tutelar penalmente”⁵⁰.

Esta orientación cuenta con diversos exponentes, entre los que figuran Knut Amelug, Winfried Hassemer, Harro Otto, Rolf-Peter Calliess, Günther Jakobs, Francisco Muñoz Conde, Gonzalo Quintero Olivares, Santiago Mir Puig, Emilio Octavio de Toledo, José Manuel Gómez Benítez, por nombrar algunos.

En este contexto, la corriente sociológica que influyó en mayor medida en los penalistas que sostienen estas concepciones, indiscutiblemente, fue el funcionalismo, en sus diversas vertientes, desde sus versiones más estrictas, como podemos apreciar en la teoría de Knut Amelug y de Günther Jakobs, o bien, en sus versiones menos

esos valores ético sociales, no muy claramente definidos, el Derecho penal puede ser usado, conforme el destino político que se dé a la incriminación, como un instrumento ideológico muy peligroso”.

⁴⁸ Cfr. WELZEL, op. cit., p. 17. El mismo Welzel advirtió los riesgos que se podrían presentar cuando se entiende que el Derecho penal se extiende más allá de sí mismo y no se limita al castigo de las lesiones de los elementales deberes ético-sociales.

⁴⁹ Son innumerables los autores que, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, han planteado teorías en torno al bien jurídico. La idea en este punto, no es ahondar en detalles, lo que es prácticamente inabarcable, sino que presentar, en términos muy generales, las diversas tendencias en torno a las cuales gira la discusión actual acerca del bien jurídico, para luego avocarnos al análisis del planteamiento de Günther Jakobs.

⁵⁰ FERNÁNDEZ, op. cit., p. 56.

ortodoxas que toma elementos del interaccionismo simbólico, como se ve, por ejemplo, en el planteamiento de Calliess. En general, estas teorías sociológicas funcionales conciben la sociedad como un sistema de interacciones, y llegan a determinar el bien jurídico en relación a la funcionalidad o disfuncionalidad que el hecho punible presenta respecto dicho sistema social.

Debemos señalar, que, si bien es cierto el punto de partida de estas teorías es similar, el resultado al que arriban es totalmente diverso. Así, a modo de ejemplo, Amelug identifica el bien jurídico con el daño social e insiste en que, desde una perspectiva histórica, el concepto de bien jurídico carece de todo potencial limitador⁵¹, mientras que Hassemmer sostiene una concepción personalista del bien jurídico y afirma que es irrenunciable como baremo de una buena Política criminal y que debería centrarse en su núcleo negativo tradicional crítico al Derecho penal⁵², y Calliess lo define como “posibilidades de participación en la sociedad”. Así, encontramos planteamientos que manejan una concepción crítica, y otros que prescinden de la función restrictiva asignada tradicionalmente al bien jurídico.

Las objeciones que podemos formular requieren necesariamente hacer una generalización, tarea no muy sencilla en atención a la diversidad ya mencionada. Sin embargo, podemos reprocharles, como señala Bustos⁵³, la tendencia a la falta de precisión acerca del contenido concreto del bien jurídico, lo que trae como consecuencia el bajo rendimiento de la función garantista, no obstante varios de estos penalistas comiencen sus razonamientos con una apología de dicha función⁵⁴.

Si bien el funcionalismo, en la versión sistémica de Jaboks, acabará dando cabida a la sustitución de la noción de bien jurídico por la vigencia de norma, no cabe extender el juicio crítico respecto de esta teoría en particular al resto de las doctrinas sociológicas, que plantean razonamientos interesantes, principalmente al relacionar el bien jurídico con la realidad social y procurar arribar a un concepto material de bien jurídico.

3.4.2. Concepciones constitucionales del bien jurídico

Estas teorías nacen, al alero del fortalecimiento que el Constitucionalismo experimenta en los años de posguerra, con la pretensión de constituir un límite real a la arbitrariedad legislativa en materia penal, basándose en la Constitución para conferir

⁵¹ AMELUNG, op. cit., pp. 227 y ss.

⁵² Cfr. HASSEMER, WINFRIED, “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?” en AA.VV., HEFENDEHL, ROLAND (ed.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación o juegos de abalorios dogmático?* Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 95 y ss.

⁵³ Cfr. BUSTOS, *Manual*, op. cit., p. 53.

⁵⁴ Cfr. HASSEMER, op. cit., pp. 95 y ss.

contenido al bien jurídico.

Estas concepciones se dividen en dos tendencias, una estricta y otra amplia. La primera se caracteriza por su apego a la Ley Fundamental, considerándola como fuente exclusiva de los bienes jurídicos, en tanto que la segunda, considera a la Constitución como un criterio de referencia para la selección de bienes jurídicos, pero no se agotan en ella.

Entre sus exponentes encontramos a José María Escrivá, Juan José González Rus, Hans Rudolphi, Walter Sax, Claus Roxin, Michael Marx, entre otros. Debemos destacar la doctrina italiana, que fue la primera en plantear la tesis de la necesaria constitucionalidad de los bienes jurídicos. Así, por nombrar a los autores más representativos, podemos ubicar a Bricola⁵⁵ y Angioni⁵⁶ en la corriente constitucional estricta, en tanto que Fiandaca y Musco, si bien también son encuadrados en ésta, amplían su visión al sostener que “la tutela penal puede extenderse legítimamente incluso a los bienes que encuentran un reconocimiento meramente *implícito* en la Constitución”⁵⁷.

Ambas variantes se basan en el carácter de norma jerárquicamente superior, y en la supuesta legitimidad democrática de las Constituciones en cuanto producto del consenso social, y reconocen la naturaleza trascendente del bien jurídico, ya sea al declarar que el sustrato material del bien jurídico se descubre en la propia Constitución, o bien, que ella debe servir de guía para este objetivo⁵⁸.

Como podemos notar, estas posiciones tienen un evidente sello garantista en su origen, lo que no impide que también les hayan formulado objeciones, so riesgo de generalizar en extremo, ya que, al igual que las teorías sociológicas antes mencionadas, nos encontramos con diversos autores, cada cual con matices diferentes. Las críticas se dirigen, principalmente, contra dos aspectos. En primer lugar, se advierte la tendencia a identificar los derechos fundamentales con los bienes jurídicos, lo que no es correcto debido a las diferentes funciones que cumplen la Constitución y el Derecho penal, y que, en palabras de Bustos “conduce nuevamente a una formalización de los bienes jurídicos, aunque ya no a nivel penal, sino al constitucional”⁵⁹; y, en segundo lugar, se ha señalado que estas concepciones del bien jurídico constitucional, paradójicamente,

⁵⁵ Cfr. HORMAZÁBAL, op. cit., pp. 110 y ss. Bricola señala que “el ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una lesión significativa de un valor constitucionalmente relevante”.

⁵⁶ Cfr. ANGIONI, FRANCESCO, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1983, pp. 161 y ss.

⁵⁷ FIANDACA y MUSCO, op.cit., p. 41.

⁵⁸ Cfr. MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE, “Sobre la necesidad constitucional de la existencia de un bien jurídico a proteger en los tipos penales” en *Universum*, 1996, N° 11, pp. 124 y ss.

⁵⁹ BUSTOS, *Manual*, op. cit., p. 53.

conducen a incriminar nuevas conductas y ver en la Carta fundamental mandatos de penalización referidos, particularmente, a los bienes colectivos o difusos⁶⁰, efecto que no encaja con la visión tradicional bien jurídico, entendido como criterio negativo y limitador del poder estatal.

Debemos destacar, no obstante lo anterior, que estas teorías constituyen un fértil y valioso aporte a la teoría del bien jurídico en la actualidad, al ubicarlo en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho, y así, realzar la labor restrictiva, heredera de la tradición liberal, que le corresponde al bien jurídico en el Derecho penal.

4. Funciones tradicionales de la teoría del bien jurídico

Respecto a las funciones asignadas al bien jurídico existe una gran diversidad en la doctrina al momento de tratar este tema⁶¹. Nosotros nos referiremos a las principales: la función político-garantista y la función clasificatoria-interpretativa.

4.1. Función político-garantista

El fin del Derecho penal es la tutela de bienes jurídicos. Esta afirmación desde Birnbaum a nuestros días parece ser un lugar común en el foro penal, al menos en su gran mayoría⁶².

La función político garantista consiste justamente en la aptitud del bien jurídico para limitar la potestad punitiva, al exigir como presupuesto de toda conminación penal la afectación –lesión o puesta en peligro- de un bien jurídico. En este sentido, constituye una garantía para los ciudadanos⁶³, ya que no pueden existir conductas incriminadas que no tutelen un bien jurídico, y un límite a la arbitrariedad del poder punitivo detentado de manera monopólica por el Estado.

La naturaleza sancionadora⁶⁴ y fragmentaria⁶⁵ del Derecho penal, y su carácter de

⁶⁰ Cfr. FERNÁNDEZ, op. cit., p. 55.

⁶¹ Cfr. POLAINO NAVARRETE, op. cit., pp. 285 y ss., se refiere a las “Dimensiones funcionales del bien jurídico en el Derecho penal” enumerando cuatro: axiológica, sistemática, exegética y dogmática. ANGIÓN, op. cit., p. 6, el profesor italiano menciona las cinco funciones que habitualmente se asigna al bien jurídico: clasificadora, sistemática, exegética, dogmática y crítica. NÁQUIRA RIVEROS, JAIME, *Derecho penal. Teoría del delito*. McGraw-Hill, Santiago, 1998, pp. 73 y ss., enumera seis funciones: de garantía o de límite al *ius puniendi* del Estado, exegética, sistemática, político-criminal, de legitimación de la norma penal y de medición de pena.

⁶² Cfr. BETTIOL, GIUSEPPE, *Derecho penal. Parte general*. Temis, 4ª edición, Bogotá, 1965, p. 242. Respecto a la afirmación ampliamente aceptada por la doctrina, señala que “el derecho, en su esencia, es tutela de valores sociales, conjunto de normas destinadas a tutelar las dominantes exigencias ético-sociales. Más allá de la consideración de los valores el derecho pierde su razón de existir (...)”.

⁶³ Cfr. FERNÁNDEZ, op. cit., p. 290. Manifiesta su convicción de que “la teoría del bien jurídico es un instrumento garantista y que el uso adecuado de ella configura una herramienta de primera importancia para el modelo del Derecho penal mínimo, tendiente a reducir al mínimo indispensable el uso social de la práctica punitiva”.

⁶⁴ Cfr. GRISOLÍA, FRANCISCO, *El objeto jurídico del delito*; ensayo de una Teoría General, Separata de la “Revista de Ciencias Penales”, tomo XVII, N° 3, p. 75. En relación al carácter sancionador del Derecho

*última ratio*⁶⁶, exigen la comprensión del bien jurídico desde un punto de vista negativo, reductor del Derecho penal. Así, esta función no implica en ningún caso una exigencia de criminalización⁶⁷, en el sentido de constituir un mandato para el legislador en orden a proteger determinado bien jurídico respecto de todas las formas de ataque contra él dirigidas. Es más, sólo se puede amenazar con pena una determinada conducta, cuando constituya un ataque grave contra un bien jurídico y no se disponga de ninguna otra medida de protección distinta de la sanción penal. Ferrajoli destaca este punto al explicar que la “función de límite o garantía consiste precisamente en el hecho de que la lesión de un bien debe ser condición necesaria, aunque nunca suficiente, para justificar su prohibición y punición como delito”⁶⁸.

Según Angioni, esta función, que denomina “crítica”, sigue un procedimiento deductivo, ya que una vez establecidas las entidades que pueden ser legítimamente objeto de tutela –los bienes jurídicos-, se deben examinar los tipos vigentes en un determinado ordenamiento. En los casos en que un determinado tipo penal no resulte referible a un bien jurídico, corresponderá distinguir dependiendo si en el ordenamiento jurídico de que se trate exista o no una norma superior que importe una “caducación” o pérdida de vigencia de estos casos. Si existe, la función crítica ejercitada por el bien jurídico tiene el carácter de inmanente al sistema; en el caso contrario, será trascendente al sistema con relevancia *de iure condendo*⁶⁹. Respecto al primer caso señalado, la circunstancia de que este criterio sea vinculante para el juez, es, en último término un tema constitucional, que contará con diversas herramientas dependiendo del ordenamiento constitucional de que se trate⁷⁰. El segundo, se refiere claramente a la función del bien jurídico como directriz político-criminal para el legislador.

En relación al ámbito de aplicación de esta función, se debe considerar que el

penal, señala que “la primera función del bien jurídico en la teoría del delito es de contribuir a explicar la unidad fundamental del orden jurídico que no admite un derecho punitivo “constitutivo de por sí”.

⁶⁵ Cfr. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Derecho penal*. Parte general. Ediar, 2ª edición, Buenos Aires, 2003, p. 486. Explica que “la ley penal sólo eventualmente individualiza alguna acción que lo afecta de cierto modo particular, pero nunca puede brindarle una tutela amplia o plena, dada su naturaleza fragmentaria y excepcional”.

⁶⁶ Cfr. FERNÁNDEZ, op. cit., p. 289. A propósito del carácter de *última ratio* señala que “el Derecho penal tiene carácter *fragmentario* y *subsidiario*, pues constituye un sistema de control social (formal e institucional) para ser empleado como solución de “*extrema ratio*”, conforme a los principios de *intervención mínima, exclusiva protección de bienes jurídicos y lesividad u ofensividad*”.

⁶⁷ Cfr. TAVARES, op. cit., 2004, p.44. Concluye que la que “la noción de bien jurídico no puede ser puesta como legitimación de la incriminación”. FIANDACA y MUSCO, op. cit., p. 42. HASSEMER, “¿Puede haber delitos...?”, op. cit., p. 98.

⁶⁸ FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, op. cit., p. 471.

⁶⁹ Cfr. ANGIONI, op. cit., pp. 7 y ss.

⁷⁰ Cfr. ROXIN, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, en AA.VV., HEFENDEHL, ROLAND (ed.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación o juegos de abalorios dogmático?* Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 452-453.

bien jurídico actúa como una directriz negativa, al privar de justificación la sanción bajo amenaza penal de conductas que no protejan bien jurídico alguno⁷¹ y que no afecten a un bien jurídico de forma significativa⁷². En este sentido, se concluye que carecen de legitimación –a la luz de la teoría del bien jurídico- no sólo los delitos caracterizados por la ausencia de bien jurídico tutelado, como aquellos que proscriben la realización de conductas meramente inmorales, sino también aquellos delitos caracterizados por la ausencia de afectación significativa de un bien jurídico, por ejemplo los delitos de peligro abstracto y los delitos de acumulación.

En síntesis, “el bien jurídico surge así como un límite material a la actividad del Estado”⁷³.

4.3. Función clasificatoria-interpretativa

La función clasificatoria consiste en la aptitud del bien jurídico para actuar como criterio de clasificación u ordenación de las figuras delictivas contenidas en la Parte especial del Derecho penal, en atención a su naturaleza y entidad jerárquica. Como señala Angioni se trata de una función práctica, que sirve para encasillar sistemáticamente de manera coordinada el bien jurídico y el tipo correspondiente⁷⁴.

Este criterio del bien jurídico como base de la organización de los delitos de la Parte especial ha sido aceptado por la generalidad de la doctrina y delinea la arquitectura de los Códigos penales a lo largo del Derecho comparado, incluso se señala que desde un punto de vista histórico, “la sistematización delictiva basada en la naturaleza y entidad jerárquica del bien jurídico fue efectuada aun mucho antes de perfilarse esta noción técnica”⁷⁵. Sin embargo, no han estado ausentes pretensiones de sustituir este criterio por otros como el de la personalidad del culpable o el de los medios comisivos, criterios que, como bien sintetiza Quintano Ripollés, resultan “confusos, arbitrarios y contrarios al común pensar y sentir de la doctrina”⁷⁶.

Frente a este cometido, nos encontramos con el obstáculo de la gran

⁷¹ Cfr. HASSEMER, “¿Puede haber delitos...?”, op. cit., p. 103. Afirma que “una prohibición de una conducta bajo amenaza penal que no pudiera remitirse a un bien jurídico sería terror de Estado”.

⁷² Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, op. cit., p. 471. Al respeto señala que la teoría del bien jurídico “puede ofrecernos una serie de criterios negativos de deslegitimación –que no sólo son la irrelevancia o evanescencia del bien tutelado sino también la desproporción con las penas previstas, la posibilidad de una mejor protección por medios no penales, la inidoneidad de las penas para lograr una tutela eficaz, o, incluso, la ausencia de lesión efectiva a causa del comportamiento prohibido- para afirmar que una determinada prohibición penal o la punición de un concreto comportamiento prohibido carecen de justificación, o que ésta es escasa”.

⁷³ BUSTOS, *Obras completas*, op. cit., tomo I, p. 166.

⁷⁴ Cfr. ANGIONI, op. cit., p. 11. También GRISOLÍA, op. cit., pp. 73 y ss., se refiere con más detalle a la utilidad sistemática del bien jurídico.

⁷⁵ POLAINO NAVARRETE, op. cit., p. 301.

⁷⁶ QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, tomo I, volumen 1, p. 25

heterogeneidad y amplitud de las hipótesis de hechos punibles⁷⁷, y se ha concluido que no es posible agotar con un solo criterio de clasificación la totalidad del contenido de la ley penal⁷⁸, por lo que la opinión dominante considera que el bien jurídico constituye el criterio clasificador principal de la sistemática de la Parte especial del Derecho penal, mas no puede ser considerado en sentido excluyente, y deben tomar en cuenta otros criterios secundarios -enumerados por Polaino- tales como “la cualidad personal del autor (*v. gr.* en los delitos especiales), posición social del culpable, la índole del deber jurídico infringido, la forma de ataque del objeto protegido, la gravedad de la infracción, la naturaleza del comportamiento legalmente descrito (conductas de situación y de tendencia) o la estructura peculiar de los singulares tipos penales, entre otros”⁷⁹. Sin embargo, como advierte Guzmán “la manipulación de estos criterios de segundo orden exige circunspección supina, ya que algunos de ellos resultan francamente poco recomendables, como el objeto material y el medio comisivo, que tan caros resultarían para el pensamiento clásico (basta pensar en Carmignani y Carrara, respectivamente)”⁸⁰.

Por otra parte, la función teleológica o interpretativa que desempeña el bien jurídico se enmarca en una materia mucho más vasta y compleja de la dogmática penal: la interpretación de la ley penal.

Al respecto, como señala Grisolia, “es generalmente reconocido el valor fundamental que tienen los bienes jurídicos para la correcta interpretación de la ley penal”⁸¹, así la mayoría de la doctrina resalta la fundamental importancia del bien jurídico en esta labor interpretativa⁸².

En este sentido, el bien jurídico se constituye en el protagonista de la interpretación teleológica⁸³, ya que, dada la naturaleza garantista y complementaria del

⁷⁷ Cfr. POLAINO NAVARRETE, op. cit., p. 300.

⁷⁸ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, y SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, *Derecho penal español*. Parte especial. Dykinson, 18^o edición, Madrid, 1995, p. 5.

⁷⁹ POLAINO NAVARRETE, op. cit., p. 302.

⁸⁰ GUZMÁN DÁLBORA, JOSÉ LUIS, *El delito de amenazas*. Conosur, Santiago, 1999, p. 14, referencia (6).

⁸¹ GRISOLÍA, op. cit., p. 83.

⁸² Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., tomo I, p. 33, quien afirma que los bienes jurídicos “revisten extraordinaria importancia para indicar el fin de un determinado precepto y de todo ordenamiento jurídico; es decir, el bien jurídico es indispensable en la interpretación teleológica”. POLAINO NAVARRETE, op. cit., p. 311, afirma que “el bien jurídico tiene decisiva importancia para llegar a delimitar el significado exacto de las peculiares características configuradoras de los singulares tipos legales de delito”. POLITOFF, SERGIO, MATUS, JEAN PIERRE, y RAMÍREZ, MARÍA CECILIA, *Lecciones de Derecho penal chileno*. Parte general. Editorial jurídica de Chile, 2^a edición, Santiago, 2003, p. 69, señalan en este sentido que “el bien jurídico constituye un concepto esencial para la interpretación de los tipos legales previstos en la legislación vigente, particularmente para determinar su ámbito y su extensión y para su clasificación”; por nombrar a algunos.

⁸³ Cfr. GUZMÁN DÁLBORA, *El delito de amenazas*, op. cit., pp. 24 y ss. Señala que la interpretación teleológica es defendida en la actualidad, por un extenso sector de la doctrina, como un “único sistema de interpretación finalista”, en el cual contribuyen los métodos o elementos tradicionales de interpretación, pero todos “con un solo designio: identificar el fin de la disposición penal en el momento de su aplicación”. FERNÁNDEZ, op. cit., p. 151, afirma que “en términos generales, la doctrina penal

Derecho penal, todas sus normas se dirigen a un fin: brindar protección a los bienes jurídicos⁸⁴. Es por esto, que la determinación del bien jurídico tutelado por el tipo concreto es el procedimiento más certero para descubrir la *ratio legis*, entendida ésta, como la voluntad objetiva e impersonal derivada de una norma penal determinada -y no como la intención del efectivo legislador histórico⁸⁵- , que delimita y aclara en qué consiste la conducta conminada con una sanción penal por el legislador. En suma esta tarea presupone, en palabras de Polaino, “un preciso planteamiento conceptual del objeto de protección respectivamente tutelado en las descripciones típicas y, a través del mismo, una concreción de la particular estructura de los tipos legales y, en suma, del alcance normativo del precepto penal”⁸⁶.

En este punto debemos destacar que el hecho que el *télos* de una norma penal se identifique con la protección de un bien jurídico en particular, no quiere decir que la interpretación teleológica se agote en él, ya que “el bien jurídico no tiene capacidad de rendimiento para abarcar en forma directa todas las circunstancias político-criminales que configuran un tipo legal, pues si así fuese habría siempre un solo delito en relación a un bien jurídico y no como sucede en la realidad jurídica diferentes tipos legales respecto de un mismo bien jurídico”⁸⁷, por lo tanto, el bien jurídico, si bien es el principal guía en la interpretación penal, no es exclusivo. No se puede reducir el procedimiento de identificación y aclaración de la voluntad objetiva de la norma penal únicamente al bien jurídico, considerado en la pluralidad de los elementos constitutivos del delito⁸⁸, sino que se debe considerar también los métodos o elementos tales como el sistemático, el histórico y, en opinión de algunos autores, el “elemento supralegal e incluso metajurídico a que pueda referirse la norma de cultura”⁸⁹.

acepta –pero sin otorgarle mayor desarrollo conceptual- que el bien jurídico rectora la llamada “interpretación teleológica”, la comprensión del precepto penal en función del valor social tutelado (...).”

⁸⁴ Cfr. BETTIOL, op. cit., p. 149. Al respecto señala que “el valor o bien jurídico es noción finalista, teleológica, y por ello nosotros, aun ateniéndonos a esa noción, preferimos adoptar una *concepción metodológica* acerca de él, como sinónimo de fin al cual tiende el legislador por medio de la norma”.

⁸⁵ ANGIONI, op. cit., p. 26.

⁸⁶ POLAINO NAVARRETE, op. cit., p. 303.

⁸⁷ BUSTOS, *Obras Completas*, op. cit., pp. 166 y 167.

⁸⁸ Cfr. POLAINO NAVARRETE, op. cit., pp. 313 y ss. FERNÁNDEZ, op. cit., pp. 151 y ss.

⁸⁹ GUZMÁN DÁLBORA, “Bien jurídico...”, op. cit., p. 239.

CAPÍTULO SEGUNDO

Estado actual de la teoría del bien jurídico

1. El reflorecimiento de la Política criminal en los años sesenta sustentado en la teoría del bien jurídico

A mediados de los años sesenta del siglo pasado se produjo un cambio de orientación en la ciencia penal alemana, producto de elaboraciones de diversos penalistas. “Se trata de un movimiento que, pasando por Franz von Liszt y Gustav Radbruch, llega hasta el Proyecto Alternativo de Código penal, Parte general, que fue presentado en su primera versión en 1966 por un grupo de profesores de Derecho penal y que ha influido de forma decisiva en el proceso de reforma legislativa posterior”⁹⁰.

Este Proyecto Alternativo presentado por catorce catedráticos -entre los que destaca Claus Roxin- fue una respuesta al proyecto gubernamental de reforma de Código penal alemán de 1871, aprobado en 1962 por el Consejo Federal de Ministros, criticado por su carácter excesivamente conservador, por mantener figuras penales que la mayoría de los penalistas de su época proponían suprimir argumentando la ausencia de un bien jurídico lesionado⁹¹ y por moverse en el campo de “la pura especulación”⁹² en ciertos pasajes de su Exposición de Motivos⁹³.

La discusión político criminal en aquel periodo se centró, derechamente, en la necesidad de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido en los tipos penales frente a la posibilidad de incriminar conductas meramente inmorales. Respecto de ella, se alzaron dos posturas: el Proyecto de 1962 y el Proyecto Alternativo de 1966.

El Proyecto de 1962 se pronunció expresamente a favor del mantenimiento de la homosexualidad en el catálogo de delitos, y fue explícito al tomar partido y señalar

⁹⁰ HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del Derecho penal*. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Bosch, Barcelona, 1984, pp. 37-38.

⁹¹ Cfr. JÄGER, HERBERT, “Política jurídico-penal y ciencia”, en AA.VV., *Sexualidad y crimen*, 3ª edición traducida por Enrique Gimbernat. Reus, Madrid, 1969, p. 291. Al respecto, se apunta que en la resolución final del IV Congreso Internacional de Criminología celebrado en 1960 en La Haya se reconoció que existen determinados comportamientos -que hasta ese entonces eran considerados delictivos- que han de confiarse exclusivamente a la “moral personal” y, por ende, dejarlos impunes.

⁹² BAUER, FRITZ, BÜRGER-PRINZ, HANS, GIESE, HANS, y JÄGER, HERBERT, “Prólogo de los editores” en AA.VV., *Sexualidad y crimen*, op. cit., p. 7.

⁹³ Ver *Fragmentos del Impreso del Bundestag IV/650 de 4 de octubre de 1962* (Proyecto Gubernamental de un Código penal-Proyecto de 1962), en “Apéndice” de AA.VV., *Sexualidad y crimen*, op. cit., p. 414. A propósito del tipo de “deshonestidad entre hombres”, afirma con asombrosa liviandad que “la relación sexual de hombre a hombre es considerada, por la concepción absolutamente predominante en la población alemana, una desviación despreciable, idónea para arruinar el carácter y destrozarse el sentimiento moral”. Cfr. KLUG, ULRICH, “Problemas de filosofía del Derecho y de política jurídica en el Derecho penal sexual” en AA.VV., *Sexualidad y crimen*, op. cit., pp. 40-41.

que, si bien las normas penales sirven predominantemente a la protección de bienes jurídicos, esto “no excluye criminalizar determinados casos de un comportamiento especialmente reprobable, desde un punto de vista ético, y vergonzoso según la convicción general, aunque mediante el hecho concreto no se lesione ningún bien jurídico inmediato”⁹⁴.

Por su parte, el Proyecto Alternativo precisaba a modo programático, en su artículo 2 párrafo 1º que: “Las penas y medidas tienen como finalidad la protección de bienes jurídicos y la reintegración del autor en la comunidad jurídica”⁹⁵. Así, declara expresamente su adhesión a la teoría del bien jurídico como límite del Derecho penal y promueve la abrogación de los delitos que sancionaban conductas puramente inmorales.

En gran medida primó la concepción contenida en este último, el bien jurídico se erigió como criterio despenalizador, encarnando para muchos “la piedra de toque a partir de la cual había que medir el inventario del Derecho penal tradicional en aras a una Política criminal racional”⁹⁶.

La reforma del Derecho penal sexual alemán fue representativa de esta opción político criminal. Pese a que no se adoptó el citado artículo, éste se renovó por completo, se sustituyó la denominación del Título hasta entonces vigente (“Crímenes y delitos contra la moralidad”) por la rúbrica “Delitos contra la libre autodeterminación sexual”, y se suprimieron ciertas figuras penales que protegían meras concepciones morales –como la homosexualidad entre adultos, el adulterio, la zoofilia y otras conductas similares- sin referencia a bien jurídico alguno.

Claus Roxin, a propósito del proceso de reforma concluido en 1973, reconoce que “supuso el punto álgido del reconocimiento de la teoría del bien jurídico en Alemania”⁹⁷. Esto, a pesar que algunos autores, como Schünemann, le niegan tal mérito y atribuyen la despenalización de la homosexualidad a un cambio de la moral social dominante⁹⁸, parecer, a nuestro juicio errado, y que Gimbernat Ordeig califica de “injusticia histórica”⁹⁹ dada la evidente contribución que el Proyecto Alternativo

⁹⁴ *Fragmentos del Impreso del Bundestag...*, op. cit., p. 415.

⁹⁵ ROXIN, CLAUD, *Derecho penal*. Parte general. Traducción de D.M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal. Civitas, 2ª edición, Madrid, 1997, p. 52.

⁹⁶ FRISCH, WOLFGANG, “Bien jurídico, Derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal” en AA.VV., HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, op. cit., p. 310.

⁹⁷ ROXIN, “¿Es la protección...”, op. cit., p. 444.

⁹⁸ En sentido análogo, SCHÜNEMANN, BERND, “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”, en AA.VV., HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, op. cit., pp. 211-212. FRISCH, op. cit., pp. 313-314.

⁹⁹ GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, en la “Presentación” a la obra AA.VV., HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, op. cit., p. 13.

tuvo en dicho proceso.

Este renacimiento de la Política criminal, si bien comenzó en Alemania, tuvo amplia repercusión en la doctrina¹⁰⁰ y en la política legislativa comparada, influyendo determinantemente no sólo en el Código penal alemán de 1975, sino en el austríaco del mismo año y en las reformas que experimentaron los antiguos textos penales de España, Francia, Italia y Portugal¹⁰¹, entre otros.

Tras esta renovación de la Política criminal sustentada en el bien jurídico, durante un buen tiempo el debate acerca del bien jurídico no se desarrolló en forma importante, hasta que en estos últimos años la polémica en torno a él “ha sido vivamente reencendida”¹⁰², máxime las particulares características que ha adquirido el Derecho penal en la actualidad.

2. La crisis del bien jurídico en el Derecho penal moderno

Ya Jiménez de Asúa advertía, en la primera mitad del siglo XX, que “hay un sector del Derecho penal (sector que está en continuo aumento con el desenvolvimiento de los tiempos y las transformaciones del Estado), en que la noción (de bien jurídico) no encuentra aplicaciones (...)”¹⁰³. Sin duda, el maestro español acertó en su prevención.

En las últimas décadas, la teoría del bien jurídico ha entrado en crisis, se cuestiona su capacidad de rendimiento político criminal frente a los nuevos fenómenos sociales, culturales, tecnológicos y económicos, que repercuten, obviamente, en el moderno ordenamiento penal.

Ciertamente, “el Derecho penal se ha extendido a ámbitos que trascienden su marco de aplicación tradicional”¹⁰⁴, su expansión en el último tiempo es una realidad irrefutable y objeto de cuantiosas investigaciones dogmáticas que confirman la progresiva pérdida del carácter excepcional del *ius puniendi* y el abandono del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Las causas de este fenómeno expansivo del Derecho punitivo son diversas. Silva Sánchez enumera algunas tales como el surgimiento de nuevos intereses y de nuevos riesgos, la institucionalización de la inseguridad, la sensación social de inseguridad, el

¹⁰⁰ Cfr. BUSTOS, *Obras completas*, op. cit., p. 296. Explica que “a partir de Roxin y el Proyecto Alternativo, se desarrolla en Alemania una profunda renovación político-criminal, entre cuyos principales exponentes hay que citar los nombres de Hassemer, Lüderssen, Naucke, Amelung, Hruschka, etc.”

¹⁰¹ Cfr. RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS, *Delitos sexuales*. Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2000, pp. 43-44.

¹⁰² ROXIN, “¿Es la protección de bienes jurídicos...”, op. cit., p. 445.

¹⁰³ JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., p. 33.

¹⁰⁴ SEHER, GERHARD, “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico” en AA.VV., HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, op. cit., p. 69.

descrédito de otras instancias de protección y la globalización¹⁰⁵. Pero sin entrar a analizar éstas, lo que excede el marco de nuestro trabajo, se ha observado por un gran sector de la doctrina, que una de las razones trascendentales está constituida por el hecho de estar inmersos en una “sociedad del riesgo”¹⁰⁶ en la que las amenazas son incalculables, no se pueden dominar o precisar y no se pueden atribuir a nadie en forma determinada, generando inseguridad en la población y, consecuentemente, una creciente demanda ciudadana de protección¹⁰⁷.

Algunos autores, frente a este contexto, se han referido al surgimiento de un “Derecho penal simbólico”, caracterizado por un predominio de las funciones latentes sobre las manifiestas; es decir, orientado, por encima de la protección de bienes jurídicos, a alcanzar efectos políticos, como la satisfacción de la “necesidad de actuar”, apaciguar a la población y demostrar un Estado fuerte¹⁰⁸.

Independientemente del énfasis que se ponga en uno u otro aspecto de este fenómeno expansivo, ya sea el riesgo, el carácter simbólico o la seguridad, se detecta, como corolario de esta crisis inflacionaria, una Política criminal escasamente apegada a la observancia de los principios liberales que rigen un Derecho penal democrático. Esto se refleja en tendencias legislativas caracterizadas por una distensión de la función crítica del bien jurídico¹⁰⁹, siendo las más significativas las que mencionaremos a continuación¹¹⁰:

¹⁰⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas, 2ª edición, Madrid, 2001, pp. 11 y ss.

¹⁰⁶ Denominación acuñada por ULRICH BECK. *Vid.* del mismo autor, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y María Borrás. Paidós, Barcelona, 1998.

¹⁰⁷ Cfr. BALMACEDA HOYOS, GUSTAVO, y HENAO CARDONA, LUIS, *Sociedad de riesgo y bien jurídico penal*. Ediciones jurídicas AREMI, Santiago, 2005, pp. 21-29.

¹⁰⁸ Cfr. HASSEMER, WINFRIED, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos” en sitio web “Juareztavares.com”, consultada por última vez el 6/10/2009, URL: http://www.juareztavares.com/textos/hassemer_bem_juridico.pdf, p. 1.

¹⁰⁹ Cfr. MÜSSIG, BERND, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal: sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 11. Sobre el particular en Alemania señala que “la actividad legislativa en materia penal desarrollada en las dos últimas décadas en Alemania ha colocado alrededor del elenco de las normas penales existentes hasta ese momento –que desde el punto de vista actual pueden parecer “clásicas”- un anillo de tipos penales para cuya legitimación únicamente cabe hacer referencia a bienes jurídicos –si es que siquiera quiere acudirse a éstos con este propósito- de carácter vago y sólo susceptibles de una descripción a grandes trazos. Vistos desde la perspectiva de los bienes jurídicos clásicos, estos tipos penales constituyen supuestos de criminalización en el estado previo a lesiones de bienes jurídicos, cuyos marcos penales, además, se encuentran establecidos en sanciones desproporcionadamente altas, sin conexión con el “ámbito nuclear” del Derecho penal”.

¹¹⁰ Los aspectos penales que trataremos a continuación, son producto de una generalización y constituyen, simplemente, tendencias a nivel legislativo comparado, sin perjuicio de que algunos ordenamientos estén “más avanzados” que otros en el proceso de despenalización o, por el contrario, vayan en franco retroceso.

2.1. Creciente protección a bienes jurídicos colectivos o supraindividuales con perfiles vagos e imprecisos.

Respecto a ellos, podemos distinguir los tradicionales como fe pública, el buen funcionamiento de la Administración de justicia y la seguridad interior y exterior del Estado y otros de origen más reciente, producto del desarrollo económico, social y cultural, como la protección de la vida económica, informática, del ambiente, de los animales y del consumidor, por nombrar sólo algunos.

Contra éstos se ha formulado diversos cuestionamientos. Se ha señalado que el origen liberal individualista de los bienes jurídicos impediría concebir objetos de protección de carácter supraindividual¹¹¹, asimismo, se les reprocha su supuesta vaguedad y la utilización de delitos de peligro abstracto para su tutela.

En cuanto a la primera crítica, Bustos¹¹² indica que si bien es cierto que el concepto de bien jurídico surgió en el contexto de un Estado liberal con acento en la persona, ello no significa que se negara la existencia de bienes jurídicos supraindividuales. Lo que sucedía era que se le daba un alcance más limitado al concepto, pero con la transformación del Estado en social y democrático, por tanto, intervencionista, surge la necesidad de abarcar otros bienes jurídicos de carácter colectivo o supraindividual, y se presentan problemas a la hora de identificar el bien tutelado y delimitar su contenido. Sin embargo, explica que, cuando se presentan casos en que no se puede precisar el bien jurídico colectivo de acuerdo a criterios garantistas, en realidad, se está frente a una intervención arbitraria del Estado, carente de justificación.

En relación al segundo reproche, es claro que concepciones vagas de los bienes jurídicos colectivos o en ocasiones contradictorias como la creación doctrinal de los bienes jurídicos intermedios¹¹³, facilitan una tendencia a su protección mediante delitos de peligro abstracto, pero ello es consecuencia de esta equivocada comprensión acerca de los bienes jurídicos colectivos modernos, los cuales, claramente precisados, no exigen en absoluto la utilización de este tipo de delito tan controvertido.

No se trata, en consecuencia, de promover un rechazo doctrinal a la protección de nuevos bienes jurídicos supraindividuales, sino de cómo estos bienes colectivos pueden ser identificados, para constituir, al igual que los objetos de protección de corte

¹¹¹ Cfr. BUSTOS, *Obras completas*, op. cit., tomo II, p. 114.

¹¹² Ídem, pp. 115 y ss.

¹¹³ Cfr. CASTRO CUENCA, CARLOS, "Algunos lineamientos sobre la legitimidad del injusto en los bienes jurídicos supraindividuales" en *Problemas actuales del Derecho penal*, Seminario de Derecho penal de la Universidad de Salamanca. Ediciones jurídicas de Santiago, Santiago, 2007, 94. CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL, "Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales" en *Revista Chilena de Derecho*. 2000, Vol. 27 N° 1, p.144. En sentido contrario, *vid. MATA y MARTÍN, RICARDO M., Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Comares, Granada, 1997.

individual, un criterio negativo de deslegitimación, y no, como ha sucedido debido a su entendimiento indeterminado y confuso, una exigencia de criminalización de ciertas conductas.

Respecto a su concreta delimitación hay abundante bibliografía, la doctrina ha señalado para su identificación cuatro requisitos: su titularidad supraindividual, indisponibilidad, indivisibilidad y naturaleza conflictual¹¹⁴; por su parte, destacan, por su corte garantista, la postura de Hassemer que propone “funcionalizar los intereses generales desde el punto de vista de los de la persona”¹¹⁵; de Hefendehl, quien explica que para definir un bien jurídico colectivo se debe utilizar los criterios de *no exclusión* en el uso, *no rivalidad* en el consumo y *no distributividad*¹¹⁶; y, de Juan Bustos que concibe a los bienes jurídicos colectivos como complementarios a los individuales, y apunta a “definirlos a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad con el funcionamiento del sistema social”¹¹⁷.

2.2. Íntimamente relacionado con el punto anterior, se observa un masivo aumento en el adelantamiento de las barreras de tutela de los bienes jurídicos, mediante la configuración de delitos de peligro abstracto.

Los delitos de peligro abstracto constituyen una prohibición de una conducta que el legislador considera portadora de un peligro¹¹⁸, sin que sea necesario que este peligro efectivamente se produzca, es más, no se admite probar que la realización de la misma no implicaba un riesgo efectivo para el bien jurídico protegido. Se caracterizan por “el carácter altamente hipotético y hasta improbable de la lesión del bien; con un reflejo inmediato sobre la taxatividad de la acción que se desvanece en figuras abiertas o indeterminadas”¹¹⁹. El injusto penal, como señala Hassemer, “no es la causación de un perjuicio sino una actividad que el legislador ha criminalizado”¹²⁰, se transforman, entonces, en un castigo de la desobediencia mediante la presunción de derecho –ya que no admite prueba en contrario- de la existencia del peligro.

Para proteger bienes jurídicos colectivos, en especial los reseñados como

¹¹⁴ Cfr. CASTRO CUENCA, op. cit., pp. 89-91.

¹¹⁵ HASSEMER, WINFRIED, y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*. Tirant to Blanch, Valencia, 1989, p. 109.

¹¹⁶ Cfr. HEFENDEHL, ROLAND, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en AA.VV., HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, op. cit., pp. 188 y ss.

¹¹⁷ BUSTOS, *Obras completas*, op. cit., p. 121.

¹¹⁸ Cfr. POLITOFF, SERGIO, *Derecho penal*. Conosur, Santiago, 1997, tomo I, p. 234.

¹¹⁹ FERRAJOLI, LUIGI, “Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales”, traducción de Walter Antillón, en sitio web “Juareztavares.com”, consultada por última vez el 6/10/2009, URL: http://www.juareztavares.com/textos/ferrajoli_bens_minimo.pdf, p. 6.

¹²⁰ HASSEMER, “Derecho penal simbólico...”, op. cit., p. 12.

“modernos”, se percibe una propensión a utilizar esta técnica legislativa, como recurso para superar los problemas derivados de la necesidad de prueba de la relación de causalidad, excusándose en la dificultad para determinar cuándo una conducta individual lesiona o pone en riesgo efectivamente un bien supraindividual.

Sin embargo, a nuestro entender, acudir a delitos de peligro abstracto para su tutela no es una solución conforme con el principio de necesaria afectación –lesión o riesgo jurídicamente relevante- de bienes jurídicos que rige en un Derecho penal liberal, ya que, finalmente, ellos permiten que se castigue una conducta aun cuando, en el hecho, no se haya producido peligro para el bien jurídico, es decir, la punición se apoya en “probabilidad de la probabilidad”, en el “peligro del peligro” de lesión del bien jurídico¹²¹.

Por tanto, es posible resolver la polémica exigiendo la efectiva concreción del bien jurídico protegido y descartando del catálogo de delitos los tipos de peligro abstracto, lo que se traduce en aceptar únicamente los de peligro concreto al admitir la prueba de la imposibilidad del peligro en el caso particular.

2.3. Incremento y conservación de delitos sin bien jurídico protegido.

En esta categoría tan genérica, convergen una variedad de delitos que exigen una breve exposición diferenciada.

En primer lugar, se encuentran los ya mencionados delitos que incriminan conductas basándose en concepciones morales o religiosas. A pesar que en la mayoría de las legislaciones, delitos como la homosexualidad entre adultos y adulterio han sido despenalizados, permanecen, en no escasos catálogos, delitos que se dirigen a la tutela concepciones morales, los llamados “delitos sin víctima” como el incesto, la pornografía, la blasfemia, la tenencia de drogas para el consumo personal y otros similares¹²².

En segundo lugar, nos encontramos con un aumento de leyes penales simbólicas que no protegen bien jurídico alguno, sino que persiguen fines extrapenales, como la tranquilidad del electorado o la presentación de una buena imagen del Estado¹²³. Es el caso de la tipificación como delitos de la utilización de símbolos nacionalsocialistas o la llamada mentira o negación de *Auschwitz*¹²⁴.

¹²¹ Cfr. KAUFMANN, citado por POLITOFF, op. cit., tomo I, p. 235.

¹²² Cfr. FIANDACA y MUSCO, op. cit., p. 44.

¹²³ ROXIN, “¿Es la protección de bienes jurídicos...”, op. cit., p. 451.

¹²⁴ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, en la “Presentación”, op. cit., p. 21. Respecto a la “negación de *Auschwitz*” señala que introducido por el legislador alemán en el artículo 130.3 en 1994, y castiga a quien apruebe, niegue o minimice públicamente los delitos más graves cometidos durante el nacionalsocialismo de una manera que pueda perturbar la paz pública. Fue copiado por el legislador

Por último, debemos referirnos a la utilización masiva de los llamados “delitos de acumulación”, que consisten en la tipificación de una conducta individual que en sí misma no lesiona ni pone en peligro ningún bien jurídico, sin embargo “se cuenta con la posibilidad cierta de que dicha conducta –*per se* no lesiva- se realice también por otros sujetos y el conjunto de comportamientos sí vaya a acabar lesionando el correspondiente bien jurídico”¹²⁵. Esta técnica de tipificación se asocia directamente con la protección de bienes jurídicos colectivos. El ámbito principal de aplicación de esta figura es el amparo de bienes jurídicos colectivos, y en especial, de la protección penal del ambiente¹²⁶.

Demás está señalar a este respecto, que este tipo de delitos no sólo comportan una dimisión al principio político criminal de necesaria afectación de un bien jurídico, sino también al principio de culpabilidad, ya que no es posible atribuir la lesión (o la puesta en peligro) de un bien jurídico determinado a la conducta –constitutiva del delito de acumulación- de un sujeto concreto.

3. Propuestas alternativas planteadas frente a esta situación de crisis político criminal

Frente a esta coyuntura, se han planteado diversas propuestas alternativas a la corriente tradicional conformada por los partidarios del bien jurídico, que lo conciben como referencia crítica y garantista, y, por tanto, rechazan tanto el recurso a la tipificación de delitos respecto de los cuales no es posible identificar un bien jurídico protegido, como la utilización de técnicas legislativas “flexibles” respecto de principios político criminales liberales, en especial la excesiva proliferación de delitos de peligro abstracto.

Mientras que en la doctrina tradicional reformulan y fundamentan sus posturas acudiendo, en general, a principios establecidos en la Constitución¹²⁷ o a los derechos fundamentales¹²⁸, surgen propuestas, que, con diferente intensidad dependiendo de cada autor, relativizan o desconocen la capacidad crítica del bien jurídico.

español, que tipificó como delito en el artículo 607.2 la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio.

¹²⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, op. cit., p. 143.

¹²⁶ VON HIRSCH, ANDREW, y WOHLERS, WOLFGANG, “Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa”, en AA.VV., HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, op. cit., p. 289. Respecto a los tipos penales alemanes de protección de los medios naturales, puntualiza que “si se considera como bien jurídico protegido el aseguramiento de los medios naturales necesarios para la supervivencia de la humanidad, conductas como verter basura en las aguas sólo pueden conducir a menoscabos jurídicamente relevantes cuando un número significativo de personas se comporte de esa manera”.

¹²⁷ *Vid.*, *supra*, cap. I, párrafo 3.4.2. *Vid.* FIANDACA y MUSCO, op. cit., p. 40, nota (20). Incluso, en Italia, figuraba su recepción normativa en el proyecto de reforma constitucional aprobado por la Comisión Bicameral en 1997, aunque no logró aprobación definitiva.

¹²⁸ Cfr. FERNÁNDEZ, op. cit., pp. 80 y ss.

En el primer grupo, esto es, aquellas que relativizan el potencial crítico, encontramos a los autores que, al sostener la necesidad de recurrir a criterios anexos, acuden a una construcción dogmática de origen anglosajón: el *offence principle*¹²⁹. En el fondo, le atribuyen una función crítica bastante limitada.

La segunda alternativa, que agrupa a las propuestas que niegan el poder limitador del bien jurídico¹³⁰, se refiere, en general, a las teorías funcionalistas sistémicas, que conciben la sociedad como un sistema orientado a su propio mantenimiento, y que pretenden constituir una “salida” a los precedentemente reseñados problemas político-criminales modernos incompatibles con una concepción liberal de bien jurídico.

En este sentido, esta corriente “retoma la vieja idea de que el delito ataca las condiciones de organización de la convivencia humana”¹³¹, es decir, lo entiende como un comportamiento dirigido contra el funcionamiento del sistema, consecuentemente la justificación de la pena radica en la lesividad social de la conducta, y no en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Esto comporta, justamente, un abandono del carácter garantista del bien jurídico, ya que en esta teoría la protagonista es la sociedad entendida como un todo, no reconducible a los individuos como titulares de estos bienes, por lo que, las normas penales no tienen más límites que estar dirigidas a fin: mantener el funcionamiento óptimo del sistema social; la pena, entonces, opera como un “instrumento de tecnología social”¹³².

En esta última línea, en su versión más radical, se inscribe el autor alemán que analizaremos en el capítulo siguiente: Günther Jakobs.

¹²⁹ Cfr. SEHER, op. cit., pp. 69 y ss. VON HIRSCH, ANDREW, “El concepto de bien jurídico y el “principio del daño””, en AA.VV., HEFENDEHL (ed.), La teoría del bien jurídico, op. cit., pp. 285 y ss.

¹³⁰ Cfr. AMELUNG, “El concepto ‘bien jurídico’...”, op. cit., pp. 263 y ss. Incluso el autor llega a afirmar que ya desde una perspectiva histórica, el concepto de bien jurídico como tal carece de todo potencial crítico, esto es, no sólo le niega este carácter debido a los mencionados problemas político-criminales modernos, sino respecto de toda su evolución histórica.

¹³¹ AMELUNG, “El concepto ‘bien jurídico’...”, op. cit., 263.

¹³² SEHER, op. cit., p. 72.

CAPÍTULO TERCERO

Prescendencia de la noción crítica de bien jurídico en la visión funcionalista sistémica del Derecho penal sustentada por Jakobs

1. Breve referencia a las bases sociológicas del pensamiento de Jakobs

Hemos incardinado a Jakobs entre los autores que sostienen concepciones sociológicas del Derecho penal¹³³. Pues bien, también mencionamos que éstas no son uniformes, sino que, muy por el contrario, encontramos una no despreciable variedad de posturas, entre las cuales se destaca la corriente funcionalista a que se adscribe el autor en estudio. Los exponentes de esta última dirección toman como punto de partida distintos planteamientos sociológicos funcionalistas, circunstancia que, claramente, repercute en sus respectivas teorías penales¹³⁴.

El profesor Vives Antón distingue dos tipos de funcionalismo sociológico: el estructural y el sistémico. Tomaremos esta explicación, ya que nos ilustra, desde nuestro campo de estudio y con insuperable poder de síntesis, las corrientes sociológicas que han servido de base para posteriores construcciones penales. Así, explica que el funcionalismo estructural “considera al sistema como una estructura rígida, como un conjunto organizado de pautas normativas orientadas a valores que tienden a estabilizarse, esto es, a lograr un *equilibrio* con el medio”¹³⁵, en cambio, en el funcionalismo sistémico, “la estructura deja de ser estable”¹³⁶ y “la adaptación al entorno o, mejor dicho, la relación sistema-entorno, pasa a ser el punto de partida”¹³⁷.

El sociólogo Niklas Luhmann -autor que cobra especial interés para nuestro

¹³³ *Vid., supra*, cap. I, 3.4.1.

¹³⁴ Respecto a las corrientes del funcionalismo penal en la actualidad, dos son las direcciones más relevantes, sin embargo, éstas presentan rasgos sustancialmente distintos: el funcionalismo moderado o teleológico-valorativo de Roxin y el funcionalismo radical o normativista de Jakobs. Sobre las diferencias entre ambos, *vid.* MORENO HERNÁNDEZ, MOISÉS, *En torno a las vinculaciones entre dogmática penal y política criminal*, en sitio web “Centro de estudios de Política criminal y Ciencias penales. A. C.” consultada por última vez 11/11/2009, URL:<http://www.cepolcrim.org.mx/mmoreno/mmoreno.htm>, p. 1. El profesor mexicano explica que “la diferencia entre los pensamientos de ROXIN y JAKOBS radica, en que: el primero –que parte de la necesidad *de orientar la dogmática a la política criminal*- acoge las finalidades político-criminales de un modo más *amplio*, ya que no orienta su sistema sólo a los *finés de la pena*, sino a los *finés del Derecho penal* en general, que indudablemente son algo más que los fines de la pena; mientras que *Jakobs*, que parte de la necesidad de una *renormativización*, acoge sin mayores limitaciones o contrapesos la *función de prevención-integración* –que atribuye a la pena- como base de la *refundamentación normativa* de las categorías y los conceptos. Otra diferencia podría encontrarse en el hecho de que la construcción normativista de Roxin, a diferencia de la de JAKOBS, admite ciertos límites externos, como son los contenidos de carácter material”.

¹³⁵ VIVES ANTÓN, TOMÁS S., *Fundamentos del sistema penal*. Tirant to Blanch, Valencia, 1996, p. 433.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ *Ídem*, p. 434.

análisis debido a las repercusiones que tiene en el planteamiento penal de Jakobs- se enmarca, en términos generales, en la segunda formulación funcionalista. Sin embargo, en el desarrollo de su teoría sociológica se pueden advertir dos etapas, que evidencian un tránsito –en un proceso de radicalización funcional- de una primera fase, centrada en el estudio la teoría de los sistemas, a un segundo período, a partir de su obra *Soziale Systeme* publicada en 1984, que se distingue por la influencia que ejerció en su obra la teoría autopoietica¹³⁸. El pensamiento luhmanniano del primer período fue el que tuvo mayor influencia en Jakobs y su Escuela¹³⁹.

Pues bien, nos detendremos en el razonamiento de Luhmann en su fase primigenia. El autor plantea que un sistema es un constructo de comunicación, por tanto, la sociedad o sistema social se compone de comunicaciones, que se realizan por medio de los individuos y poseen un sentido social que los trasciende, pues éstas son independientes de la psicología o conciencia individual de cada uno; luego, “la sociedad no se compone de personas, sino de comunicaciones entre personas”¹⁴⁰. Precisamente, estas comunicaciones permiten la existencia de expectativas, que permiten a los sujetos orientar su actuar de acuerdo a lo esperado. De este modo, distingue dos tipos de expectativas: cognitivas y normativas. Respecto a ellas, existen mecanismos que permiten la subsistencia del sistema aun frente a su posible defraudación, esto es, la no coincidencia entre lo esperado y lo acontecido. Según Luhmann, son dos las posibilidades, dependiendo del tipo de expectativa que fracase. Si se trata de una expectativa cognitiva, su frustración “sirve como nueva fuente de conocimientos y germen de una nueva expectativa, que sustituye a la anterior”¹⁴¹; en cambio, si estamos frente expectativas normativas, su defraudación no comporta su

¹³⁸ Cfr. ARIAS EIBE, MANUEL, *Bases sociológicas del funcionalismo penal contemporáneo*, en sitio web “*Université de Fribourg/Universität Freiburg*”, consultada por última vez el 10/11/2009, URL: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_18.pdf, pp. 13-14, explica, que la segunda etapa de Luhmann se caracterizó, principalmente por la influencia que ejerció en su pensamiento la teoría autopoietica de los chilenos Maturana y Varela. De esta forma, concibe la sociedad como un sistema autopoietico, cerrado y autorreferencial, cuya unidad operacional es la comunicación, entendiendo que las comunicaciones son los elementos autopoieticos de los sistemas sociales autopoieticos. En sentido análogo, PRIETO NAVARRO, EVARISTO, “Teoría de sistemas, funciones del derecho y control social”, en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 23, 2000, p. 267.

¹³⁹ Cfr. GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal” en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 23, 2000, p. 248. Apunta que las bases generales del pensamiento jurídico-penal de Jakobs se construyen con elementos perfectamente identificables de la teoría de los sistemas de Luhmann, “si bien hay que decir que dicha teoría se recoge de modo muy fragmentario y sin apenas mención al último Luhmann, el Luhmann de la autopoiesis”.

¹⁴⁰ LUHMANN, citado por GARCÍA AMADO, op. cit., p. 238 (nota 7). Cfr. LUHMANN, citado por GARCÍA AMADO, op. cit., pp. 249-250, (nota 25). Define la sociedad como “un sistema de comunicación que integra selectivamente el potencial fisico-químico-orgánico-psíquico de la humanidad y posee su propia realidad potencial y su autonomía sistémica”.

¹⁴¹ GARCÍA AMADO, op. cit., p. 235.

sustitución, sino que, paradójicamente, permite que se mantengan y se refuercen¹⁴². Respecto de estas últimas, cada sujeto que interviene en la comunicación sabe que expectativas se derivan de comportamientos ajenos y reconoce también las que se forman los demás a partir de su propio comportamiento, es decir, tiene expectativas de expectativas, lo que permite a los individuos orientarse en medio del “enorme campo teórico de posibilidades que se abre ante cada relación”¹⁴³.

Según Luhmann, el origen de los sistemas sociales radica, justamente, en la solución de la doble contingencia, por medio de la formación de expectativas de expectativas, y, puntualmente, el Derecho –en cuanto integrante del sistema social- permitiría la “generalización de esas expectativas de expectativas”¹⁴⁴. En síntesis, plantea que el Derecho “cumple funciones comprensivas de generalización y estabilización de expectativas de conducta”¹⁴⁵.

Los rasgos de la teoría de Luhmann recién bosquejados, revelan que el análisis del sistema social que realiza es acrítico, se concentra lo funcional o disfuncional respecto del sistema existente, sin cuestionarlo. Esta última característica de su pensamiento, esto es, la elaboración de un discurso descriptivo¹⁴⁶, junto con su concepción comunicativa de la sociedad¹⁴⁷ y, en especial, la idea de Derecho penal al servicio de la estabilización contrafáctica de expectativas¹⁴⁸, constituirán el trasfondo

¹⁴² Cfr. LUHMANN, citado por MÜSSIG, op. cit., p. 39 (nota 68). Respecto a la distinción de las expectativas, señala que “las expectativas cognitivas (...) se caracterizan por una disposición –no necesariamente consciente- a aprender, mientras que las expectativas normativas, por el contrario, por la decisión de no aprender de las defraudaciones”.

¹⁴³ GARCÍA AMADO, op. cit., p. 240. En relación a esto último, Cfr. ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL, *Sobre el concepto de delito ¿Lesión del bien jurídico o lesión del deber?* Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, pp. 63-64. Explica que Luhmann distingue entre las sociedades arcaicas y no diversificadas -en las que “las relaciones de expectativas parten de una “confianza personal”, basada en el conocimiento intersubjetivo entre los concretos individuos que las forman”- de las sociedades complejas “caracterizadas por el pluralismo valorativo y por el anonimato en los contactos sociales”. En estas últimas, “las expectativas de conducta sólo pueden garantizarse por lo que llama la “confianza institucional” o sistémica”, y, ya que los individuos no pueden establecer expectativas basadas tal conocimiento intersubjetivo presente en las sociedades arcaicas, deben asumir expectativas generalizadas establecidas en función de roles, y es en este ámbito de la cuestión donde se sitúa el Derecho.

¹⁴⁴ GARCÍA AMADO, op. cit., p. 240.

¹⁴⁵ LUHMANN, NIKLAS, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Traducción de Ignacio de Otto Pardo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 45.

¹⁴⁶ Cfr. JAKOBS, “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional”, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, en *Moderna dogmática penal*. Estudios compilados. Editorial Porrúa, México, 2º edición, 2006, p. 32. Jakobs declara, a propósito de la índole del discurso que pretende realizar, que “probablemente, esta descripción neutra, esta exclusión de la utopía, es lo más chocante en la práctica de toda la teoría funcional”. En el mismo sentido, explica en p.15 de la misma Obra, que “quien sólo sabe que una sociedad está organizada de modo funcional, no sabe nada acerca de su configuración concreta, es decir, no sabe nada sobre los contenidos de las comunicaciones susceptibles de ser incorporadas”.

¹⁴⁷ Cfr. JAKOBS, GÜNTHER, *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Traducción de Manuel Cancio Meliá. Ediciones jurídicas de Cuyo, Mendoza, 2008, p. 57. Explícitamente indica que “de acuerdo con el entendimiento de la teoría de los sistemas, al que sigo en este punto, la sociedad es comunicación”.

de la reformulación del Derecho penal que emprende Jakobs.

No obstante lo anterior, el propio Jakobs, advierte que su doctrina no se construye sobre la base de una recepción absolutamente fiel de la concepción luhmanniana¹⁴⁹, observación que podemos comprobar por las continuas referencias a Hegel en gran parte de su obra, las que, según García Amado, constituirían una vía para tratar de evitar, mediante la referencia a un pensamiento penal anterior y clásico, las consecuencias radicales que tendría para la dogmática penal, la plena y congruente asunción de los presupuestos sistémicos de Luhmann¹⁵⁰.

2. Presupuestos metodológicos de la reformulación del Derecho penal postulada por Jakobs

Jakobs construye su teoría a partir de la función¹⁵¹, que a su juicio, corresponde al Derecho penal, cual es, “garantizar la identidad de la sociedad”¹⁵². A partir de ésta, emprende una completa renormativización de los conceptos jurídico-penales.

Tomando como punto de partida de la diferenciación entre sistemas psíquicos y sistemas sociales que plantea Luhmann, distingue entre individuos con su propia conciencia y la sociedad como sistema de comunicación. Así, concibe la sociedad como “la construcción de un contexto de comunicación”¹⁵³, y, puesto que se trata de una construcción, y no de la constatación de un estado, “la identidad de la sociedad se determina por medio de las reglas de la configuración, es decir, por medio de normas, y no por determinados estados o bienes (...)”¹⁵⁴.

Estas normas son de dos clases. En primer lugar, se reconocen aquellas normas que definen cómo funciona el medio en que se desenvuelve el mundo social y están dadas por el mundo racional. Jakobs las identifica como “normas del entorno social”.

¹⁴⁸ Cfr. GARCÍA AMADO, op. cit., p. 235, al respecto señala que “la función del Derecho penal al servicio de la estabilización contrafáctica de expectativas es, sin duda, el asunto que más claramente toman estos autores de la construcción y el lenguaje luhmannianos, especialmente del Luhmann de la *Rechtssoziologie*”.

¹⁴⁹ Cfr. JAKOBS, “Sociedad, norma y persona...”, op. cit., p. 3. El mismo autor, en el prólogo, previene que pese a la proximidad de las categorías que emplea en su obra a la teoría de los sistemas de Luhmann “(...) un conocimiento superficial de esta teoría 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”.

¹⁵⁰ Cfr. GARCÍA AMADO, op. cit., p. 248.

¹⁵¹ Vid. VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, op. cit., p. 435. Sobre el particular, señala que “común a todas las direcciones que se denominan funcionalistas es contemplar la función de la norma y, con ella, los conceptos categoriales de la teoría del delito *desde la pena*”.

¹⁵² JAKOBS, GÜNTHER, “Imputación jurídicopenal. Desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de la norma” en AA.VV. *Problemas capitales del Derecho penal moderno*. Homenaje a Hans Welzel a los 20 años de su fallecimiento. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 33.

¹⁵³ JAKOBS, “Sociedad, norma y persona...”, op. cit., p. 9.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

Se trata de las reglas de la naturaleza, de la lógica y de las matemáticas¹⁵⁵. Estas normas se transforman mediatamente en sociales, ya que la sociedad no se puede desconectar de su entorno. Frente a éstas no existe alternativa, pues su inobservancia sugiere un mundo fácticamente imposible, que implicará, en mayor o menor medida, una *poena naturalis*¹⁵⁶. Por esta razón, no necesitan una estabilización especial pues se encuentran suficientemente aseguradas por vía cognitiva¹⁵⁷, es decir, su defraudación provoca un aprendizaje, una mejora del material cognitivo¹⁵⁸.

La otra clase de normas está compuesta por todas aquellas que “conforme a la concepción de la sociedad no pueden representarse como dadas previamente”¹⁵⁹, no se trata de leyes naturales ni reveladas, sino de normas hechas, por tanto, contingentes, y respecto de las cuales, “cabe disponer subjetivamente, al menos en el caso concreto”¹⁶⁰, es decir, su infracción ya no representa un mundo fácticamente inviable, sino que plantea la posibilidad de una configuración social distinta a la básica. Es por ello, estas normas –que Jakobs denomina “directamente sociales” o “estrictamente sociales”- carecen de fuerza genuina para autoestabilizarse y requieren de una garantía social, que se lleva a efecto mediante la imposición a cada persona de la “tarea de procurarse la disposición para acatar la norma”¹⁶¹ y, en caso de ser quebrantada, la aplicación de una pena, la que, finalmente, ratifica la conformación social determinante.

En síntesis, la diferencia entre ambos tipos de normas radica en que, la infracción de las primeras acarrea consecuencias naturales, en cambio, la contravención de las segundas, “no hace temer *per se* consecuencias negativas derivadas del comportamiento”¹⁶².

Luego, para que la sociedad subsista, el contexto de comunicación debe mantener su configuración ante modelos divergentes. Como se señaló

¹⁵⁵ Cfr. JAKOBS, GÜNTHER, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 42.

¹⁵⁶ Cfr. JAKOBS, “Sociedad, norma y persona...”, op. cit., p. 10. Así, explica que estas normas “forman una base de comportamiento obligada para todo aquél al que le resultan accesibles y quien no tiene acceso a ellas es socialmente incompetente”.

¹⁵⁷ Ídem, p. 9. Señala que, en general, las normas de las ciencias naturales son de esta primera clase, y explica con un ejemplo las consecuencias de su inobservancia: “las casas cuyos cálculos de estática son incorrectos se derrumban pronto”.

¹⁵⁸ Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización...*, op. cit., p. 42.

¹⁵⁹ JAKOBS, “Sociedad, norma y persona...”, op. cit., p. 10.

¹⁶⁰ Íbidem. Al respecto, y, siguiendo el mismo ejemplo anterior, Jakobs explica que, nadie puede querer, razonablemente, comenzar la construcción de una casa por el segundo piso, pero si puede desear y realizar una casa en un lugar prohibido por las leyes urbanísticas.

¹⁶¹ JAKOBS, “Imputación jurídicopenal...”, op. cit., p. 37. Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización...*, op. cit., pp. 18-19. Jakobs señala que es cometido de las personas procurarse la disposición de cumplir la norma. “Pues precisamente la gracia de un sistema normativo está en que se relega el contexto cognitivo – no por completo, pero sí en cierta medida, como habrá de mostrarse- para poder tratar la configuración del mundo como cometido de las personas”.

¹⁶² JAKOBS, “Sociedad, norma y persona...”, op. cit., p. 10.

precedentemente, las normas del entorno social se estabilizan cognitivamente, sin embargo, las constitutivas de la sociedad requieren que su vigencia sea asegurada por ella misma. Y, precisamente, para proteger este último contexto de comunicación - conformado por normas directamente sociales- existe, el Derecho penal. De este modo, Jakobs ubica el fenómeno jurídico-penal en el plano de la comunicación, lo que constituye el giro más importante de su teoría¹⁶³.

En el proceso de comunicación normativa en que se encuadra el Derecho penal, participan únicamente “personas”, las que, según Jakobs, son distintas de los individuos. La psique de un individuo ordena todo el mundo exterior de acuerdo a sus necesidades individuales, según un código, que generalmente es el de satisfacción *versus* insatisfacción¹⁶⁴. En este contexto, para un individuo es inaccesible la subjetividad de otro de modo directo, sino sólo a través de comportamientos externos, los que pueden interpretarse de distintas maneras, debido a que cada individuo los entenderá conforme a su patrón individual. Los individuos, al traducir la totalidad del mundo sólitamente conforme a sus propias preferencias, sólo se comunican entre ellos de forma instrumental¹⁶⁵.

La situación es distinta si se establece al menos una regla independiente de las preferencias individuales de cada cual. Esta regla correspondería a una norma estrictamente social, la que, al establecer un mundo objetivo –independiente de la subjetividad inaccesible de los individuos- posibilita otro tipo de comunicación: la comunicación personal. Ésta se produce entre iguales, entre “personas”, entendiéndose por tales “la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo y una consciencia”¹⁶⁶. El concepto de persona¹⁶⁷ es, en definitiva, un producto social -a diferencia del individuo que es el resultado de procesos naturales-, por tanto, ser persona significa representar un papel¹⁶⁸, ser portador de un “rol de ciudadano que

¹⁶³ Cfr. JAKOBS, “Sociedad, norma y persona...”, op. cit., p. 32. Concluye que “el Derecho penal no se desarrolla en la consciencia individual, sino en la comunicación”.

¹⁶⁴ Ídem, p. 34.

¹⁶⁵ Ídem, p. 32. Jakobs define la comunicación instrumental como aquella que “puede servir a alguna finalidad o no, pero, en todo caso, el participante no se encuentra obligado a nada (...) esta comunicación es comparable al trato con una máquina: la máquina no tiene derecho a ser utilizada en forma correcta”.

¹⁶⁶ JAKOBS, *Sobre la normativización...*, op. cit., p. 20.

¹⁶⁷ Ibídem. El concepto de persona es un concepto relativo. No todo ser humano es persona, sino que “sólo puede ser persona jurídico-penal activa, es decir, autor o partícipe de un delito, quien dispone de la competencia de enjuiciar de modo vinculante la estructura de lo social, precisamente, el Derecho. Se trata, como resulta evidente, del concepto jurídico-penal de culpabilidad”.

¹⁶⁸ Cfr. JAKOBS, “Sociedad, norma y persona...”, op. cit., p. 22. Al respecto, explica con mayor detenimiento, que “persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible. Toda sociedad comienza con la creación de un mundo objetivo (...) Los partícipes de esa sociedad, es decir, los individuos representados comunicativamente como relevantes, se definen entonces por el hecho de que para ellos es válido el mundo objetivo, es decir, al menos *una* norma”.

ha de prestar fidelidad al Derecho”¹⁶⁹.

Una vez establecido el ordenamiento normativo, y, por consiguiente, asignados los roles, las personas “*deben* cumplir deberes”¹⁷⁰ y, en este sentido, son destino de expectativas normativas de otras personas frente a su comportamiento; pero también son titulares de derechos y, en esta calidad, dirigen tales expectativas a otras personas. Dichas expectativas se caracterizan porque en caso de defraudación no son abandonadas, no son resueltas mediante un reaprendizaje, sino que se conservan, “planteando la conducta errónea del infractor de la norma como causa decisiva de la defraudación”¹⁷¹.

Luego, las normas penales son “expectativas normativas institucionalizadas”¹⁷², que frente a su eventual defraudación mediante la comisión de un delito¹⁷³, entendido - sobre la base de una comprensión comunicativa de éste- como “una afirmación que contradice la norma”¹⁷⁴, se pretende mantener la expectativa mediante la imposición de una pena¹⁷⁵. Esta sanción rechaza el contraproyecto del mundo que el transgresor de

¹⁶⁹ JAKOBS, GÜNTHER, *Fundamentos del Derecho penal*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 11.

¹⁷⁰ JAKOBS, *Sobre la normativización...*, op. cit., pp. 18-19.

¹⁷¹ Ídem, p. 43.

¹⁷² Ídem, p. 19.

¹⁷³ Cfr. JAKOBS, “Sociedad, norma y persona...”, op. cit., p. 4. Jakobs define el delito como “una comunicación defectuosa, siendo imputado este defecto al autor como culpa suya”.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, op. cit., 2005, p. 275. Explica que Jakobs justifica la pena “como factor de cohesión del sistema político-social merced a su capacidad de restaurar la confianza colectiva, sobresaltada por las trasgresiones, en la estabilidad del ordenamiento (...)”. Esta observación no se corresponde exactamente con el pensamiento actual de Jakobs, sino con su primera etapa. *Vid.* CANCIO MELIÁ, MANUEL, y FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO en “¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de Günther Jakobs. Estudio preliminar”, en JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*. Traducción de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez. Civitas, 2006. Los profesores explican que la concepción de Jakobs acerca de la pena evoluciona tras treinta años de reformulaciones. Se pueden distinguir tres estaciones. En una primera etapa en que da énfasis al efecto psicológico de la pena – identificando en un primer momento la prevención general positiva con el ejercicio en la fidelidad al Derecho, y ulteriormente, con la confianza general en la vigencia de las normas. En la segunda fase de su pensamiento, identifica su teoría de la pena con un concepto funcional de retribución –estableciendo que, en última instancia, la función de la pena es confirmar la identidad de la sociedad-, y su actual visión de la pena que supone, en cierto modo, una reconocitivización de la teoría de la pena, que, respondiendo a la objeción general de abstracción dirigida a su teoría, incorpora factores empíricos, en especial dos elementos muy discutidos en la actualidad: la necesidad de un dolor penal y la problemática del sujeto imputable peligroso desde el punto de vista del Derecho penal del enemigo. Acerca de la etapa actual, *vid.* JAKOBS, *La pena estatal...*, op. cit., pp. 12-13. Jakobs explica que el delito no sólo es un ataque a una norma cualquiera, sino a una norma que forma parte de la realidad de la sociedad, y, de esta forma, desorienta en una doble dimensión: “ataca el carácter vinculante de lo normativo en la medida que el autor lo considera irrelevante en su caso, y perturba la cimentación cognitiva de la norma vinculante porque el hecho muestra (una vez más) que hay que contar con la producción de quebrantamientos de la norma”, y, continua manifestando que “ha de reaccionarse frente a ambas dimensiones: la parte simbólica de la pena, su significado como contradicción, se dirige contra la afirmación de que no se trata de una norma vinculante, y la cimentación cognitiva se mantiene porque el dolor penal transforma de modo final el hecho en una empresa fracasada”. Respecto de esto último, es decir, la demostración de que el delito no merece la pena, Jakobs, en esta obra, revisa la posición que mantenía hasta ese momento, y afirma que “no es sólo una función latente de la pena”, sino que la obligación del autor consiste en “tolerar una marginalización para mantener el carácter vinculante de la norma y un dolor penal para mantener el apoyo cognitivo”, en este sentido: “al autor se le trata como una persona que tiene una deuda con la sociedad”. Sin embargo, el hecho de ser persona también

la norma sostiene, confirmando, por una parte, que dicha afirmación es irrelevante, y, por otra, que se encuentran plenamente vigentes “las normas que integran la conformación social determinante”¹⁷⁶. Así, tal como sintetiza Jakobs, “la pena es siempre reacción ante la infracción de una norma”¹⁷⁷, y ésta debe ser definida en sentido positivo, esto es, no sólo como un mal infligido al delincuente, sino y antes que todo, como “una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable”¹⁷⁸. Por tanto, de la pena surge un mal, pero esto es algo secundario, al igual que las consecuencias psicosociales que se puede esperar de su aplicación¹⁷⁹. Con independencia de estas circunstancias, la pena cumple su cometido, únicamente, con la estabilización de la norma infringida.

El Derecho penal, en conclusión, resuelve siempre un problema del sistema social¹⁸⁰, y en cuanto sistema parcial, su función, consiste, precisamente, en “contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad”¹⁸¹.

3. Tesis de protección de la vigencia de las normas

3.1. Tesis de la vigencia de las normas. Protección mediata y parcial de bienes jurídicos

A partir de la función que asigna al Derecho penal Jakobs desecha la doctrina dominante de protección de bienes jurídicos.

De este modo, plantea la siguiente tesis: si la función del Derecho penal consiste en mantener la configuración básica de la sociedad, y ésta, a su vez, se conforma por

requiere una cimentación cognitiva, y de quien no pueda esperarse una conducta conforme a Derecho e incumpla persistentemente sus deberes, no puede ser tratado como persona, sino que como enemigo, ya que “junto con la deuda del autor por el hecho sucedido aparece lo necesario para el aseguramiento frente a hechos venideros”. No obstante, el cambio no es profundo, ya que el mismo Jakobs se preocupa de aclarar que el corolario es el mismo: “en el fondo, se trata de mantener la vigencia real de la norma, plenamente en el sentido de la prevención general positiva: la contradicción tiene el fin de apoyar la cimentación cognitiva, y en la medida en que ello resulte imprescindible, también el aseguramiento frente a hechos futuros sirve para alcanzar tal fin”.

¹⁷⁶ JAKOBS, “Imputación jurídicopenal...”, op. cit., p. 37.

¹⁷⁷ JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons, Madrid, 2º edición, corregida, 1997, p. 8.

¹⁷⁸ Ídem, p. 9.

¹⁷⁹ Cfr. JAKOBS, “Sociedad, norma y persona...”, op. cit., p. 4. Al respecto explica que ciertamente, puede que se vinculen a la pena determinadas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual de muy variadas características como, por ejemplo, la esperanza de que se mantenga o solidifique la fidelidad al ordenamiento jurídico. Pero la pena ya significa algo con independencia de estas consecuencias: significa autocomprobación”.

¹⁸⁰ Ídem, p. 21. Al respecto explica que “la solución de un problema social a través del Derecho penal tiene lugar en todo caso por medio del sistema jurídico en cuanto sistema social parcial, y esto significa que tiene lugar dentro de la sociedad. Por tanto, es imposible desgajar al Derecho penal de la sociedad; el Derecho penal constituye una tarjeta de presentación de la sociedad altamente expresiva”.

¹⁸¹ Ídem, p. 4.

normas, *ergo* el bien protegido por el Derecho penal es la vigencia de tales normas, o, si se quiere expresar desde su comprensión comunicativa del fenómeno penal, “la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción”¹⁸². A continuación, expondremos este razonamiento con más de detalle.

La teoría de protección de bienes jurídicos, explica el profesor de Bonn, supone la existencia de bienes previos al Derecho penal -como la vida, la salud, la propiedad, el funcionamiento de los órganos estatales y otros- de cuya protección el Derecho penal debiera ocuparse. Éstos, según la opinión del autor, pueden razonablemente llamarse bienes, ya que son “situaciones valoradas positivamente”¹⁸³, mas esta característica no basta para cualificarlos como “bienes jurídico-penales”¹⁸⁴.

En primer lugar, constata -en una observación superficial- que en la mayoría de los casos, estos bienes desaparecen de un modo que no interesa al Derecho penal. Así, pueden resultar menoscabados también por sucesos naturales y mediante procesos inevitables en que interviene el hombre, tal es el caso de la muerte por decrepitud o enfermedad de los seres humanos, el desgaste por el uso de una cosa que la torna inútil, la destrucción de un campo sembrado por una tormenta, etcétera¹⁸⁵. Estos casos, representan pérdidas de bienes -la vida y la propiedad, respectivamente-, sin embargo no realizan ningún tipo penal¹⁸⁶, por lo que sería absurdo entender que toda destrucción de un bien deba ser considerada una perturbación penalmente relevante. De este modo, Jakobs pretende demostrar la limitada utilidad de tal concepto de bien -como situación valorada positivamente-, ya que la perturbación de éste puede ser provocada por diversas causas, tales como las fuerzas de la naturaleza, el comportamiento humano no evitable y el comportamiento humano imputable, en circunstancias que sólo esta última es la que interesa al Derecho penal¹⁸⁷. Así, pues, señala que el “Derecho penal no cumple la función de garantizar la existencia de

¹⁸² JAKOBS, *Derecho penal*, op. cit., p. 45.

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ Según la terminología utilizada por Jakobs, “bienes jurídico-penales” son todos aquellos bienes que gozan de tutela penal.

¹⁸⁵ Cfr. JAKOBS, *¿Qué protege el Derecho penal...?*, op. cit., pp. 13-14.

¹⁸⁶ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, op. cit., p. 45.

¹⁸⁷ Ídem, p. 46. A propósito, sostiene que si se entiende el Derecho penal como protección de bienes jurídicos -del modo que él explica- “el pasado se convierte en un gigantesco cementerio de bienes jurídicos”. En este sentido, *vid.* ALCÁCER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito...*, op. cit., pp. 14 y ss., aclara que Jakobs, se alinea con el sector doctrinal que, desde los años treinta, reprocha el “naturalismo” del concepto de bien jurídico, y, especialmente, el concepto de delito como lesión de bienes jurídicos. De esta forma, Jakobs, frente a este “anatema naturalista”, dado por la circunstancia que un comportamiento penalmente relevante no se distingue de la mera causación de efectos en la naturaleza, ya que en ambos casos está presente una lesión de un bien jurídico, propone un concepto extremadamente normativista de delito.

dichos bienes en todo caso, sino sólo frente a ataques de determinada clase”¹⁸⁸.

Jakobs, en vista de estas consideraciones entiende que un bien es un bien jurídico cuando está “configurado como derecho del titular”¹⁸⁹, y explica que no existen bienes que no estén asignados a un titular, y no es el bien, sino el titular del derecho, el que puede requerir que su bien no sea lesionado. En otras palabras, “el Derecho no es un muro de protección colocado alrededor de los bienes, sino que el Derecho es la estructura de la relación entre *personas*”¹⁹⁰, y en este sentido, el Derecho penal -como protección de bienes jurídicos- tiene como misión proteger a las personas, en sus relaciones con otras personas, con el fin de evitar la lesión de los derechos sobre sus bienes.

No obstante, aun comprendiendo el bien jurídico en el sentido recién indicado, esto es, subordinado a la relación entre personas, Jakobs señala que esta visión es insuficiente¹⁹¹, ya que refleja únicamente una relación negativa existente entre todas las personas en el Derecho, que implica que “nadie debe lesionar los derechos de los demás”¹⁹², es decir, se refiere sólo al deber negativo que recae en la generalidad de las personas de no lesionar tales bienes; sin embargo, respecto de determinadas personas que desempeñan papeles especiales consistentes en “configurar al menos en un determinado campo con otro un mundo común”¹⁹³, el contenido de la expectativa que recae sobre ellas no es sólo negativo, en el sentido de no lesionar el bien de que se trata, sino también positivo, ya que tienen el cometido de realizar una determinada institución. Se trata, por ejemplo, de los jueces respecto a la correcta Administración

¹⁸⁸ Ídem, p. 45. Respecto a esta conclusión provisional de Jakobs referida a la extensión de la protección que el Derecho penal concede a los bienes jurídicos, huelga llamar la atención, nuevamente, en el punto de partida de Jakobs, y aclarar que éste es equívoco, ya que la teoría del bien jurídico en caso alguno –y en ninguna de sus versiones- postula que el Derecho penal tiene como fin la protección de bienes jurídicos ante toda lesión o puesta en riesgo.

¹⁸⁹ JAKOBS, *Sobre la normativización...*, op. cit., p. 52.

¹⁹⁰ JAKOBS, *¿Qué protege el Derecho penal...?*, op. cit., p. 15. Cfr., del mismo autor, *Sobre la normativización...*, op. cit., p. 41. Sostiene que “la tesis de protección de bienes jurídicos, al tomar como punto de referencia un bien, sale de un punto de partida erróneo, pues el derecho es una relación entre personas, sólo a través de éstas también entran en acción los bienes”.

¹⁹¹ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, op. cit., p. 52. Jakobs dirige su crítica a la tesis de protección de bienes jurídicos y le atribuye no sólo la insuficiencia para reflejar las relaciones presentes en la sociedad, sino que también señala que “muchos contenidos de normas del Derecho vigente no cabe explicarlos si se busca el fin de la norma sólo en la protección de bienes jurídicos, como sucede, entre otras, con las modalidades de hecho, de carácter objetivo y subjetivo, irrelevantes en relación con una lesión de bienes jurídicos. La protección de bienes jurídicos, por tanto, no alcanza a explicar todos los elementos del delito. Ni siquiera es necesaria para todos los delitos. La equiparación del fin de la norma y protección de bienes jurídicos o de delito y lesión de bienes jurídicos fracasa sobre todo en los delitos con infracción de un deber especial derivado de competencia institucional”. En relación a la línea crítica de Jakobs, se ha señalado que éstas últimas son objeciones dogmáticas a la teoría del bien jurídico, a diferencia de los reproches que tendrían su origen en los presupuestos metodológicos por él asumidos, y que nosotros trataremos en el acápite siguiente.

¹⁹² JAKOBS, *Sobre la normativización...*, op. cit., p. 53.

¹⁹³ JAKOBS, *¿Qué protege el Derecho penal...?*, op. cit., p. 21. Cfr., del mismo autor, *Derecho penal*, op. cit., pp. 52 y ss.

de Justicia, los padres en relación al cuidado de sus hijos, la policía en lo tocante a la seguridad de los ciudadanos, etcétera. En tales casos, sobre el autor recaen expectativas de comportamiento, cuyo contenido no se puede reflejar –en el caso de los delitos especiales propios- o sólo incompletamente –en los delitos especiales impropios- si únicamente se hace referencia al deber –negativo- de no lesionar un bien¹⁹⁴. Y cuando los portadores de un papel especial infringen su deber, lo que hacen, en términos generales, es dejar de constituir un bien, no lesionar uno ya existente.

Considerando esto, Jakobs explica que el Derecho penal no puede tomar como punto de referencia primario la lesión de bienes¹⁹⁵, ya que la sociedad no sólo está conformada por sujetos que acumulan bienes, sino que, junto a ello, “con igual carácter originario, han de considerarse los roles de las personas”¹⁹⁶. En vista de esta situación, sostiene que el concepto bien jurídico sólo refleja parcialmente la estructura de la sociedad¹⁹⁷.

Por consiguiente, y teniendo presente la concepción de delito en cuanto afirmación de una realidad contraria a la norma llevada a cabo por una persona competente¹⁹⁸, es decir, aquella cuyo rol¹⁹⁹ consiste en no lesionar –deber negativo- o constituir –deber positivo- determinado bien, Jakobs acaba por aseverar que “el núcleo de todos los delitos se hallaría en el incumplimiento de un deber”²⁰⁰. Pero este incumplimiento del deber no es sólo un factor común entre los delitos de lesión y los especiales, sino que hace referencia a una “concepción de todos los delitos a la manera de los delitos especiales”²⁰¹, es decir, nunca se trata únicamente de la lesión de un bien jurídico mediante la infracción de un deber negativo- siempre que se trate de la

¹⁹⁴ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, op. cit., pp. 52-53.

¹⁹⁵ Cfr. JAKOBS, *¿Qué protege el Derecho penal...?*, op. cit., p. 23. En este sentido, explica que “la suposición de que como en un sector parcial del Derecho penal de hecho aparecen bienes, todo el Derecho penal ha de estar en el contexto de la protección de bienes, no puede justificarse de ninguna de las maneras”.

¹⁹⁶ Ídem, pp. 33-34.

¹⁹⁷ Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización...*, op. cit., p. 53.

¹⁹⁸ Cfr. JAKOBS, *¿Qué protege el Derecho penal...?*, op. cit., p. 29. Al respecto, afirma que en el mundo normativo hay ámbitos de responsabilidad, por lo que “no se espera de todos y cada uno que evite toda lesión de un bien, sino precisamente, sólo de aquél al que ello le incumbe”.

¹⁹⁹ Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización...*, op. cit., pp. 54-56, acerca de la determinación del contenido de los roles llevada a cabo por la teoría de la imputación objetiva, específicamente, la teoría del comportamiento no permitido.

²⁰⁰ JAKOBS, *Derecho penal*, op. cit., p. 53. Acerca de la concepción del delito como lesión del deber, *vid.* ALCÁCER GUIRAO, op. cit., p. 14. Explica que el rechazo al bien jurídico no es un fenómeno reciente. “Por el contrario, ya en etapas previas de la historia de la dogmática –especialmente en la década de los años ‘30 en Alemania- surgieron voces que, frente a esa concepción de delito, postularon un concepto de delito como “lesión de deber”. Esta concepción comparte con la sostenida en la actualidad por el profesor de Bonn no sólo el rechazo al concepto de delito como lesión de bienes jurídicos, sino también la opción por una misma noción genérica –estructural- de delito: lesión de la norma; no obstante las diferencias serán esenciales en relación con el contenido de ese deber –mayor o menor subjetivación-, lo cual dependerá a su vez de los presupuestos teleológicos –y, en última instancia, ideológicos- de que cada concepción parte”.

²⁰¹ JAKOBS, *Derecho penal*, op. cit., p. 53.

protección de bienes-, sino que siempre del quebrantamiento del rol como ciudadano fiel al Derecho²⁰².

De este modo, arriba al postulado central de su teoría: “el Derecho penal protege la vigencia de la norma, y sólo de modo mediato y parcial también bienes”²⁰³, y en este sentido, el bien jurídico-penal ya no es una situación valorada positivamente –aquella es, simplemente, un bien jurídico en la terminología de Jakobs-, sino que es la propia valoración vigente.

Así pues, bien jurídico penal es, en síntesis, la “vinculatoriedad práctica de la norma”²⁰⁴, y, entendido de esta manera, no puede ser lesionado por un mero comportamiento externo, sino que sólo por un comportamiento en tanto suceso significativo²⁰⁵. El autor advierte que en virtud del principio del hecho, el hecho punible debe ser siempre un comportamiento externo, perceptible por los sentidos, pero destaca que esto no es lo determinante, sino que lo verdaderamente trascendente es el significado del comportamiento, en cuanto afirmación contraria a la norma. Explica esto con un ejemplo: en el homicidio, el bien jurídico-penal está constituido por la oposición a la norma que prohíbe el homicidio, no por la causación de la muerte, ésta última sólo constituye la lesión de un bien.

3.2. Crítica político criminal a la teoría de protección de bienes jurídicos

Además de las ya delineadas, Jakobs formula objeciones de corte político-criminal a la teoría del bien jurídico, que, en gran medida, constituyen una respuesta frente a la ausencia de potencia crítica que los representantes de ésta imputan a su tesis.

En este sentido, los partidarios de la teoría del bien jurídico defienden que ésta tiene un doble contenido liberal. Por una parte, limita el Derecho penal a la salvaguarda de bienes, entendidos éstos en contraposición a las infracciones meramente morales; y, por otra parte, restringe el Derecho penal al castigo de la lesión o de comportamientos próximos a ella, descartando de este modo la punibilidad de las puestas en peligro abstractas²⁰⁶.

Respecto al primer postulado, Jakobs explica que desde una perspectiva histórica se puede demostrar que delitos como el adulterio o la homosexualidad no estaban tipificados porque el legislador de antaño pensara que se debían punir las meras infracciones morales, sino que consideraban como bien el orden de las familias o

²⁰² Cfr. JAKOBS, *¿Qué protege el Derecho penal...?*, op. cit., pp. 29-31.

²⁰³ JAKOBS, *Sobre la normativización...*, op. cit., p. 56.

²⁰⁴ JAKOBS, *Derecho penal*, op. cit., p. 47.

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ Cfr. JAKOBS, *¿Qué protege el Derecho penal...?*, op. cit., p. 35.

matrimonio monógamo y la moral impuesta por la religión, respectivamente. Según este autor, el legislador antiguo nunca protegió –y el actual tampoco-, la moral por sí misma, sino tan sólo algunos contenidos de ésta cuando “la sociedad los necesite o los crea necesitar”²⁰⁷, y en este sentido, declara que esas parcelas de la moral “necesarias” son un bien.

De este modo, Jakobs da valor a la contravención moral, pero muy limitado, siguiendo el siguiente razonamiento: entiende que pese a que toda sociedad necesita confrontaciones para evolucionar, se puede decir que el hecho de no ser enfrentada constantemente con lo que se considera incorrecto, es para ésta un bien. Así, destaca que en el actual Derecho alemán están vigentes una serie de delitos en que la razón de la punición radica, de acuerdo a su parecer, en la “irritante incorrección de la conducta”, tal es el caso del maltrato de animales, blasfemia, exhibicionismo e incesto, entre otros. Respecto de este último señala que probablemente se despenalizará en el futuro arguyendo que no lesiona bien jurídico alguno, y esto es de cierta manera cierto, empero, en el siglo pasado, la confusión del rol familiar con el rol de pareja sexual lesionaba un bien: la correcta estructuración de la familia²⁰⁸. En este sentido, otorga un escaso valor a la contraposición entre lesión de un bien e infracción moral – a diferencia de la tesis de protección de bienes jurídicos-, ya que sólo puede dar lugar a una revisión de los bienes protegidos con el objeto de verificar si alguno ha dejado de serlo; pero esto en absoluto implica una imposibilidad de considerar un determinado aspecto de la moral como bien penalmente protegido, sino, simplemente, en caso que un contenido moral sea considerado como bien, y esta moral ha cambiado, entonces también se formula un mandato de renovación en el Derecho punitivo. Por tanto, en opinión de Jakobs, la teoría del bien jurídico no constituye un obstáculo a la penalización de conductas meramente inmorales, es decir, carecería del contenido liberal que le han atribuido sus afiliados.

En cuanto a la segunda premisa, los defensores de la teoría del bien jurídico argumentan que el planteamiento de Jakobs se mantiene en un plano formal, privado de toda capacidad crítica, en especial, demostrando una ausencia de obstáculos para punir conductas constitutivas de delitos de peligro abstracto. A esta objeción, el profesor alemán responde con otra crítica, y declara que si se tratara de proteger bienes jurídicos, nada sería más efectivo que intervenir en forma anticipada y no esperar que se produzca la lesión en un determinado bien.

²⁰⁷ Ídem, p. 38.

²⁰⁸ Cfr. JAKOBS, *¿Qué protege el Derecho penal...?*, op. cit., p. 39.

En la visión de Jakobs, los delitos de peligro abstracto están legitimados²⁰⁹, ya que en una sociedad de libertades, que hace posible los contactos anónimos, el legislador no puede prohibir todo acto por realizar, sino que debe establecer un objetivo, y permitir que la consecución de dicho fin la administre cada persona de forma descentralizada²¹⁰, sin embargo, en este trayecto, los ciudadanos tienen “representaciones muy diversas acerca del significado de su conducta”²¹¹, lo que incluye, obviamente, la valoración del riesgo. Luego, en la sociedad coexisten diversas estimaciones del riesgo que conlleva una conducta determinada, y como en una sociedad anónima es imposible conocer la visión del riesgo de las personas con quienes se va a interactuar, el legislador unifica los criterios, estableciendo “máximas iguales para todos”²¹², es decir, se preocupa de que todas las personas tengan la misma apreciación del riesgo que implica una conducta determinada. Y esto lo hace, precisamente, prescribiendo puestas en peligro abstractas. Jakobs explica que estas prohibiciones se justifican a nivel del Derecho penal en la medida que proporcionan una seguridad cognitiva que es condición necesaria para gozar de los bienes, o en palabras de Jakobs, para que los bienes sean “buenos”²¹³. El autor observa que en la doctrina alemana se ha llegado a establecer que esta seguridad necesaria es un bien, y, justamente esta circunstancia revela, en opinión de Jakobs, la arbitrariedad de la tesis de protección de bienes jurídicos, ya que cualquier estado deseado puede ser elevado a la categoría de bien jurídico protegido penalmente.

En síntesis, Jakobs plantea que la doctrina del bien jurídico es arbitraria e insuficiente, ya que no sólo no puede determinar qué bienes deben ser asegurados por vía penal y, por tanto, deja el camino abierto a que cualquier situación valorada positivamente sea considerada como bien digno de protección penal, sino que también es limitada en cuanto no puede fundamentar que la protección de las normas penales deba estar siempre dirigida a bienes²¹⁴. Así, expresamente declara que “*la configuración del orden que ha de proteger el Derecho penal no viene definida por todos los bienes y no siempre sólo por bienes*”²¹⁵. De esta afirmación concluye, como ya se esbozó en el acápite

²⁰⁹ Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización...*, op. cit., p. 59. Su postura al respecto es tajante, señala que “no se puede prescindir de los delitos de peligro abstracto”.

²¹⁰ Cfr. JAKOBS, *¿Qué protege el Derecho penal...?*, op. cit., p. 57.

²¹¹ JAKOBS, *Sobre la normativización...*, op. cit., p. 57.

²¹² JAKOBS, *¿Qué protege el Derecho penal...?*, op. cit., p. 44.

²¹³ Cfr. JAKOBS, *Sobre la normativización...*, op. cit., p. 58.

²¹⁴ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, op. cit., p. 56. En el mismo sentido explica ALCÁCER GUIRAO, op. cit., p. 69. Jakobs insiste en que la tutela de bienes jurídicos es realizada también por otros ámbitos del Derecho, por lo que no permite otorgar al Derecho su carácter específico. En este sentido, reiteramos que Jakobs contrapone este argumento a la teoría del bien jurídico, en circunstancias que ésta no sostiene lo contrario.

²¹⁵ *Ibidem*. Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, op. cit., pp. 48 y ss. Jakobs responde a esta debilidad de la teoría de los bienes jurídicos, afirmando que la decisión de qué bienes son dignos de protección penal depende

anterior, que el objeto –mediato- del Derecho penal no es únicamente la protección de bienes, sino que éstos sólo constituyen un sector de éste, y, que, incluso cuando se trata de la tutela de bienes, éstos no gozan de protección absoluta por parte del Derecho penal.

En atención a estas consideraciones, Jakobs plantea el eje central de toda la reformulación que realiza de la dogmática penal: la teoría del Derecho penal como protección de vigencia de la norma²¹⁶; postulado que erosiona profundamente las bases de un Derecho penal liberal, y cuya asunción acarrea importantísimas consecuencias de índole dogmática y político criminal.

más bien de la dañosidad social de la conducta lesiva, y ésta se debe injertar desde “fuera”, para poder calificar la lesión de un bien como lesión de un bien jurídico. Asimismo, explica que la dañosidad social no se presenta únicamente referida a comportamientos lesivos para bienes, al sostener que “sólo el interés público en la conservación de un bien lo convierte en bien jurídico, y el interés público no se refiere siempre a la conservación de bienes”. En definitiva, plantea que la determinación de lo socialmente dañoso radica en el cuestionamiento de la validez de la norma, y no como señala Amelung en “los procesos de interacción” perturbados por el hecho como suceso externo. Sin embargo, no renuncia completamente a la doctrina de protección de bienes jurídicos, apuntando que “no se debe prescindir del filtro de la dañosidad *social*, y las normas que pasan ese filtro en parte son normas protectoras de bienes jurídicos, en parte normas para la creación de bienes jurídicos (delitos especiales y delitos de propia mano) y en parte normas para proteger la paz jurídica”. De este modo, explica que “lo importante es que la punibilidad se oriente no a lo *disvalioso per se*, sino siempre a la dañosidad *social*”. Es curioso que en las obras específicas dedicadas a la tesis de la vigencia de la norma como bien jurídico-penal, publicadas después de su obra general, no haga mención a la dañosidad social. Esta omisión se explicaría tanto por la equiparación que Jakobs hace de la dañosidad social con el quebrantamiento de la vigencia de la norma, como por su afán de evitar el manejo de un concepto tan desprestigiado y que conduce fácilmente a dar prioridad axiológica a los intereses de la sociedad por encima de los de los individuos.

²¹⁶ Cfr. JAKOBS, *¿Qué protege el Derecho penal...?*, op. cit., p. 64.

CAPÍTULO CUARTO

Reafirmación de la importancia de la noción de bien jurídico frente a tesis de Jakobs

1. Concepto material de bien jurídico

Como podemos apreciar al analizar la reseña de la evolución histórica del bien jurídico y del estado actual de la discusión, no se cuenta con un concepto exacto y unánime acerca de qué se debe entender por “bien jurídico”, es decir, la determinación del contenido del bien jurídico no responde a criterios uniformes y satisfactorios. Empero, la imprecisión de que adolece el concepto de bien jurídico no es razón suficiente para renunciar a él, sino que representa una exigencia de redoblar los esfuerzos para definirlo mejor²¹⁷.

No pretendemos proponer un concepto inequívoco de bien jurídico; por lo demás, no creemos posible ni útil formular uno con la pretensión que opere casi mecánicamente, de modo que permita reducir la reflexión acerca de contenido material de los tipos penales a una especie de subsunción de ellos al bien jurídico²¹⁸. No obstante, podemos identificar ciertos contenidos mínimos, con los que cuentan varios conceptos propuestos por la doctrina²¹⁹, y que conjugan su carácter garantista, consecuente con los principios que rigen todo Estado social y democrático de Derecho, y su perfil dinámico, que reclama un equilibrio entre la delimitación rigurosa del concepto y la amplitud necesaria para comprender nuevas realidades sociales valoradas, sin caer en una ineficacia crítica.

²¹⁷ Representan concreciones que apuntan a este desafío, la sistematización de los bienes jurídicos colectivos emprendida por HEFENDEHL, *vid.* “El bien jurídico como eje material...”, *op. cit.*, pp. 179-196, y la clasificación de los mismo realizada por BUSTOS, *vid.* “Los bienes jurídicos colectivos” en *Obras completas*, *op. cit.*, tomo II, pp. 110-125. También la distinción entre bien jurídico y función llevada a cabo por JUÁREZ TAVARES, *vid.* *Bien jurídico y función en el Derecho penal*, *op. cit.*, por nombrar sólo algunas.

²¹⁸ En este sentido, *cfr.* HEFENDEHL, “El bien jurídico como eje material...”, *op. cit.*, p. 179. SCHÜNEMANN, “El principio de protección de bienes jurídicos...”, *op. cit.*, p. 200.

²¹⁹ Diversos conceptos cumplen con los contenidos mínimos que se pasan a exponer, sin perjuicio de que cada cual le da énfasis a uno u otro elemento. Así, Fernández, *op. cit.*, p. 144, define los bienes jurídicos como “valores de la relación social, indispensables para el desarrollo de la sociedad y para la autorrealización del sujeto en ella, que nacen y coinciden con los derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional”. GOMES, LUIZ FLÁVIO, “Norma penal, bien jurídico, principio de ofensividad y lineamientos de la teoría constitucional del delito” en el *Penalista Liberal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 302, se refiere a bien jurídico como bien existencial “consustanciado en una relación social y valorado positiva y jurídicamente”. ROXIN, *Derecho penal*, *op. cit.*, p. 56, señala que “los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”.

En primer lugar, se debe tratar de un concepto material²²⁰ de bien jurídico, esto es, referido a ciertas condiciones o posibilidades, materiales o inmateriales cuya preservación es considerada importante por la sociedad en su conjunto, es decir, que gozan de consenso en un momento histórico determinado. En este punto, se subraya la base fáctica²²¹ del concepto de bien jurídico, es decir, referido a un dato del ser, susceptible de ser lesionada por una conducta humana. En este sentido, debemos recordar el certero razonamiento de Birnbaum, quien al criticar la tesis de Feuerbach arguye que los derechos subjetivos no pueden ser abstraídos o disminuidos por una acción humana, y elabora el concepto de “bien” con clara referencia a una base fáctica. De forma análoga, podemos afirmar que el concepto de vigencia de la norma postulado por Jakobs como objeto del Derecho penal tampoco es susceptible de ser “lesionado” por una conducta humana. Las normas se infringen, se violan, pero no se lesionan. Es más, la vigencia de una norma en particular no depende de su observancia por parte de los sujetos imperados, sino que del cumplimiento del procedimiento establecido en la Constitución para la entrada en vigor de las mismas, su acatamiento o no en un caso concreto determinan la eficacia de ésta, mas no influyen en su vigencia. Desde otro prisma, debemos destacar que la teoría del bien jurídico es consecuente con la naturaleza sancionadora del Derecho penal, pues éste se limita a proteger bienes jurídicos ya existentes, tutelados en otros sectores del ordenamiento jurídico. Por el contrario, la tesis de Jakobs carece de punto de contacto entre los planos del ser y deber ser, en otras palabras, entre la base fáctica y la base normativa; en puridad, en su planteamiento no está presente la referencia al plano del ser, a la concreta vida que termina con un homicidio, a la específica cosa sustraída en un hurto. En este sentido, la teoría de la protección de la vigencia de la norma, desconoce la naturaleza sancionadora del Derecho penal, al propugnar como objeto protegido por éste la vigencia de la norma penal, esto es, la propia norma creada por el legislador.

²²⁰ Hablamos de concepto “material” de bien jurídico, para oponerlo a concepto formal de bien jurídico, como el postulado por Jakobs, y anteriormente, por autores como Binding. Sin embargo, esta calificación no restringe el concepto de bien jurídico exclusivamente a condiciones que tengan una realidad material, como a vida o el patrimonio, sino que considera condiciones inmateriales, como el honor. Respecto de los bienes jurídicos de naturaleza inmaterial, es necesaria también –al igual que los de índole material- una correcta delimitación de sus contenidos. En este sentido y en relación con el honor como bien jurídico, cfr. BIRNBAUM, op. cit., pp. 21 y ss., quien desecha el concepto de honor que maneja Feuerbach como “derecho al honor”, pues no se entiende cómo se podría producir una lesión de éste ya que “no se puede arrebatar la manifestación exteriorizada de respeto”, y también rechaza la concepción de honor que posee su raíz en la personalidad civil. Al respecto postula que es acorde con el concepto natural de lesión la concepción del honor como un “bien intelectual que, para nosotros, radica en el reconocimiento ajeno de nuestro valor como hombres y ciudadanos”.

²²¹ TAVARES, op. cit., p. 74. Explica que “percibiendo la necesidad de que el bien jurídico posee una determinada sustancia y no es simplemente inferido de un dato normativo, JÄGER y ROXIN resaltaron, ya hace algunos años, en ocasión de sus respectivas tesis de cátedra, el carácter de objeto valorado, esto es, vinculado a un juicio de valor y susceptible de alteración en el mundo exterior. Con eso, descartaron de la noción de bien jurídico, como objeto de protección de la norma, las situaciones referentes a la moralidad pública, a las buenas costumbres, al bien común, al sentimiento del pueblo y otras semejantes”.

Sin embargo, en razón de esta característica, sólo se desechan del abanico de opciones los conceptos que reducen el bien jurídico a un concepto formal, pero no proporcionan un concepto con el que se pueda trabajar en la limitación del *ius puniendi* estatal.

Grisolía, con impecable claridad, resalta que “el bien jurídico es un concepto de Derecho, y por ende, supone también una valoración”²²², por lo que, a este aspecto fáctico, hay que agregar uno axiológico. De este modo, debemos resaltar que se trata de condiciones valoradas positivamente, es decir, consideradas fundamentales por los individuos para lograr su autorrealización en una sociedad determinada. En este punto, debemos destacar que la valoración es efectuada por los propios individuos que conforman la sociedad y no por el legislador de forma unilateral.

Esta última es, en puridad, la gran diferencia con la tesis de Jakobs. El punto de partida del autor alemán es, directamente, la norma penal vigente, la cuestión del contenido axiológico de ésta no interesa, puede ser portadora de un autoritarismo descarado o de la más prolija tradición liberal, y, en cualquier caso, el Derecho penal debe velar por su conservación. En este sentido, el propósito declarado por el autor alemán en orden a que su doctrina es “axiológicamente neutra”, es inaceptable en una teoría penal, que necesariamente ha de ser valorativa²²³, y, sólo es declarado mas no real, pues no se restringe a una visión descriptiva de la ciencia penal, sino que, igualmente, realiza consideraciones de carácter valorativo, en especial al erigir como valor supremo la preservación del sistema normativo vigente, lo que encierra el peligro de amparar concepciones autoritarias del Derecho penal.

Debemos hacer una última prevención relativa al contenido este concepto. La valoración a que nos referimos debe estar orientada en todo momento por el respeto a los principios y valores vigentes en un Estado social y democrático de Derecho²²⁴, cuya

²²² GRISOLÍA, op. cit., p. 47.

²²³ Cfr. GOMES, op. cit., p. 308, sostiene que “las reglas jurídicas, incluyendo evidentemente las penales, sólo pueden tener existencia en la medida que sean realización de los *valores básicos* (libertad, justicia, igualdad, pluralismo, dignidad) contemplados en cada Constitución y que consubstancian un conjunto normativo de respeto a la libertad ajena”.

²²⁴ Cfr. TAVARES, op. cit., pp. 76-77. El profesor brasileño, enseña que “la construcción valorativa del bien jurídico, como dato del ser, significa orientar su cognición al propósito de someter sus conclusiones a una contraprueba, o sea, el proceso cognitivo debe estar subordinado, ante todo, a un juicio de refutabilidad correspondiente a los preceptos de un Estado democrático, fundado en la más absoluta transparencia de sus objetivos. Con eso, sólo será caracterizado como bien jurídico aquello que pueda ser concretamente lesionado o puesto en peligro, pero de tal modo que la afirmación de esa lesión o de ese peligro sea susceptible de un procedimiento de contestación. En el ámbito de los estrechos límites del injusto penal, no basta caracterizar, así, un valor como bien jurídico que pueda ser reducido, directa o indirectamente, a su característica de personalidad sino que debe afectar, ante todo, a la persona humana”. En el mismo sentido, COBO DEL ROSAL, MANUEL, y VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR, *Derecho penal*. Parte general. Tirant lo Blanch, Valencia, 1987, pp. 224-225, señalan que “la idea de ‘Estado social y democrático de Derecho’ que ‘propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad, y el pluralismo político’ (artículo 1 de la Constitución de 1978) debe presidir la formación de ese concepto material de bien jurídico”.

base es el respeto por la dignidad del hombre. Este requisito, a primera vista parecería redundante si la valoración tiene su origen en los propios individuos que conforman una sociedad dada, pero no está demás resaltar, pues de esta forma, se pueden excluir del concepto condiciones o realidades sociales que, a pesar de gozar de la aprobación de un sector importante de la sociedad, menoscaban una existencia digna del hombre, como muchas de las conductas tipificadas en los catálogos modernos²²⁵.

1.1. Atributo liberal de este concepto. La persona como centro de la protección penal *versus* el sistema como centro de la protección penal

Ya señalamos, como uno de los contenidos mínimos de este concepto, que la relación vital valorada, en que consiste el bien jurídico, es realizada por los individuos en el seno de la vida en sociedad y debe estar orientada en todo momento a la realización de la dignidad del ser humano.

En este sentido, debemos resaltar su cariz liberal frente a la tesis de Jakobs, quien plantea que el fin del Derecho penal no es la protección de la persona humana, sino la del sistema social vigente.

El bien jurídico, en tanto objeto protegido por el Derecho, como señala Tavares, “se halla inserto en el amplio aspecto de la finalidad del conjunto del ordenamiento jurídico, cumple la función de protección, no de sí mismo sino de la persona humana, que es el objeto final de todo el orden jurídico”²²⁶. Es pues, el ser humano, el centro, el eje de toda protección penal. En este punto, es absolutamente necesario, un correcto entendimiento del concepto de bien jurídico colectivo²²⁷, pues, creemos que la amplitud con que se los ha reconocido en algunos Códigos penales posibilita la desviación de la tutela centrada en el sujeto a intereses que no están orientados a proteger directa o mediatamente al ser humano en la realización de su existencia digna. Así, tal como señala Tavares, “sólo podrá ser reconocido como bien jurídico lo que pueda ser reducido a un ente propio de la persona humana”²²⁸.

En cambio, el planteamiento funcionalista de Jakobs, choca frontalmente con los presupuestos individualistas en que se asienta la teoría del bien jurídico. Desde esta visión, postula que “sin una sociedad en funcionamiento, faltan las condiciones

²²⁵ *Vid.*, *supra*, cap. II, 2.

²²⁶ TAVARES, *op. cit.*, p. 40.

²²⁷ En este sentido, Hassemmer plantea la “funcionalización de los bienes jurídicos colectivos a intereses individuales”, *cfr.* “¿Puede haber delitos...?”, *op. cit.*, p. 96. También Tavares, *cfr.* *op. cit.*, pp. 71 y ss., descarta la distinción clásica entre bienes jurídicos individuales y colectivos, y propone un bien jurídico “personal”, que no excluye la protección a los bienes jurídicos colectivos, sino que lo delimita claramente de las funciones.

²²⁸ *Op. cit.*, p. 71.

empíricas de la subjetividad”²²⁹. De esta forma, insiste en que sin sociedad no hay personas libres²³⁰ sino un cúmulo de individuos incapaces de concebir un mundo objetivo, por tanto, entiende que “es la sociedad la que se erige en constitutiva de lo humano”²³¹, es decir, sólo el proceso de comunicación social les da el carácter de personas, portadoras de derechos y deberes. Jakobs al responder a esta objeción, en ningún caso argumenta a favor de una comprensión del Derecho penal centrada en la persona humana, sino que plantea una premisa tan ambigua que nos da la razón, al afirmar que “no se trata de que la sociedad, entendida como algo hecho y terminado, se anteponga al sujeto, pero también queda excluido lo contrario (...) la subjetividad no sólo es un presupuesto, sino también una consecuencia de la socialidad”²³².

Con esta defensa, el autor alemán no hace más que ratificar que la protección de la persona humana no constituye el fin del Derecho, en cuanto sistema social parcial, pues difícilmente podría serlo si no existe previamente, y en el fondo, lo que hace es valorar positivamente el mantenimiento de la identidad normativa vigente, esto es, otorga prioridad axiológica a la sociedad por encima de los individuos que la conforman, por lo que podemos deducir que acepta el riesgo que ello implica²³³.

Aun cuando, ya a primera vista, esto parece una aberración, esta teoría penal supera todos los límites racionales, ya que además de funcionalizar el concepto de persona en razón de la conservación de la identidad normativa de la sociedad, sostiene que no todos los individuos que la componen son personas²³⁴, distinción que confirma el nulo respeto que esta doctrina demuestra a la dignidad humana²³⁵.

2. Bien jurídico como fundamento de la intervención penal

El bien jurídico, como objeto exclusivo de protección del Derecho penal, es más

²²⁹ “Sociedad, norma y persona...”, op. cit., p. 12.

²³⁰ Ídem, p. 13. De forma explícita señala que “sin proceso de comunicación no se generan sujetos libres”.

²³¹ GARCÍA AMADO, op. cit., p. 234.

²³² JAKOBS, “Sociedad, norma y persona...”, op. cit., pp. 13-14.

²³³ SILVA SÁNCHEZ, JOSÉ MARÍA, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Bosch, Barcelona, 1992, p. 269, observa que “la alusión exclusiva a la disfuncionalidad social encierra el peligro, de raíz totalitario, de atender a las necesidades del conjunto social, olvidando al individuo”.

²³⁴ Hacemos referencia, en este punto a la calificación de “enemigos” que formula Jakobs a individuos, que no obstante siendo imputables, por su conducta anterior son considerados “más peligrosos” y respecto de los cuales no se puede esperar que su conducta se apegue a Derecho, o en términos sistémicos, no se puede esperar que cumpla las expectativas normativas que se dirigen a toda persona, circunstancia que basta al autor alemán para excluirlos del concepto de persona y degradarlo a la condición de “enemigos”, con la consiguiente pérdida de garantías o derechos. Cfr. BUSTOS, *Obras completas*, op. cit., pp. 314-315, califica la posición de Jakobs dentro de las tendencias deshumanizadoras, “que nos recuerda en Latinoamérica la doctrina de seguridad nacional (...) en que se diferenció entre ciudadanos y enemigos según la amistad y simpatía con el régimen, o bien, la disidencia política”.

²³⁵ Cfr. MIR PUIG, SANTIAGO, “Límites del normativismo en el Derecho penal” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, n° 07-18, p. 18:12 (nota 32).

que una opción político criminal acorde con los presupuestos de un Estado social y democrático de Derecho, pues se constituye como piedra angular de la teoría del delito de cara a su interpretación. De este modo, no se circunscribe exclusivamente al plano de la tipicidad, ni se limita únicamente al elemento de la antijuridicidad –donde ha sido tratado por gran parte de la doctrina²³⁶-, sino que da contenido material a ambos elementos del injusto a la par de gobernar la interpretación de la ley penal.

La noción de bien jurídico, en tanto valor tutelado, ínsito en la propia dogmática penal, tiene como cometido, en términos generales, “avanzar más allá de la mera comprensión exegética y literal de la ley”²³⁷, emplazándose en el centro de la investigación, que, con arreglo a una concepción teleológica –en la cual los valores se disponen jerárquicamente entre sí- le da el tono a todos los otros valores²³⁸.

2.1. Bien jurídico como fundamento del injusto

Una de las funciones propias del bien jurídico es la de servir de elemento estructural del injusto²³⁹, y esto en sus dos momentos valorativos, tanto en el terreno de la tipicidad penal como en el campo de la antijuridicidad.

2.1.1. Bien jurídico como fundamento de la tipicidad

A mediados del siglo pasado, no se dudaba que el bien jurídico era el fundamento de la antijuridicidad, esto es, se la dotaba de “contenido”; sin embargo, se excluía la tipicidad de la relación con el bien jurídico²⁴⁰, ya que se entendía que consistía en un juicio cognitivo de comparación, que, excepcionalmente, exigía valoración en caso de presentarse elementos normativos del tipo. En términos generales, el juicio de tipicidad tenía un carácter principalmente formal.

Náquira Riveros se pregunta por la relación entre tipo penal, norma y bien jurídico, y concluye que “el estudio de un tipo penal nos llevará necesariamente, a determinar su razón de ser, su sentido y alcance, a indagar cuál es la norma prohibitiva que subyace y, a través de ella, cuál es el bien jurídico tutelado”²⁴¹, y en este sentido, el

²³⁶ Gran parte de la doctrina desarrolla la idea de lesión de bienes jurídicos a propósito del elemento antijuridicidad, en especial de la “material”, que se encuadra en la distinción que efectuó von Liszt entre antijuridicidad formal y material. Sin perjuicio de no compartir esta diferenciación, en este punto hacemos alusión al escaso tratamiento del concepto de bien jurídico aplicado al sistema del delito en general.

²³⁷ FERNÁNDEZ, op. cit., p. 152.

²³⁸ BETTIOL, op. cit., p. 244.

²³⁹ Cfr. TAVARES, op. cit., p. 83.

²⁴⁰ La tipicidad se entendía en términos meramente objetivo-descriptivos, como en sus inicios lo planteó Beling. Luego, M. E. MAYER, al identificar elementos normativos del tipo que implican una referencia a un juicio de valor, descarta el carácter pretendidamente neutro de la tipicidad, *vid. Derecho penal. Parte general. Traducción de Sergio Politoff, revisión general y prólogo por José Luis Guzmán. B. de F., Montevideo- Buenos Aires, 2007, pp. 9, 113 y ss.*

²⁴¹ NÁQUIRA RIVEROS, op. cit., p. 69.

estudio de la tipicidad exige una doble valoración²⁴², no sólo respecto de la adecuación formal de la conducta concreta a la descripción legal general y abstracta, sino que también la idoneidad de aquélla para afectar el bien jurídico protegido.

Por tanto, una conducta es típica no sólo si se puede subsumir lógicamente en un tipo penal determinado, sino que con aquélla debe significar, además, una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

Hemos señalado, entonces, que el bien jurídico actúa como límite tácito²⁴³ de la tipicidad, pues ésta no se agota en la acción descrita, y, en este sentido “da contenido material a la tipicidad”²⁴⁴. Esto conduce a excluir la tipicidad en los casos en que el comportamiento concreto carece en absoluto de contenido material, esto es, resulta absolutamente inofensivo. Hormazábal señala como ejemplo, todos los supuestos de delito imposible por inidoneidad absoluta en los medios o en el objeto²⁴⁵. Quien dispara a un cadáver o a una persona con una arma de utilería, realiza la acción formal descrita en el tipo, mas ella no logra afectar en modo alguno el bien jurídico que se pretende proteger, en consecuencia, la conducta es atípica “materialmente”.

Un sector de la doctrina²⁴⁶ cita, en este punto, los supuestos de adecuación social de la conducta²⁴⁷, referidos a comportamientos determinados que, no obstante resultar conformes al tipo legal, son “socialmente adecuados”, en el sentido que se mueven en un orden históricamente constituido²⁴⁸. Una conducta de este tipo no necesariamente es ejemplar, sino que, en palabras de Welzel, es aquella que “se mantiene dentro de los

²⁴² Cfr. FERNÁNDEZ, op. cit., p. 160.

²⁴³ Cfr. NÁQUIRA RIVEROS, op. cit., p. 69

²⁴⁴ HORMAZÁBAL, op. cit., p. 152.

²⁴⁵ *Ibidem*.

²⁴⁶ Cfr. FERNÁNDEZ, op. cit., pp. 167-172. MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal*. Parte general. B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 7ª edición, 2005, pp. 516-518. BETTIOL, op. cit., p. 271 a favor de la consideración de la adecuación social como criterio de exclusión de la tipicidad y no de la antijuridicidad, señala que “excluir el delito de coacciones porque lo justifica el consentimiento del interesado, a propósito del corte de pelo o de la barba, supone ‘bizantinismo’. No sólo, pues, debe excluirse la antijuridicidad, sino la misma correspondencia del hecho con el tipo abstracto de delito”.

²⁴⁷ La teoría de la adecuación social se remonta a Welzel, si bien el autor incurrió en ciertas variaciones sistemáticas -pues en un principio la consideró en el ámbito de la tipicidad y luego la elevó a la categoría de causa de justificación-, finalmente la sitúa en la tipicidad. Respecto a su actualidad, cfr. GARCÍA VITOR, ENRIQUE, *La insignificancia en el Derecho penal*. Los delitos de bagatela. Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 31, explica que se ha destacado por parte de la doctrina que la discusión acerca de la teoría de la adecuación social ha perdido vigencia. Cfr. ROXIN, *Derecho penal*, op. cit., p. 292-297, entiende que “la teoría de la adecuación social ciertamente persigue el objetivo, en sí mismo correcto, de eliminar del tipo de conductas no correspondientes al específico tipo (clase) de injusto”, pero su valor se ve relativizado por el hecho de que para los casos tratados existen criterios interpretativos más precisos, y concluye que esta teoría, si bien es “tendencialmente correcta, hoy ya no puede reclamar una especial importancia dogmática”, a la par que reconoce que muchos de los casos ejemplificados por Welzel son abarcados por la teoría de la imputación, en tanto que se trataría de riesgos permitidos y por tanto, no imputables.

²⁴⁸ Cfr. FERNÁNDEZ, op. cit., pp. 168-169.

marcos de la libertad de acción social”²⁴⁹ y señala como ejemplos la realización pequeños obsequios a funcionarios públicos en fechas usuales o la incisión del cirujano en una operación o el corte de cabellos, conductas, que en tanto son socialmente adecuadas carecen de tipicidad.

En síntesis, e independientemente de la postura que se adopte respecto de la teoría de la adecuación social²⁵⁰, el bien jurídico actúa como criterio para restringir la aplicación literal de los tipos. Consecuentemente, los casos brevemente expuestos constituyen supuestos de atipicidad por ausencia de idoneidad o aptitud de la conducta concreta -formalmente coincidente con la descripción legal- para afectar el bien jurídico tutelado, es decir, tal conducta no se puede atribuir materialmente al tipo, y no se deben confundir con las causas de justificación, pues ni siquiera se arriba al análisis de este elemento del delito.

Por tanto, el juicio de atipicidad consiste en “constatar, mediante un juicio de atribución, la identidad formal y material de la situación social concreta con la expresada en forma abstracta y genérica en el tipo penal”²⁵¹.

2.1.2. Bien jurídico como fundamento de la antijuricidad

De acuerdo a la doctrina dominante, el tipo cumple una función indiciaria de la antijuricidad²⁵², lo que significa que una vez establecida la tipicidad de una conducta, la regla es que ésta sea también antijurídica. Sin embargo, existen excepciones que se configuran cuando el Derecho contiene una norma que autoriza la realización de una conducta típica: las causas de justificación²⁵³. Mas no se puede afirmar que una conducta típica es también antijurídica realizando, únicamente, un juicio negativo

²⁴⁹ Op. cit., p. 85.

²⁵⁰ Debemos destacar que, si bien autores contemporáneos en obras recientes defienden aún este criterio, gran parte de la doctrina lo rechaza debido a que depende de una noción –“la socialidad”- imprecisa e impertinente para decidir la relación de contradicción con el Derecho, cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, *Derecho penal*. Parte general. Civitas, Madrid, 1977, p. 265, quien señala que este criterio debe ser rechazado por dos motivos. “En primer lugar, porque (...) es un criterio que hace referencia al concepto de “socialidad”, absolutamente impreciso e inidóneo, pues lo que importa decidir en esta sede –como advierte NUVOLONE- es la adecuación al Derecho, ya de lo que se trata es de establecer la relevancia o irrelevancia jurídico-penal de ciertos hechos (...), y en segundo lugar, porque lo que hace la doctrina de la adecuación social es, en definitiva, indicar que la práctica de deportes, los viajes en tren o en avión, las relaciones sexuales entre adultos, etc., son, desde el punto de vista “social”, actividades absolutamente normales. Pero esto es en verdad (...) totalmente irrelevante para el Derecho penal, porque las valoraciones penales judiciales (entre las que se cuenta la tipicidad) inciden sobre ‘concretos’ y ‘singulares’ comportamientos humanos”. Cfr. GUZMÁN DÁLBORA, “La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico” en *Revista de Derecho penal y criminología*, UNED, Madrid, 1995, nº 5, pp. 491-543, p. 534.

²⁵¹ HORMAZÁBAL, op. cit., p. 152. En el mismo sentido, BUSTOS, “Significación social y tipicidad” en *Obras completas*, op. cit., t. I, pp. 58-59.

²⁵² El carácter indiciario de la tipicidad respecto de la antijuricidad –como *ratio cognoscendi*- fue enunciado por M. E. Mayer en 1915, al sostener que la tipicidad es a la antijuricidad como “el humo al fuego”, es decir, la tipicidad “constituye la más importante base para el reconocimiento de la antijuricidad”. Cfr. *Derecho penal*, op. cit., p. 12.

²⁵³ Cfr. RIGHI, ESTEBAN, *Antijuricidad y justificación*. Ediciones Lumiere, Argentina, 2002, p. 17.

dirigido a constatar que no se configura un supuesto permitido por la ley.

La difundida distinción de von Liszt entre acto materialmente antijurídico –aquel que constituye una lesión o riesgo de un bien jurídico, en cuanto “significa una conducta contraria a la sociedad (antisocial)”²⁵⁴-, y formalmente antijurídico –aquel que revela la “trasgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o prohibición del orden jurídico”²⁵⁵-, apunta justamente a no reducir la antijuricidad a una mera constatación formal.

No obstante, esta concepción dualista de la antijuricidad, a pesar del mérito reconocido, carece de sentido. Como muy bien precisó Jiménez Huerta, al comenzar los años cincuenta del siglo pasado, ésta carece de razón, pues “trata de escindir en dos partes diversas lo que no es más que aspectos distintos y parciales de un mismo concepto”²⁵⁶, y, por tanto, “lo antijurídico es, pues, un concepto integral e inescindible”²⁵⁷.

Entendida de este modo, la antijuricidad radica no sólo en la verificación de la ausencia de causas de justificación previstas por la ley respecto de una conducta típica concreta –en tanto que coincide formalmente con la descrita por la ley y es apta para afectar un bien jurídico-, sino, principalmente, en un juicio de valor de carácter sustancial dirigido a determinar si la realización de aquella conducta produjo o no una afectación relevante -lesión o puesta en peligro- al bien jurídico protegido por la norma penal²⁵⁸.

De este modo, la fundamentación correcta de la antijuricidad reside en el aspecto valorativo de la norma penal²⁵⁹, la que es incompatible con las concepciones

²⁵⁴ Op. cit., t. II, p. 324.

²⁵⁵ *Ibidem*.

²⁵⁶ JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO, *La antijuricidad*. Imprenta Universitaria, México, 1952, p. 31.

²⁵⁷ *Ídem*, p. 32. En el mismo sentido, BETTIOL, op. cit., pp. 257 y ss., quien señala enfáticamente que “no existe, pues, una antijuricidad “formal” (...) y tampoco se justifica un concepto sustancial de antijuricidad (...)”, y añade que “una concepción teleológica de la antijuricidad se presenta como síntesis tanto de la concepción formal como de la sustancial, porque admite que la noción de antijuricidad es unitaria”. Sin embargo, muchos mantienen esta terminología solamente para acentuar los dos aspectos de la antijuricidad, pero sin disociarla en dos conceptos distintos, así, RODRÍGUEZ MOURULLO, op. cit., p. 321, quien explicita que “antijuricidad formal y antijuricidad material no son sino dos aspectos de un mismo fenómeno”.

²⁵⁸ Cfr. NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Curso de Derecho penal chileno*. Parte general. Editorial jurídica de Chile, 3ª edición, Santiago, 2005, t. I, p. 316. En este sentido, enseña que “la relación contradictoria de una conducta con el Derecho solamente puede producirse como consecuencia de un juicio valorativo de carácter sustancial”.

²⁵⁹ Al respecto adscribimos a la posición mayoritaria que sostiene que la norma penal es principalmente una norma de valoración y a una concepción objetiva de la antijuricidad. Cfr. GOMES, op. cit., p. 303, señala que en la actualidad, la doctrina mayoritaria suscribe la concepción mixta o ecléctica de la norma penal, es decir, reconocen tanto su carácter valorativo como imperativo. En el mismo sentido, HUERTA TOCILDO, SUSANA, *Sobre el contenido de la antijuricidad*. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 17-20. Sobre la importancia de la distinción entre ambos aspectos, cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, op. cit., p. 83, explica que “esta descomposición lógica de la norma es importante para establecer con precisión la distinción

penales cuyo fundamento radica en el aspecto subjetivo o imperativo de la misma, esto es, la infracción del deber de actuar de una determinada forma –en la tesis de Jakobs, la infracción del rol de ciudadano fiel al Derecho-. Esto porque, como bien explica Luiz Flávio Gomes, todo imperativo requiere de un fundamento²⁶⁰, por lo que la valoración en función de la lesión de bienes jurídicos –el juicio de antijuridicidad– precede lógicamente al juicio de exigibilidad de otra conducta. Es esta la falencia dogmática de la que arranca la teoría de Jakobs, pues, al reemplazar el concepto de bien jurídico por vigencia de la norma, como se ha expuesto, reduce la antijuridicidad a un juicio meramente formal, mecánico, –concepción superada largamente por la doctrina-, al establecer un imperativo de conducta que carece en absoluto de justificación; en términos más simples: el delito no encuentra su fundamento en el atentado que constituye contra un bien considerado fundamental, sino que en la propia ley penal²⁶¹, en tanto ésta se encuentre vigente, es decir, lisa y llanamente porque sí.

El confinamiento del bien jurídico en la tesis de Jakobs acarrea más de una consecuencia específica en la estructuración dogmática del delito; sin embargo, deja también una secuela de carácter más general, que, aunque obvia, no siempre es advertida. En efecto, esta teoría no dispone del bien jurídico como un criterio de cara a la interpretación en el propio sistema del delito, en especial, de la antijuridicidad. En este sentido, como bien apunta Righi, la sustitución de una noción formal por una material de antijuridicidad, asociada a la idea de causación de perjuicio social –en tanto considera que una acción que lesiona un bien jurídico es socialmente disvaliosa cuando causa más daño que beneficio-, no sólo permite el reconocimiento de causas supraleales de justificación, sino convierte la antijuridicidad en un concepto mensurable, que posibilita que se realice una valoración destinada a influir en la determinación de la pena, pues “dentro del conjunto de comportamientos contrarios a derecho, algunos son más antijurídicos que otros”²⁶².

Pues bien, señalamos que el juicio de antijuridicidad apunta a valorar si una conducta típica constituye, además, una lesión o puesta en riesgo para el bien jurídico

entre antijuridicidad y culpabilidad, elementos esenciales del delito”, BETTIOL, op. cit., pp. 244 y ss., por nombrar algunos.

²⁶⁰ Op. cit., p. 305. En igual sentido, cfr. BETTIOL, op. cit., p. 248, sostiene que “no es posible olvidar que la “desobediencia” sólo tiene significado en la medida de su contenido”. En la misma obra, p. 149, reafirma su apreciación al señalar que “pretendiendo negar que el bien jurídico constituya siempre el objeto específico del delito, porque éste sería ante todo desobediencia a un imperativo legal –delitos de pura desobediencia-, se termina en un verdadero proceso de formalización del Derecho penal (...)”.

²⁶¹ Cfr. FIANDACA y MUSCO, op. cit., p. 54. Al respecto, señalan que “el acento puesto en la (pretendida) exigencia primaria de reafirmar la validez de las normas ante los ciudadanos termina desembocando en la conclusión, un poco tautológica, de que el Derecho penal tiene por finalidad la tutela de sí mismo”.

²⁶² Cfr. RIGHI, op. cit., pp. 20-21. En el mismo sentido BUSTOS, “Política criminal e injusto” en *Obras completas*, op. cit., p. 70, resalta que el bien jurídico le da contenido material a la antijuridicidad, que a través del desvalor de resultado, esto es “su afección efectiva por las actividades desarrolladas” permite establecer positivamente la antijuridicidad y “de esta manera graduar lo injusto”.

amparado, pero no toda afectación será antijurídica, sino sólo aquella relevante. De esto se colige, *a contrario sensu*, que las ofensas típicas irrelevantes importan la exclusión de la antijuridicidad. Nos referimos pues, al aún controvertido principio de insignificancia²⁶³.

Este principio, que concentra fuerte atención dogmática en nuestro tiempo, en términos generales, apunta a la exclusión del injusto de aquellas conductas que, si bien coinciden con un tipo penal, entrañan una escasa o irrelevante lesión o puesta en el peligro para el bien jurídico tutelado²⁶⁴. Tal es el caso de los delitos de bagatela, respecto a los cuales es posible identificar los propios –tipos que, ya en abstracto, describen microviolaciones- y los impropios -tipos que, por su descripción y extenso margen penal, son tan amplios que permiten abrazar atentados insignificantes-, siendo éstos últimos –que pueden comprender delitos de peligro abstracto- los que constituyen el campo de aplicación propio del principio mencionado. En cuanto a la bagatela propia, se afirma que el problema de su descriminalización está exclusivamente en manos del legislador, respecto del cual, la idea de insignificancia puede prestar servicios *de lege ferenda*, mas no es su sede natural²⁶⁵.

Debemos indicar que muchos autores rechazan la punibilidad de conductas insignificantes –incluidas ambas clases de bagatela- por razones político-criminales y procesales, basadas en la ausencia de proporcionalidad entre la afectación real de bien jurídico y la pena, y en el principio de oportunidad, que apunta a lograr una mayor eficiencia de la Administración de justicia, sosteniendo que en estos casos no se

²⁶³ El estudio de la insignificancia comienza con Roxin, quien lo enuncia en un artículo publicado el año 1964, a propósito del estudio del delito de coacciones, y luego lo desarrolla con más profundidad en su ensayo *Política criminal y sistema de Derecho penal*, en 1970. No obstante, lo considera como un criterio de atribución al tipo que dice relación, no con adecuación de la conducta a la descripción abstracta de la ley –operación que sí sería posible fundamentar-, sino con el ataque al bien jurídico, cfr. *Derecho penal*, op. cit., t. I, p. 296. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ, op. cit., pp. 163-167, y, en su monografía dedicada al tema, GARCÍA VITOR, op. cit., p. 40, explica que “el principio de insignificancia representa un criterio de índole interpretativo, restrictivo de la tipicidad de la conducta, partiendo de la consideración del bien jurídico -conceptualizado sobre la base de los principios de lesividad social y fragmentariedad-, y en la medida de su lesión o puesta en peligro concreto”. También lo ubica en el terreno de la tipicidad Zaffaroni, aunque no de idéntica manera, ya que lo explica desde la óptica de su concepción de la tipicidad conglobante, cfr. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*. Parte general. Ediar, Buenos Aires, 1981. t. III, pp. 532 y ss. La ubicación sistemática de este principio en el terreno de la antijuridicidad es defendida por GUZMÁN DÁLBORA, en atención a que el principio de insignificancia “representa, en parte, un lógico complemento” del principio de ofensividad, o, en otras palabras, es deducido de él. Cfr. “La insignificancia...”, op. cit., pp. 491-543.

Respecto a la diferencia en doctrina, no es el objeto de este trabajo analizar exhaustivamente estas dos posturas. Nosotros trataremos la insignificancia a propósito de la antijuridicidad, sin perder de vista que los autores que la sitúan en el campo de la tipicidad, también reconocen en el bien jurídico un criterio restrictivo de interpretación en el seno de la teoría del delito, visión que nos interesa destacar en nuestro análisis.

²⁶⁴ Cfr. GUZMÁN DÁLBORA, “La insignificancia...”, op. cit., p. 536. Entiende por irrelevante “aquel menoscabo que, por su entidad, puede parangonarse no cuantitativa, sino cualitativamente a la ausencia de toda lesión, según el juicio que semejante situación merece ante los ojos del Derecho y a sus exigencias de valor, en el sentido de que existiendo dicha ofensa, ésta, desde la prisma de la norma de cultura ostenta, empero, idéntico valor, o sea, ninguno, que la ausencia de toda lesión (...)”.

²⁶⁵ Cfr. GUZMÁN DÁLBORA, “La insignificancia...”, op. cit., pp. 510 y ss.

justifica el ejercicio de la acción penal por parte del órgano persecutor, respectivamente²⁶⁶. Sin embargo, ambas opciones, si bien aciertan en su fin, yerran en su punto de partida, pues, en primer lugar no distinguen entre ambos tipos de bagatela, y además destierran la potencial solución del sistema del delito. Frente a estas opciones, debemos reafirmar que la insignificancia, con las prevenciones señaladas, excluye la antijuridicidad.

Respecto al carácter mensurable de la antijuridicidad –entendida en el sentido explicado–, que permite distinguir en una conducta típica más o menos contenido de injusto, cabe señalar que en la visión de Jakobs – que sustituye la noción de bien jurídico por la vigencia de la norma– está ausente. En otras palabras, el injusto se agota en el quebrantamiento de la norma, lo que sucede o no, mas es imposible de graduación; una conducta típica viola o no la vigencia de la norma, y esto se reduce solamente a la comprobación formal de no estar en presencia de causas de justificación legales, no hay posibilidad de otro análisis. Esto repercute tanto en la delimitación entre tentativa y consumación, como en la graduación de la pena.

Respecto de la distinción entre actos preparatorios, tentativa y consumación, si bien el tema excede largamente nuestro objeto, es menester señalar la importancia que asume el concepto de bien jurídico, que junto a otros criterios, coadyuva a la delimitación de estas etapas del *iter criminis*. La razón de ser del castigo de la tentativa, desde una óptica liberal, no puede ser otra que la puesta en peligro del bien jurídico en cuestión²⁶⁷, de lo que se deriva la impunidad (en puridad, la atipicidad) de los actos preparatorios, la impunidad de la tentativa inidónea (o delito imposible) –en ambos casos porque no se pone en riesgo el bien jurídico protegido– y la obligatoriedad de penar menos la tentativa de la consumación, por el menor injusto que ésta implica. En la teoría de Jakobs, el delito se constituye por la desobediencia a la norma, de manera que el injusto se agota en este hecho, y por ende, la tentativa e incluso los actos preparatorios podrían entenderse como expresión de una infracción normativa, y con esto no sólo abre la puerta para la punibilidad de los actos preparatorios, sino que se equipara la pena de la tentativa a la consumación. Esto porque, ya con la tentativa –y con algunos actos preparatorios– se manifiesta un quebrantamiento “perfecto” de la vigencia de la norma. Expresamente lo admite Jakobs al señalar que “tanto la tentativa

²⁶⁶ Cfr. FERNÁNDEZ, op. cit., pp. 164-166.

²⁶⁷ Cfr. MAYER, op. cit., pp. 437-438. Explica que las “acciones de ejecución son aquellas que significan un ataque al bien jurídico; la primera acción de ataque es el principio de ejecución. Las acciones preparatorias no importan un ataque, dejan el estado pacífico del bien jurídico sin alterar (...) El fundamento íntimo de esta diferencia se encuentra indiscutiblemente en que el bien jurídico, es hostilizado por el hecho únicamente cuando la agresión ha comenzado; antes no hay otro enemigo que el ánimo malintencionado del hechor”.

como la consumación suponen ataques a la validez de la norma”²⁶⁸ y prosigue afirmando que en ambos casos se pone de manifiesto por el autor que no se rige por la norma, lo que, valdría también para ciertos actos preparatorios. Sin embargo, añade que “la libertad de organización interna, que le compete a toda persona responsable, está sujeta a una contraprestación: La persona tiene que cuidar que de su ámbito de organización no salgan procesos causales dañosos (...) el abandono del dominio en perjuicio potencial de otro es tentativa (...)”. Este razonamiento es equívoco, pues si fuera consecuente con su teoría, el mero quebrantamiento de la norma –desvalor de acción- se debería entender como el resultado, mas aludir a resultados externos no es más que admitir que no es suficiente con la violación de la norma. De este modo, cuando explica que la diferencia entre tentativa y consumación no es más que un “aumento cuantitativo” del quebrantamiento de la vigencia de la norma, por cuanto se produciría una mayor “objetivación” de la defraudación de la expectativa²⁶⁹ normativa en el delito consumado, en el fondo lo que hace es reconocer, claro que con otra terminología, que no se puede prescindir del resultado lesivo de bienes jurídicos a la hora de ponderar la antijuridicidad de una conducta, con lo que demuestra la debilidad de su teoría y las desastrosas consecuencias dogmáticas que acarrearía aplicación consecuente de sus planteamientos.

Respecto a la graduación de la pena, la tesis de la vigencia de la norma priva al juez de un referente esencial para ponderar el carácter lesivo de una conducta, en otras palabras, sin introducir elementos extraños a esta teoría, el quebrantamiento de la norma no es susceptible de graduación; existe o no, por ende, no puede estimar el mayor o menor injusto típico que encierra un caso concreto en atención a los distintos grados de afectación de un bien jurídico, lo que no sólo significa perder un criterio objetivo por excelencia a la hora de determinar la pena aplicable, sino conduce a que la apreciación del juzgador se centre en la culpabilidad, lo que se acerca peligrosamente a un Derecho penal de autor.

3. Bien jurídico como garantía de un Derecho penal liberal para el ciudadano frente a la ausencia de potencial crítico en la tesis de Jakobs

Nos encontramos en el campo de la Política criminal. Es ocasión de resaltar la función político–garantista que cumple el bien jurídico²⁷⁰ y exponerla en su correcta dimensión para confrontarla a la tesis de Jakobs.

La noción de bien jurídico en este ámbito se traduce en el principio de ofensividad, cuyo fin es limitar la respuesta punitiva estatal únicamente a ataques que

²⁶⁸ JAKOBS, *Derecho penal*, op. cit., p. 863.

²⁶⁹ Cfr. JAKOBS, citado por ALCÁCER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito...*, op. cit., p. 130 (nota 371).

²⁷⁰ *Vid.*, *supra*, cap. I, 4.1.

constituyan una afectación significativa de bienes jurídicos de especial entidad. En este punto se debe poner especial énfasis, pues creemos que muchas de las críticas que se ha dirigido contra la teoría de los bienes jurídicos en la actualidad, y que la han hecho caer en la “crisis de legitimación” que le atribuyen diversos sectores doctrinales – incluido Jakobs-, tienen su origen en una errónea concepción de la finalidad que asignan al Derecho penal quienes defienden un concepto de bien jurídico con las características liberales que hemos señalado precedentemente. En efecto, no es lo mismo defender la vigencia del bien jurídico –tanto en su función interpretativa como político garantista- que sostener lisa y llanamente que el Derecho penal tiene como finalidad proteger bienes jurídicos. Esto porque una afirmación de este talante sin ninguna rectificación posterior lleva, por una parte, a justificar cualquier intervención penal en pos de la salvaguarda de un bien jurídico, sin importar la gravedad del ataque ni la entidad o importancia del objeto protegido, y, por otra, a situar a este principio en un nivel de supremacía y suficiencia que no tiene.

Respecto al primer punto, debemos sostener que el Derecho penal tiene como finalidad castigar con pena las afectaciones *más graves* de los bienes jurídicos considerados *más importantes* en una sociedad determinada. De este modo, el bien jurídico actúa como límite respecto de los procesos de incriminación de conductas por parte del legislador y como crítica respecto de la legislación penal vigente, y esto en un doble sentido. En primer lugar, excluyendo del catálogo de conductas prohibidas aquellas que no tengan como objeto de protección un bien jurídico de las características reseñadas, esto es, que bajo la apariencia de bien jurídico se incluyan concepciones morales, ciertas funciones del Estado²⁷¹ o meras finalidades políticas o de otra índole²⁷². Y, en segundo lugar, deslegitima delitos que están dirigidos a proteger bienes jurídicos, pero lo hacen con una excesiva anticipación, sin requerir la efectiva lesión o puesta en riesgo concreto de éstos: los delitos de peligro abstracto.

Pues bien, las prestaciones que el concepto de bien jurídico -entendido en el sentido explicado- ofrece desde un punto de vista político criminal a la legislación vigente son múltiples, y apuntan a una restricción del Derecho punitivo tal como está configurado en la actualidad en la mayor parte de las legislaciones vigentes.

Por el contrario, en la tesis de Jakobs este potencial crítico está completamente ausente, circunstancia que el autor alemán reconoce expresamente al atribuir a su teoría un pretendido carácter neutro. Es más, al analizar la teoría del bien jurídico comienza señalando que en muchos de los preceptos vigentes en Alemania no es

²⁷¹ Cfr. TAVARES, op. cit., pp. 82 y ss.

²⁷² En este punto se hace referencia a la legislación penal que tiene por finalidad proteger conceptos tan abstractos como la seguridad jurídica, la seguridad ciudadana, la que tiene predominantemente un carácter simbólico, etcétera. *Vid., supra*, cap. II, 2.

posible identificar un bien jurídico protegido, y comprende que esta es, justamente, una de las razones para sustituirla por la tesis de la vigencia de la norma. Este razonamiento da la razón a la teoría de los bienes jurídicos, en el sentido que, si no es posible identificar un bien jurídico en un determinado delito vigente en una legislación dada, la respuesta no es otra que insistir en la supresión de éste del catálogo penal, mas no adecuar una teoría penal para justificar el *status quo*.

Trataremos de hacer una confrontación de carácter general de ambas teorías, respecto de materias que han cobrado especial protagonismo en nuestros días, con el fin de demostrar la repercusión que tiene en la Política criminal de una comunidad la adopción de una u otra postura.

En primer término nos referiremos a los delitos de peligro abstracto. La teoría de los bienes jurídicos adopta una postura crítica respecto de ellos. En este sentido, debemos recordar que muchos de los delitos que están tipificados como delitos de peligro abstracto protegen bienes jurídicos colectivos, los cuales no siempre se encuentran bien perfilados. Es por esta razón que es conveniente precisar y delimitar, en primer lugar, el bien jurídico colectivo que se pretende proteger con la tipificación de una conducta determinada, excluyendo desde un principio aquellos que no satisfacen los contenidos mínimos. Pues bien, hecha esta prevención -con lo que se pueden excluir, primeramente, algunos delitos por no proteger un bien jurídico-, y, frente a los subsistentes, el mandato de la teoría de los bienes jurídicos es claro: descriminalizarlos, o bien, reformularlos a tipos de lesión o puesta en riesgo concreta²⁷³.

Sin embargo, como lo expusimos en el capítulo precedente, Jakobs los legitima, y es más, los considera indispensables²⁷⁴.

En segundo lugar, nos ocuparemos de los delitos de bagatela propios. Tal como apuntamos, éstos, en el entendido que afectan de forma insignificante el bien jurídico, no justifican ni el proceso penal ni la pena, y una Política criminal orientada por el principio de ofensividad no hace otra cosa que propugnar su descriminalización, despenalización o, en último término, el recurso a soluciones procesales que impidan la imposición de una pena privativa de libertad efectiva.

Por el contrario, Jakobs, respecto a los delitos patrimoniales leves, que son los

²⁷³ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, op. cit., p. 479. Al respecto señala que los delitos de peligro abstracto o presunto “deberían ser reestructurados, sobre la base del principio de lesividad, como delitos de lesión, o al menos de peligro concreto, según merezca el bien en cuestión una tutela limitada al perjuicio o anticipada a la mera puesta en peligro”. GOMES, op. cit., p. 299, señala que “bajo el signo del Derecho penal de la ofensividad no hay crimen –o no debe haber crimen- sin una concreta ofensa al bien jurídico protegido- *nullum crimen sine iniuria*”.

²⁷⁴ *Vid.*, *supra*, cap. III, 3.2.

más significativos de este tipo de bagatela –piénsese en el hurto como falta del artículo 494 bis de nuestro Código penal-, no sólo no se opone a su despenalización –decisión que podría aceptarse, claro que con otros argumentos-, sino que afirma que precisan de una respuesta jurídico penal. En este sentido, arguye que las normas que protegen la propiedad son básicas en nuestra sociedad, y que “la infracción de una norma que pertenece al núcleo de la sociedad lesiona algo grande, aunque el núcleo sea pequeño”²⁷⁵, y añade, que considerando que este tipo de delincuencia constituye un fenómeno masivo, que produce un daño intelectual (psico-social) importante, esto es genera gran inseguridad, “lo lesivo en estos casos no tiene que ver con el importe de lo apropiado, sino con la ‘generalizabilidad’ o el efecto sumativo”²⁷⁶. En resumen, no sólo juzga necesaria la imposición de pena en atención a que estos delitos atentan contra el núcleo de la identidad normativa de la sociedad y generan una gran inseguridad –argumentos que de suyo son muy cuestionables, pues no se entiende en qué medida los hurtos en las grandes tiendas y supermercados afecten al ‘núcleo’ de la sociedad y provocan ‘gran’ inseguridad- sino que, de paso, justifica la acumulación, fenómeno al que ya hicimos referencia, y que resulta particularmente discutible en términos de culpabilidad y del principio de actividad²⁷⁷, pues la imposición de la pena, en los delitos de acumulación, no constituye sólo la respuesta al hecho individual –que por sí sólo no causa una afectación significativa a un bien jurídico-, sino que se configura como reacción frente al peligro del “efecto sumativo” de estas conductas, es decir, ante las consecuencias lesivas que para un bien jurídico en particular pueda provocar la repetición generalizada de tales hechos por otras personas.

En último lugar, debemos referirnos al clásico ámbito de reducción punitiva que asumió el bien jurídico en los años sesenta y setenta del siglo pasado, esto es, la exclusión de los Códigos penales de delitos que no protegen bien jurídico alguno, en especial, aquellos que tutelan meras concepciones morales. Si bien es cierto que, en general, se ha avanzado bastante en esta materia, principalmente en materia de delitos sexuales, no se puede predicar que la teoría del bien jurídico ha perdido actualidad en este campo. Piénsese en delitos como el incesto –aún tipificado en Código penal chileno-, la blasfemia –tipificada en Alemania-, la difusión de ideas que nieguen o

²⁷⁵ JAKOBS citado por SILVA SÁNCHEZ, JOSÉ MARÍA, “Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión” en *Dogmática y Criminología, dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía. Legis, Bogotá, 2005, p. 578.

²⁷⁶ Ídem, p. 579.

²⁷⁷ Los delitos de acumulación vulneran el principio de actividad o *nullum crimen sine actione*, porque para imputar el resultado lesivo al agente no basta con su propia conducta sino que se debe acudir a conductas similares cometidas por otras personas, pues sólo de este modo se puede constatar una afectación a un bien jurídico en cuestión. Piénsese en el delito de contaminación de aguas, el hecho que una persona vierta sus desechos al río no produce una contaminación significativa de éste, sin embargo si todos los habitantes de la zona ribereña lo hacen sí la provocarían. Cfr. CARNEVALI, op. cit., pp. 144-146.

minimicen los delitos de genocidio –sancionada como delito en Alemania y España-, y la tenencia de drogas para el propio consumo, sólo por nombrar algunos.

Jakobs, por su parte, niega el potencial crítico “clásico” de la teoría de los bienes jurídicos, y reconoce que las normas penales pueden proteger ciertas parcelas de la moral en cuanto se consideren “necesarias”²⁷⁸, ante lo cual, obviamente surge la pregunta: ¿quién decide si son o no necesarias?, y, ¿para qué fin lo son?

En fin, este sucinto cotejo reafirma el potencial crítico del bien jurídico la posibilidad de someter a continua revisión²⁷⁹ el Derecho penal vigente en una determinada sociedad frente a la nula posibilidad de crítica de la tesis de vigencia de la norma de Jakobs, reconocida por el propio autor y a la que ya hemos hecho mención.

Respecto al segundo punto, esto es, el nivel de supremacía y suficiencia que se ha atribuido a la teoría del bien jurídico, debemos ubicar la discusión en el plano correcto. Señalamos que el bien jurídico cumple principalmente dos funciones: una interpretativa –al interior de la teoría del delito- y una político garantista. Pues bien, respecto a esta última, el bien jurídico tiene su proyección en el principio de ofensividad, un principio cardinal²⁸⁰, limitativo del *ius puniendi*, que establece límites a la actividad del legislador penal.

Sin embargo, el bien jurídico sólo es uno de los pasos en la limitación del *ius puniendi*, y esto hay que entenderlo así, en el sentido que no se puede exigir que el bien jurídico responda a todas las exigencias político- criminales, de manera que con la sola referencia a un bien jurídico se entienda que determinado atentado a éste es de tal entidad que necesita y merece ser protegido penalmente. Es claro que para esta determinación se requiere no sólo reconocer una jerarquía de los mismos bienes jurídicos con arreglo a las garantías constitucionales -para lo cual se debe atender a las consecuencias que implica para el individuo la imposición de la sanción penal por excelencia: la pena privativa de libertad-, sino que se deben tomar en cuenta los límites tanto formales y materiales de limitativos del *ius puniendi*. En este sentido, no se puede esperar que el bien jurídico, por sí solo, proporcione los instrumentos para legitimar la intervención penal. En esto, justamente, se equivoca Jakobs, al plantear que la teoría

²⁷⁸ *Vid.*, *supra*, cap. III, 3.2.

²⁷⁹ BUSTOS, “Política criminal e injusto”, *op. cit.*, p. 75. Explica que “la exigencia de que todo delito ha de estar construido sobre un bien jurídico (...) implica sobre todo una revisión exhaustiva y constante de la parte especial de los Códigos”.

²⁸⁰ Cfr. RIVACOBAS Y RIVACOBAS, MANUEL, “Introducción al estudio de los principios cardinales del Derecho penal” en *Revista de Derecho penal y criminología*, UNED, Madrid, 1999, n° 4, pp. 735-754. Entiende por tales “ciertos principios que informan y mantienen la entidad de un ordenamiento punitivo y que a la vez condicionan y rigen su comprensión, siendo así constitutivos tanto del ordenamiento como de la dogmática penal”. y considera que tales son los principios de legalidad, actividad, ofensividad, subjetividad, proporcionalidad y humanidad.

del bien jurídico actúa perversamente y es proclive a un aumento de la intervención penal, considerando que si el objeto de protección de las normas penales es el bien jurídico nada sería más efectivo que adelantar las barreras de punición y no esperar que se produzca una lesión. Esto nos hace pensar que olvida el principio de necesidad de la intervención penal, el carácter fragmentario y sancionador del Derecho penal y de *ultima ratio* que son universalmente aceptados en doctrina.

Creemos que el principio de ofensividad, en cuanto exige que el Derecho penal proteja exclusivamente bienes jurídicos y que sólo proteja los bienes de mayor importancia y no contra todo atentado sino sólo los de mayor entidad, es un principio básico, fundamental, que debe respetarse en todo caso si se quiere construir un Derecho penal democrático. No hay razón, a nuestro juicio, para entender que los límites formales del *ius puniendi*, en especial el principio de legalidad, tengan mayor trascendencia que el principio de ofensividad y, en consecuencia, relativizar este último, aceptando excepciones infundadas a su aplicación, salvo que, con una visión positivista, se les otorgue una mayor importancia por el solo hecho de encontrarse reconocidos en la mayorías de las Cartas magnas de los países en la actualidad y en variados Pactos internacionales.

Creemos pues, que un Derecho penal que se considera democrático debe profesar un respeto irrestricto tanto los principios que establecen límites formales como por los límites materiales dirigidos a poner coto a la intervención punitiva estatal; no se puede otorgar licencias respecto a los últimos. En estos tiempos, nadie dudaría que imponer una pena a un sujeto por un delito que no se encuentra tipificado en la ley es una injusticia, propia de un Estado autoritario, que supera todos los límites racionales. Pues bien, podemos predicar las mismas críticas cuando se impone una pena por un delito que no constituye una efectiva lesión o puesta en peligro concreta para un bien jurídico dado.

Afirmamos entonces, con propiedad, que el bien jurídico es la base irrenunciable de todo Derecho penal liberal, imprescindible tanto para la interpretación correcta de las normas como para elaborar una Política criminal de orientación democrática²⁸¹. Por lo tanto, la misión no es otra que situarlo en el centro del debate penal actual, perfilar mejor sus contornos y no hacer concesiones político criminales al momento de su aplicación.

²⁸¹ BUSTOS, JUAN, y HORMAZÁBAL, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal*. Trotta, Madrid, 1997, pp. 59-60. Al respecto, señalan que “en tanto que una Política criminal democrática implica que la persona no puede ser objeto de manipulaciones, la selección de los objetos de protección ha de hacerse superando los enmascaramientos ideológicos que puedan conducir a algo que encubra otra realidad, o simplemente algo cuya protección es incompatible con el carácter democrático del Estado. En el primer caso lo que se protege no es lo que se dice y en el segundo lo protegido no resulte deseable protegerlo”.

CONCLUSIONES

1. La tesis de los derechos subjetivos como objeto de protección del Derecho penal sustentada por Feuerbach se configura como el antecedente liberal inmediato de la construcción teórica de “bien” que lleva a cabo Birnbaum.
2. Birnbaum, a pesar de las críticas –la mayoría interesadas- que se dirigen en su contra, especialmente en razón de la justificación que realiza de los delitos contra la moral y la religión, concibe el bien como límite del *ius puniendi*, y, por tanto, desde un primer momento, este concepto se nutre de la doctrina política liberal del iluminismo. Y no sólo eso, además destaca la base fáctica del concepto de bien, al entenderlo como “una persona o una cosa que concebimos como nuestra”, pues sólo de este modo es susceptible de ser “lesionado” por una conducta humana.
3. No obstante lo anterior, la breve reseña de la evolución de la teoría del bien jurídico demuestra que este concepto no permaneció fiel a su cuna liberal, pues, a lo largo de su historia fue objeto de diversas formulaciones que respondieron, por el contrario, a concepciones políticas autoritarias o totalitarias del particular momento histórico en que se acuñó cada cual.
4. La teoría del bien jurídico gobernó procesos de despenalización y descriminalización que se llevaron a cabo en diversos países entre las décadas del sesenta y ochenta del siglo pasado, sin embargo en estos últimos años ha entrado en una fase de crisis, como consecuencia de la proliferación de técnicas legislativas que desconocen el principio de ofensividad y del surgimiento de posturas, entre los propios penalistas, que proponen relativizar al extremo sus funciones, o, simplemente, abandonar el concepto de bien jurídico en la base del Derecho penal.
5. La tesis de protección de la vigencia de la norma sostenida por Jakobs, fuertemente influida por el pensamiento sociológico de Luhmann, al prescindir de la noción de bien jurídico descarta al individuo como centro de la protección penal y en su lugar sitúa la conservación del orden jurídico vigente. Con esto, no sólo priva a la Política criminal de un concepto crítico, idóneo tanto para la creación de nuevos delitos como para la revisión constante del catálogo de los ya existentes, sino que acarrea consecuencias al interior del propio sistema del delito, y esto en dos sentidos. En primer lugar, reduce la antijuridicidad a un juicio meramente formal, en otras palabras, el delito ya no encuentra su fundamento en el atentado que constituye contra un bien jurídico, sino que en la propia ley penal vigente, por lo que carece en absoluto de una justificación

trascendente al sistema penal. En segundo lugar, en la tesis de Jakobs está ausente la posibilidad de utilizar el concepto de bien como criterio restrictivo de interpretación de los elementos del delito, en especial de la antijuridicidad, circunstancia que excluye, entre otros, el principio de insignificancia, elaboración teórica que concentra fuerte atención dogmática en nuestros días debido a sus posibilidades de aplicación.

6. Frente a la gran variedad de conceptos de bien jurídico se puede constatar que éstos no responden a criterios uniformes y satisfactorios. En vista de lo anterior, proponemos un concepto de bien jurídico material en el que se pueden identificar ciertos contenidos mínimos, que conjugan su carácter garantista con su perfil dinámico capaz de comprender nuevas realidades vitales valoradas. Se trata, entonces, de un concepto material de bien jurídico, referido a ciertas condiciones o posibilidades, materiales o inmateriales, cuya preservación es considerada importante por la sociedad, es decir, que gozan de consenso en un momento histórico determinado. En este sentido, se destaca la base fáctica –referencia a un dato del ser- y el componente axiológico –establecido por la valoración realizada por los individuos que componen la sociedad determinada- del concepto, mas no basta con aquéllos. Es menester que el contenido del bien jurídico determinado de esta forma esté orientado en todo momento por el respeto a la dignidad humana y a los principios y valores vigentes en un Estado social y democrático de Derecho.
7. El bien jurídico es, en consecuencia, indispensable para tanto para la Dogmática jurídico-penal como para la elaboración de una Política criminal orientada por el principio de ofensividad, que establece –junto a otros principios- límites al *ius puniendi* estatal. Jakobs al postular que el Derecho penal protege la vigencia de la norma, renuncia a la teoría del bien jurídico como justificación de la intervención penal y lo reemplaza por la voluntad del legislador, en otras palabras, legitima el Derecho penal por su prestación para la conservación del orden jurídico vigente, del *status quo*, independientemente del contenido de éste.
8. En conclusión, el bien jurídico es imprescindible para la interpretación correcta de las normas penales y para la elaboración de una Política criminal acorde con un Estado social y democrático de Derecho. En este sentido, la misión principal del penalista liberal en nuestros tiempos, especialmente frente a tesis como la de Jakobs, es reavivar el debate instaurado en torno a la teoría del bien jurídico, perfilar mejor los contornos de este concepto y reafirmar su carácter garantista,

que, sin lugar a dudas, constituye una base irrenunciable para la construcción y reconstrucción de un Derecho penal liberal.

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL, *Sobre el concepto de delito ¿Lesión del bien jurídico o lesión del deber?* Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.

AMELUNG, KNUT, “El concepto de ‘bien jurídico’ en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en AA. VV. HEFENDEHL, ROLAND (ed.), *La teoría del bien jurídico*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 227-264.

ANGIONI, FRANCESCO, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1983.

ARIAS EIBE, MANUEL, *Bases sociológicas del funcionalismo penal contemporáneo*, en sitio web “*Université de Fribourg/Universität Freiburg*”, consultada por última vez el 10/11/2009, URL: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_18.pdf,

BALMACEDA HOYOS, GUSTAVO, *Problemas actuales del Derecho penal*. Ediciones jurídicas de Santiago, 2007.

BALMACEDA HOYOS, GUSTAVO, y HENAO CARDONA, LUIS, *Sociedad de riesgo y bien jurídico penal*. Ediciones jurídicas AREMI, Santiago, 2005.

BAUER, FRITZ, BÜRGER-PRINZ, HANS, GIESE, HANS, y JÄGER, HERBERT (ed.), *Sexualidad y crimen*, 3ª edición alemana traducida por Enrique Gimbernat. Reus, Madrid, 1969.

BETTIOL, GIUSEPPE, *Derecho penal*. Parte general. Temis, 4ª edición, Bogotá, 1965.

BIRNBAUM, JOHANN MICHAEL FRANZ, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, publicado en *Archiv des Criminalrechts*, 1834, traducción directa del alemán por el Dr. Dr. h. c. José Luis Guzmán Dálbora, catedrático de Derecho penal en la Universidad de Valparaíso, aún inédita.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Introducción al Derecho penal*. Temis, Bogotá, 1986.

----- *Manual de Derecho penal*. Parte general. Ariel, 3ª edición, Barcelona, 1989.

----- *Obras completas*. Ediciones jurídicas de Santiago, 2ª edición, Santiago, 2007.

BUSTOS, JUAN, y HORMAZÁBAL, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal*. Trotta, Madrid, 1997.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL, “Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales” en *Revista Chilena de Derecho*. 2000, Vol. 27 N° 1, pp. 135 – 153.

CASTRO CUENCA, CARLOS, “Algunos lineamientos sobre la legitimidad del injusto en los bienes jurídicos supraindividuales” en *Problemas actuales del Derecho penal*, Seminario de Derecho penal de la Universidad de Salamanca. Ediciones jurídicas de Santiago, Santiago, 2007.

COBO DEL ROSAL, MANUEL, y VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR, *Derecho penal*. Parte general. Tirant lo Blanch, Valencia, 1987.

CURY URZÚA, ENRIQUE, *Derecho penal*. Parte general. Ediciones Universidad Católica de Chile, 8ª edición, Santiago, 2005.

FERNÁNDEZ, GONZALO D., *Bien jurídico y sistema del delito: un ensayo de fundamentación dogmática*. B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2004.

FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*. Trotta, 7ª edición, Madrid, 2005.

----- “Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales”, traducción de Walter Antillón, en sitio web “Juareztavares.com”, consultada por última vez el 6/10/2009, URL: www.juareztavares.com/textos/ferrajoli_bens_minimo.pdf.

FEUERBACH, PAUL JOHANN ANSELM VON, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*. Traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Hammurabi, 2ª edición, Buenos Aires, 1989.

FIANDACA, GIOVANNI y MUSCO, ENZO, *Derecho penal*. Parte general. Traducción de Luis Fernando Niño. Temis, Bogotá, 2006.

FRISCH, WOLFGANG, “Bien jurídico, Derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal” en AA.VV., HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 309-339.

GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal” en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 23, 2000, pp. 233 – 264.

GARCÍA VITOR, ENRIQUE, *La insignificancia en el Derecho penal*. Los delitos de bagatela. Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

GOMES, LUIZ FLÁVIO, “Norma penal, bien jurídico, principio de ofensividad y lineamientos de la teoría constitucional del delito” en el *Penalista Liberal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

GRISOLÍA, FRANCISCO, *El objeto jurídico del delito; ensayo de una Teoría General*. Separata de la “Revista de Ciencias Penales”, tomo XVII, N° 3.

GUZMÁN DÁLBORA, JOSÉ LUIS, “Bien jurídico y norma de cultura: revisión de la teoría de Max Ernst Mayer” en *Separata de Revista de Derecho penal y criminología*”, 1993, N° 3.

----- *El delito de amenazas*. Conosur, Santiago, 1999.

----- “Exposición y crítica de una reducción del Derecho penal” en *Anuario de Filosofía jurídica y social*, 1993, pp. 209-228.

----- “La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico” en *Revista de Derecho penal y criminología*, UNED, Madrid, 1995, n° 5, pp. 491-543.

HASSEMER, WINFRIED, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos” en sitio web “Juareztavares.com”, consultada por última vez el 6/10/2009, URL: www.juareztavares.com/textos/hassemer_bem_juridico.pdf.

----- *Fundamentos del Derecho penal*. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Bosch, Barcelona, 1984.

----- “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?” en AA.VV., HEFENDEHL, ROLAND (ed.), *La teoría del bien jurídico*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 95-104.

HASSEMER, WINFRIED, y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*. Tirant to Blanch, Valencia, 1989.

HEFENDEHL, ROLAND, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en AA.VV., HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 179-196.

HEFENDEHL, ROLAND (ed.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación o juegos de abalorios dogmático?* Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.

HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*. Lexis Nexis, 2ª edición, Santiago, 2006.

HUERTA TOCILDO, SUSANA, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*. Tecnos, Madrid, 1984.

JÄGER, HERBERT, “Política jurídico-penal y ciencia”, en AA.VV., *Sexualidad y crimen*, 3ª edición traducida por Enrique Gimbernat. Reus, Madrid, 1969.

JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons, Madrid, 2º edición, corregida, 1997,

----- *Fundamentos del Derecho penal*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.

----- “Imputación jurídicopenal. Desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de la norma” en AA.VV. *Problemas capitales del Derecho penal moderno*. Homenaje a Hans Welzel a los 20 años de su fallecimiento. Hammurabi, Buenos Aires, 1998.

----- *La Pena Estatal: significado y finalidad*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Civitas, 2006.

----- *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Traducción de Manuel Cancio Meliá. Ediciones jurídicas de Cuyo, Mendoza, 2008.

----- *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Universidad Externado de Colombia, 2004.

----- “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional”, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, en *Moderna dogmática penal*. Estudios compilados. Editorial Porrúa, México, 2º edición, 2006.

JAKOBS, GÜNTHER, y STRUENSEE, EBERHARD, *Problemas capitales del Derecho penal moderno*. Homenaje a Hans Welzel a los 20 años de su fallecimiento. Hammurabi, Buenos Aires, 1998.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Tratado de Derecho penal*. Losada, Buenos Aires, 1950.

JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO, *La antijuricidad*. Imprenta Universitaria, México, 1952.

KLUG, ULRICH, “Problemas de filosofía del Derecho y de política jurídica en el Derecho penal sexual” en AA.VV., *Sexualidad y crimen*, 3ª edición traducida por Enrique Gimbernat. Reus, Madrid, 1969.

LUHMANN, NIKLAS, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Traducción de Ignacio de Otto Pardo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

MATA Y MARTÍN, RICARDO M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Comares, Granada, 1997.

MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE, “Sobre la necesidad constitucional de la existencia de un bien jurídico a proteger en los tipos penales” en *Universum*, 1996, N° 11, pp. 123 – 132.

MAYER, MAX ERNST, *Derecho penal*. Parte general. Traducción de Sergio Politoff, revisión general y prólogo por José Luis Guzmán. B. de F., Montevideo- Buenos Aires, 2007.

MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal*. Parte general. B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 7ª edición, 2005.

----- *Introducción a las bases del Derecho penal: concepto y método*. B. de F., 2ª edición, Montevideo, 2003.

----- “Límites del normativismo en el Derecho penal” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, n° 07-18, pp. 18:1-18:24.

MORENO HERNÁNDEZ, MOISÉS, *En torno a las vinculaciones entre dogmática penal y política criminal*, en sitio web “Centro de estudios de Política criminal y Ciencias penales. A. C.” consultada por última vez 11/11/2009, URL: www.cepolcrim.org.mx/mmoreno/mmoreno.htm.

MÜSSIG, BERND, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal: sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

NÁQUIRA RIVEROS, JAIME, *Derecho penal*. Teoría del delito. McGraw-Hill, Santiago, 1998.

NIÑO, LUIS FERNANDO, *El bien jurídico como referencia garantista*. Editores del Puerto, Argentina, 2008.

NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Curso de Derecho penal Chileno*. Parte general, tomo I, Editorial jurídica de Chile, 3ª edición, Santiago, 2005.

PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE, “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito” en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 23, 2000, pp. 289- 321.

POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, *El bien jurídico en el Derecho penal*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974.

POLITOFF, SERGIO, *Derecho penal*. Editorial jurídica Conosur, Santiago, 1997.

POLITOFF, SERGIO, MATUS, JEAN PIERRE, y RAMÍREZ, MARÍA CECILIA, *Lecciones de Derecho penal chileno*. Parte general. Editorial jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago, 2003.

PRIETO NAVARRO, EVARISTO, “Teoría de sistemas, funciones del derecho y control social” en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm.23, 2000, pp. 265-288.

QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, tomo I, volumen 1.

RIGHI, ESTEBAN, *Antijuricidad y justificación*. Ediciones Lumiere, Argentina, 2002.

RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL, “Introducción al estudio de los principios cardinales del Derecho penal” en *Revista de Derecho penal y criminología*, UNED, Madrid, 1999, n° 4, pp. 735-754.

RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS, *Delitos sexuales*. Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2000.

RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, y SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, *Derecho penal español*. Parte especial. Dykinson, 18ª edición, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, *Derecho penal*. Parte general. Civitas, Madrid, 1977.

ROXIN, CLAUS, *Derecho penal*. Parte general. Traducción de D-M- Luzón Peña/M. Díaz y García Conlledo/ J. de Vicente Remesal. Civitas, 2ª edición, Madrid, 1997.

----- “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, en AA.VV., HEFENDEHL, ROLAND (ed.), *La teoría del bien jurídico*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 452-453.

SCHÜNEMANN, BERND, “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”, en AA.VV., HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 197-226.

SEHER, GERHARD, “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico” en AA.VV., HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 69-92.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Bosch, Barcelona, 1992.

----- “Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión” en *Dogmática y Criminología, dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía. Legis, Bogotá, 2005, pp. 567-588.

----- *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas, 2ª edición, Madrid, 2001.

TAVARES, JUAREZ E. X., *Bien jurídico y función en el Derecho penal*. Traducción de Mónica Cuñarro, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

VIVES ANTÓN, TOMÁS S., *Fundamentos del sistema penal*. Tirant to Blanch, Valencia, 1996.

VON HIRSCH, ANDREW, “El concepto de bien jurídico y el ‘principio del daño’”, en AA.VV., HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 37-52.

VON HIRSCH, ANDREW, y WOHLERS, WOLFGANG, “Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa”, en AA.VV., HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 285-308.

VON LISZT, FRANZ. *Tratado de Derecho penal*. Traducción de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa. Hijos de Reus, Madrid, 1914 – 1917.

WELZEL, HANS. *Derecho penal alemán*. Parte general. Editorial Jurídica de Chile. 11ª edición, Santiago, 1976.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Derecho penal*. Parte general. Ediar, 2ª edición, Buenos Aires, 2003.

----- *Tratado de Derecho penal*. Parte general. Ediar, Buenos Aires, 1981.

Índice

Introducción.....	1
CAPÍTULO I	
Teoría del bien jurídico penal. Antecedentes, evolución y funciones.....	3
CAPÍTULO II	
Estado actual de la teoría del bien jurídico.....	22
CAPÍTULO III	
Prescendencia de la noción crítica de bien jurídico en la visión funcionalista sistémica del Derecho penal sustentada por Jakobs.....	31
CAPÍTULO IV	
Reafirmación de la importancia de la noción de bien jurídico frente a tesis de Jakobs.....	46
Conclusiones.....	64
Bibliografía.....	67