

II

2019

N.º 128

**cuadernos
de política criminal
segunda época**

Dykinson, S.L.

II

2019

N.º 128

**cuadernos
de política criminal
segunda época**

Edita

Dykinson, S.L.

CONTENIDO

SECCIÓN DE ESTUDIOS PENALES

LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD A EFECTOS DE IDENTIFICACIÓN EN LA LEY DE SEGURIDAD CIUDADANA: SUS REQUISITOS Y LA DISTINCIÓN ENTRE DELITOS E INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS DE DESOBEDIENCIA Y DE RESISTENCIA EN CASO DE NEGATIVA A IDENTIFICARSE. Por <i>Ángeles Jareño Leal</i>	5
--	---

LA IMPUNIDAD DEL ACOSO LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: <i>Unos por otros, la casa sin barrer</i> . Por <i>Nieves Sanz Mulas</i>	45
---	----

EL OBJETO JURÍDICO DE PROTECCIÓN: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL DEBATE CONTEMPORÁNEO. Por <i>José Manuel Ríos Corbacho</i>	87
---	----

ANÁLISIS DEL LUGAR DE COMISIÓN DE LOS CIBERDELITOS DE CONTENIDO. ¿IMPUNIDAD O UNIVERSALIZACIÓN DEL DELITO? Por <i>Fátima Flores Mendoza</i>	129
---	-----

EL ERROR DE COMPRENSIÓN EN LOS DELITOS CULTURALES. UNA VISIÓN DISTINTA DEL ERROR DE PROHIBICIÓN. Por <i>Fátima Cisneros Ávila</i>	151
---	-----

SECCIÓN DERECHO COMPARADO Y DERECHO INTERNACIONAL PENAL

EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO Y A ESTAR PRESENTE EN JUICIO: ANÁLISIS Y PAUTAS INTERPRETATIVAS SOBRE ALGUNAS CUESTIONES DE LA DIRECTIVA (UE) 2016/343 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 9 DE MARZO DE 2016. Por <i>Rafael Rebollo Vargas</i>	177
--	-----

LA FINANCIACIÓN ILEGAL DE PARTIDOS POLÍTICOS EN ALEMANIA. ELEMENTOS DE INTERÉS PARA LA ACTUAL REGULACIÓN ESPAÑOLA. Por Miguel Ángel Cano Paños ..	205
---	-----

SECCIÓN ESTUDIOS CRIMINOLÓGICOS

LA BUENA CONDUCTA COMO CRITERIO DELIMITADOR DE LA LIBERTAD CONDICIONAL. Por <i>Alberto Pintado Alcázar</i>	249
--	-----

SECCIÓN JURISPRUDENCIAL

PANORAMA JURISPRUDENCIAL: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNAL SUPREMO. Por Manuel Jaén Vallejo....	275
---	-----

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIÓN A., GÁLVEZ JIMÉNEZ, A., <i>EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL (ARTÍCULO 252 DEL CÓDIGO PENAL) EN EL ÁMBITO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL</i> , DYKINSON, S.L., MADRID, 2019, 424 PÁGINAS.. Por <i>Cristina Domingo Jaramillo</i>	285
--	-----

RECENSIÓN A BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. (DIR.), <i>CORRUPCIÓN ELECTORAL: DELITOS E INFRACCIONES ELECTORALES</i> , DYKINSON, 2019, 314 PÁGINAS. Por <i>Cristina Callejón Hernández</i>	297
--	-----

RECENSIÓN A RÍOS CORBACHO, JOSÉ MANUEL, <i>LINEAMIENTOS DE LA VIOLENCIA EN EL DERECHO PENAL DEL DEPORTE</i> . EDITORIAL REUS, MADRID, 2019. 350 PÁGINAS. Por <i>Manuel Rodríguez Monserrat</i>	307
--	-----

NOTICIARIO	315
------------------	-----

POLÍTICA EDITORIAL, CRITERIOS Y RÉGIMEN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS ORIGINALES EN CPC	325
---	-----

*EL OBJETO JURÍDICO DE PROTECCIÓN:
ALGUNAS REFLEXIONES
SOBRE EL DEBATE CONTEMPORÁNEO*

*The legal object of protection:
some reflections on the contemporary discussion*

JOSÉ MANUEL RÍOS CORBACHO*

Fecha de recepción: 28/07/2019

Fecha de aprobación: 07/09/2019

RESUMEN: El objeto jurídico es quizá el elemento fundamental de la dogmática penal y ha sido denominador común del debate actual en esta disciplina. Se ha postulado como base, como límite y, especialmente, como criterio de la clasificación de los ilícitos penales. También ha sido una absoluta barrera para el poder punitivo del Estado. Pero este elemento no deja de generar argumentos, a día de hoy, entre la doctrina científica: desde el funcionalismo, hasta las tesis constitucionalistas pasando por posiciones intermedias que versarán sobre esta cuestión. En este trabajo se examinará la función del Derecho penal, para luego escrutar ampliamente el concepto de bien jurídico al objeto de evaluar igualmente las posiciones doctrinales antedichas. Con ello se pretende darle al lector unas pinceladas básicas sobre el pasado, presente y futuro del bien jurídico tan importante en el Derecho penal.

PALABRAS CLAVES: Bien jurídico, Constitución, funcionalismo, *Ius puniendi*.

ABSTRACT: *The legal object is perhaps the main element of criminal dogmatics and it has been one of the most frequent points of debate in this discipline. It has been postulated as a base, as a limit and, especially, as a paralelism for the classification of criminal offenses. It has also*

* Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Cádiz.

been and absolute barrier to the punitive power of the state. But this element does not stop generating arguments, today, between scientific doctrine: from funcionalism, to the constitucional thesis going through intermediate positions that will deal with this issue. Un this paper we will examine the function of criminal law, to then study widely the concept of legal protected interest, in order to evaluate also the prior doctrinal cited positions. This is intended to give the reader a few basic description on the past, present and future of legal protectec interest that is very important for the criminal law.

KEY WORDS: *Legal protected interest, Constitution, funcionalism, Ius puniendi.*

SUMARIO: I. A modo de introducción: sobre la función del Derecho penal.- II. El objeto jurídico de protección.- 1. *Evolución.* 2. *Concepto.* 3. *Contenido material del concepto de bien jurídico.* 4. *Ubicación Sistemática y funciones del Objeto Jurídico.*- III. La discusión actual sobre la cuestión: una tensión no resuelta.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: SOBRE LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL

A la hora de iniciar este somero estudio sobre el bien jurídico no se puede abordar dicha temática sin establecer como base las propuestas teóricas que durante largo tiempo se han expuesto en referencia a las funciones del Derecho penal para, posteriormente, analizar la problemática del objeto jurídico de protección.

Varios han sido los autores que se han pronunciado sobre esta cuestión y de los que se expondrá una relación detallada con sus planteamientos más significativos.

Cotidianamente, se ha entendido por parte de la doctrina científica que la misión de esta ha sido la de asegurar las condiciones de existencia de la sociedad con el ánimo de garantizar los caracteres principales e indispensables de la vida en comunidad¹. Otro sector doctrinal también le ha atribuido al Derecho penal una doble función: por un lado, la protección de los valores elementales de conciencia, de signo ético-social,

¹ ROCCO, Arturo. *L'oggetto del reato*, Torino, 1913. pág. 444. No obstante, algunos autores se opondrían a que esa sea una función exclusiva que lo reduciría a un papel de gendarme, con la sola tarea de mantener el orden público. En este sentido, ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di diritto Penale*. 13^a ed., actualizada por L. Conti, Milano, 1994, págs. 5 y 6. El autor italiano le añadió una función organizadora y propulsora, conceptuándolo como tutor del orden público y maestro además de educador del pueblo. Cfr. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, Madrid, 2019, pág. 68.

únicamente por inserción de la protección de bienes jurídicos particulares, dirigida a ciudadanos capaces de vínculos permanentes con la comunidad, o sea, idóneos para una engarce ético-social²; por otro lado, una función preventiva que se refiere a hombres que no poseen capacidad de vinculación a normas ético-sociales, esto es, los delincuentes por estado³. Por tanto, como advierte WELZEL, aparece una doble vía para un Derecho penal de suma eficiencia: la primera, que en referencia al autor ocasional es retributivo de fundamento ético-social y determinado por tipos precisos; la segunda, en virtud de delincuentes por estado, donde se observa un derecho de seguridad⁴.

² A colación de ello, se ha escrito que existen dos formas de aproximarse al problema del bien jurídico: una primera posición extrasistemática o ético-política, que implica un juicio crítico de las opciones jurídico-positivas desde la perspectivas de unos postulados morales o externos al Derecho mismo; y una actitud más dogmática o descriptiva (intrasistemática) que pretende inferir del Código penal un concepto abstracto de bien jurídico a partir de los distintos bienes que es posible observar tras los tipos penales, todo ello con un propósito sistemático que a veces posee, no obstante, efectos legitimadores por cuanto los bienes jurídicos son deducidos de la propia decisión legislativa para más tarde operar como justificaciones de la misma. Véase, PRIETO SANCHÍS, Luis. *Garantismo y Derecho penal*, Madrid, 2011, págs. 119 y 120. El autor señala que, lógicamente, esta segunda perspectiva, además de ser seguramente inútil para emprender cualquier juicio crítico, obliga a un alto grado de abstracción y generalidad y, por tanto, también de imprecisión, máxime teniendo en cuenta la incesante ampliación de las fronteras del Derecho penal. El garantismo, continúa, adopta resueltamente la primera de las tesis: la teoría del bien jurídico supone un discurso externo y crítico que solo resultará fecundo si se concibe como una reflexión acerca de lo que puede ser el objeto de tutela y de aquello otro que no debe serlo, pues, como las demás garantías, esta representa una condición necesaria, pero no suficiente, de la intervención penal o, si se prefiere, la ausencia de bien jurídico relevante deslegitima la intervención penal, pero su presencia todavía no la justifica. Cfr. HASSEMER, Winfred. "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", *Doctrina penal* (1989), pág. 280. El autor alemán señala que "la teoría del bien jurídico enfrenta desde su inicio la alternativa entre un concepto de bien jurídico vago, pero cercano a la realidad, o un concepto preciso que no se adecúa al Derecho penal real".

³ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*, 2ª ed., castellana de la 11ª alemana. Trad. Bustos Ramírez y Yañez Pérez, Santiago de Chile, 1976, pág. 11.

⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 68. El autor advierte que la posición del penalista alemán (soporte para otras tesis como las de Hirsch, Kauffmann o Jakobs: con respecto a este último autor, hay que indicar que éste plantea conservar la confianza en el Derecho, sobre las premisas del funcionamiento sincronizado del propio sistema social; por su parte Welzel atiende a la idea de que la misión esencial de Derecho penal es la de mantener vigentes los valores ético-sociales) ha sido, sin desdeñar su éxito, plataforma para propósitos de hoy en día, pecando de una excesiva carga moralizante, ajena totalmente a lo que debe ser el motivo del moderno Derecho penal, de una excesiva discrecionalidad en su función preventiva y, además, de una rechazable distinción previa entre sujetos a incluir en cada una de las funciones que les otorga

Otro sector, asemeja la función del Derecho penal con la función de sus medios, la pena y la medida de seguridad. De esta forma se entiende que las funciones atribuidas fundamentalmente al Derecho punitivo son la de realización de la justicia (retribución, protección de la sociedad, bien sea mediante la prevención general o de la especial, o la mixtura de criterios anteriores a través de las teorías mixtas); en uso de las medidas de seguridad se trataría de la prevención especial⁵.

Es por ello que cuando se habla de la pena como fundamento es porque ésta representa el elemento esencial del que se sirve el Derecho penal para llegar a desarrollar su función principal. Así, se ha llegado a enunciar que “las teorías de la pena son propuestas legitimantes de Derecho penal constituyendo teorías sobre su función y legitimación”⁶. Penalistas como ROXIN se han preguntado por el sentido de la pena estatal estableciendo la cuita de cómo y bajo que presupuestos pueden justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado prive de libertad a alguno de sus miembros o intervenga de otro modo, conformando su vida, en su existencia social?⁷. Por consiguiente, la interrogación sobre el sentido de la pena se determina sobre “la legitimación y los límites de la fuerza estatal”⁸. Por ello, sería preferible distinguir el hecho de la fundamentación de la pena de su función y límites. El fundamento deviene en justifi-

y que anuncia una difícilmente aceptable gradación de la reacción punitiva. En la nota 143 de su trabajo advierte una similitud, que califica de relativa, entre Welzel y Jakobs: el primero entiende que la misión del Derecho penal es mantener vigentes los valores ético-sociales que configuran la conciencia jurídica, mientras que para el segundo, es la de conservar la confianza en el Derecho, sobre la premisa del funcionamiento sincronizado, del propio sistema social.

⁵ Entre otros, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *Sobre el concepto de Derecho penal*, Madrid, 1981, págs. 256 y ss. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*. 10ª ed., a cargo de Gómez Martín-Valiente Ibáñez. Barcelona, 2015 (Revisada y actualizada, 2016), pág. 84. Véase MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 69. A esta cuestión se refiere en la nota 144 de su trabajo.

⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., Valencia, 2010, pág. 51.

⁷ ROXIN, Claus. “Sentido y límites de la pena estatal”, en el mismo autor, *Problemas básicos de Derecho penal*, traducción y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, 1976, págs. 11 a 36. ABEL SOUTO, Miguel. *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el estado democrático*, Madrid, 2006, pág. 22.

⁸ ROXIN, Claus. “Sentido y límites de la pena estatal”, en el mismo autor, *Problemas básicos de Derecho penal*, traducción y notas por Diego Manuel Luzón Peña, cit., págs. 11 a 36. ABEL SOUTO, Miguel. *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el estado democrático*, cit., pág. 22. Véase, RÍOS CORBACHO, José Manuel. *Concepto del Nuevo Derecho penal*, San José de Costa Rica, 2013, pág. 50.

cación o esencia de la pena⁹ a como se explica su existencia. Sin embargo, la función de las penas se debe extender como la finalidad última e ideal para que éstas se impongan y los fines que van a constituir los “objetivos empíricos e inmediatos a los que la pena, al objeto de cumplir su función, ha de hallarse dirigida”¹⁰. En definitiva, la función de ésta sería la tutela jurídica o protección de bienes o intereses¹¹ y sus fines estarían integrados por la prevención general y especial¹². Subsiguientemente, la intitulación “teorías de los fines de la pena” al objeto de justificar el castigo resulta decididamente desventurado por su solvencia, puesto que la justificación de la pena e incluso del propio Derecho penal no se acaba en los fines de la pena¹³.

En virtud de un relativamente reciente sector doctrinal, como ya se había expuesto en relación con la norma penal, aparece una doble función: de protección y motivadora. Así pues, la norma interviene protegiendo las condiciones elementales mínimas para la convivencia y motivando al mismo tiempo, al objeto de que los individuos se abstengan de dañar esas condiciones elementales¹⁴. En virtud de la función motivadora

⁹ CARBONEL MATEU, Juan Carlos. *Derecho y principios constitucionales*, 2ª ed., Valencia, 1997, pág. 67. ABEL SOUTO, Miguel. *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el estado democrático*, cit., pág. 22.

¹⁰ COBO DEL ROSAL, Manuel, y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., corregida, aumentada y actualizada, Valencia, 1999, pág. 800.

¹¹ HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Barcelona, 1991, pág. 175. Señala que en el proceso de selección de bienes jurídicos y de la determinación de la intensidad de su protección, el Estado opera dentro del marco de la discrecionalidad que le permite su carácter de social y democrático de derecho. En el ejercicio de esta discrecionalidad no es neutral pues entra a proteger sus bienes jurídicos. En la protección de esas relaciones sociales el Estado se autoconstata, fijando dichas relaciones sociales, sin perjuicio de que en un Estado democrático dichas relaciones se encuentren sujetas a una constante revisión. Véase BUSTOS RAMÍREZ, Juan, y HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. “Pena y Estado”, en *Papers* 13 (1980), pág. 175.

¹² COBO DEL ROSAL, Manuel, y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., cit., pág. 801. ABEL SOUTO, Miguel. *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el estado democrático*, cit., pág. 22.

¹³ ABEL SOUTO, Miguel. *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el estado democrático*, cit., pág. 22. Cfr. RIOS CORBACHO, José Manuel. *Concepto del Nuevo Derecho penal*, cit., pág. 51.

¹⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 69. Incide en que se trata de dos funciones elementales e interdependientes de la citada norma y, por consiguiente, del Derecho penal. MUÑOZ CONDE, Francisco, y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Valencia, 2019, pág. 54. Señala que protección y motivación, o mejor dicho, protección a través de la motivación, son las dos funciones inseparables e interdependientes de la norma penal. La protección supone la

de la norma penal cabe decir que se utiliza como medio principal para ello la coacción jurídica, esto es, la amenaza de la sanción que sirve para motivar los comportamientos de los individuos¹⁵.

En su caso, la norma penal no constituye un sistema autónomo de motivación del comportamiento humano en la sociedad, de la misma forma que se puede conceptualizar como cuasi inaudito la existencia de un sistema social sin Derecho penal¹⁶. De esta forma, es posible objetar el hecho que ha entrevistado la doctrina al señalar que de nada serviría la conminación legal que se contiene en la norma penal que regula delitos como, por ejemplo, aquellos que lo son contra la vida, aunque tampoco

motivación y solo dentro de los límites en los que la motivación puede evitar determinados resultados, puede alcanzarse la protección de las condiciones elementales de convivencia. En el mismo sentido, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, y PÉREZ CEPEDA, Ana. "Derecho penal. Concepto y funciones", en Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, 2ª ed., Tomo I, *Introducción al Derecho penal*, Madrid, 2015, págs. 26 y ss. Señalan estos autores que dentro de la función de tutela del orden social, cabe destacar la función de garantía del Derecho penal, en la medida en que a través de la determinación del ámbito de utilización del Derecho penal también se están estableciendo las conductas que quedan fuera del mismo, esto es, en las que existe una libertad plena.

¹⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, y PÉREZ CEPEDA, Ana. "Derecho penal. Concepto y funciones", en Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, 2ª ed., Tomo I, *Introducción al Derecho penal*, cit., pág. 29. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luís, FERRÉ OLIVE, Juan Carlos, GARCÍA RIVAS, Nicolás, SERRANO PIEDECASAS, José Ramón y TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Curso de Derecho penal*, 2ª ed., Barcelona, 2010, págs. 9 y 10. MUÑOZ CONDE, Francisco, y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*, 9ª ed., cit., pág. 62. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*, Bogotá, 1999, págs. 19 y 20. Asume que para conseguir la protección de bienes jurídicos que la norma penal persigue, se desencadenan en los individuos determinados procesos psicológicos que les inducen a respetar ciertos bienes jurídicos. Estos mecanismos psicológicos no se presentan aislados, sino formando parte de un complejo proceso denominado "motivación". Además, indica que una cosa es segura: "el derecho y el Derecho penal como parte de ese derecho, ejerce un fuerte influjo en la motivación humana; pues, como elementos pertenecientes al mundo circundante del individuo son interiorizados o internalizados por él y cooperan en la formación de su conciencia del superyó". QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*, 5ª ed., Pamplona, 2015, pág. 287. KIERSZENBAUM, Mariano. "El bien jurídico en el Derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual", *Lecciones y Ensayos*, núm. 86 (2009), pág. 195. El principio de protección de bienes jurídicos no puede ser entendido sino como una garantía del individuo frente al poder estatal y nada más que eso; así, allí donde hay una pena deberá haber un bien jurídico lesionado, lo cual no significa que allí donde haya un bien jurídico lesionado deba haber una pena.

¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., cit., pág. 57 y 58. Véase, RÍOS CORBACHO, José Manuel. *Concepto del Nuevo Derecho penal*, cit., pág. 93. Esto aparece en la nota número 285 de su trabajo.

la imposición de la pena privativa de libertad que dichos ilícitos conlleven aparejadas, esta circunstancia debe ser así contemplada por cuanto de nada valdría la conminación legal alcanzada en la ley penal que sistematiza el homicidio, ni en la exigencia de imponer una consecuencia jurídica, privativa de libertad, que dicha realización llevara aparejada, en el caso de que no existieran otros mecanismos de motivación del comportamiento humano que posibilitara la interiorización de los valores, como en este caso concreto sería la vida, y con ello conseguir como resultado la abstención de las conductas criminales¹⁷. De acuerdo, con lo antecedentemente expresado, cabe extraer algunas precisiones relevantes: inicialmente, al objeto de conseguir las intenciones de tutela que se quiere, la norma penal deberá mostrar algunos “valores” que convendrán contar con cierta afirmación social, puesto que acudir a un Derecho penal conformado absolutamente al margen de otros mecanismos de control social sería tanto como evocar la más decididamente intolerante y palmaria expresión de la designada “sociedad de esclavos”; de igual forma, la función “motivadora” que cumplen esos otros mecanismos de control social antedichos, repercutiría en multitud de circunstancias cierta incapacidad si no se viera ratificada y fortalecida, en un último estadio, por la amenaza penal¹⁸. Precisamente, debe apostarse por una concepción mixta de la norma penal en la que surjan fuertemente unidos tanto el aspecto valorativo como el imperativo¹⁹. En tales condiciones, al renun-

¹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., cit., pág. 57 y 58. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luís, FERRÉ OLIVE, Juan Carlos, GARCÍA RIVAS, Nicolás, SERRANO PIEDECASAS, José Ramón y TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Curso de Derecho penal*, 2ª ed., cit., pág. 10. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, y HORMAZÁBAL MALEREE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Madrid, 2006, pág. 75. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., cit., págs. 44 y 45.

¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*, 9ª ed., cit., pág. 67. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, y PÉREZ CEPEDA, Ana. “Derecho penal. Concepto y funciones”, en Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, 2ª ed., Tomo I, *Introducción al Derecho penal*, cit., pág. 32. Plantean el hecho de que determinados estudios criminológicos han demostrado que más que la sola amenaza de la pena, lo que va a forzar de abstenerse a delinquir es el miedo a ser descubierto, significando que, dentro del sistema penal, es donde se ajusta la fuerza disuasoria establecida por la eficacia de los órganos de control de persuasión penal. De este modo, la tasa de delincuencia descenderá donde haya una significativa expansión de control policial. Véase, RIOS CORBACHO, José Manuel. *Concepto del Nuevo Derecho penal*, cit., pág. 94. Esto aparece en la nota número 287 de su trabajo.

¹⁹ ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Valencia, 2001, págs. 20 y ss.

ciar a darle con carácter general una situación predominante a alguno de ellos, uno y otro se exhiben como agentes determinantes en la interpretación de la norma: primariamente, el legislador estima los bienes jurídicos que pretende salvaguardar y en qué momento ha de iniciarse su tutela, en una segunda aproximación, en la que se prohíbe, endurecida por la sanción penal, la ejecución de conductas que afecten a esos objetos jurídicos, siempre y cuando sean realizados en la forma y sucesos previstos en el supuesto de hecho de la norma²⁰. Es por esta circunstancia por lo que puede apuntarse que en virtud de la fuerza motivadora de la norma aparecen dos significativas resultantes: de un lado, el hecho de que el Derecho penal sólo puede redirigir su motivación a los sujetos que sean motivables²¹.

Por su parte, la función de tutela o protección se refiere al amparo de bienes jurídicos del ciudadano y de la comunidad²². También puede advertirse que en la sociedad actual el Derecho en general posee como tarea prioritaria la salvaguardia de intereses que, contraídos por el Ordenamiento jurídico, se nominan bienes jurídicos²³. Aunque posterior-

²⁰ DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. "Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto", *Revista de Derecho penal y Criminología*, n° 6 (1996), págs. 168 y 169.

²¹ Hay que indicar que no existe responsabilidad penal en menores e incapaces. En este sentido, RÍOS CORBACHO, José Manuel. *Concepto del Nuevo Derecho penal*, cit., pág. 95. El autor en la nota 290 de su trabajo indica que los imputables, si bien es cierto que no pueden comprender el mandato normativo ni la amenaza que conlleva, pueden llegar a ser motivados por el aspecto valorativo de la norma. Empero, el reproche de culpabilidad no les alcanza ya que no son motivados por el aspecto imperativo de la misma que se concretaría en la "amenaza" determinada por la sanción penal.

²² De este principio puede extraerse como consecuencia que solo será legítima aquella norma destinada a proteger bienes jurídicos. Esta circunstancia descarta la posibilidad de cualquier tipo de sanción respecto de pensamientos y comportamientos que no dañen a otro. Esto posee como desenlace la idea de tender a una reducción del Derecho penal. En este sentido, KIERSZENBAUM, Mariano. "El bien jurídico en el Derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual", cit., pág. 194. Cfr. RUSCONI, Maximiliano. *Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, 2007, pág. 78. Indica este autor que es el concepto de protección de bienes jurídicos el que debe transformarse en la idea rectora de la formación del tipo y en la legitimación de la intervención punitiva. De esta forma, el Derecho penal para este punto de vista, es el instrumento al que se acude solo para la protección de intereses vitales de la comunidad como es la vida, libertad, honor y propiedad, entre otros. Véase igualmente, FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohíno, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, 1997 (ed. Italiana, 1989), pág. 467.

²³ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 69. Adopta la tesis de que por unanimidad se admite como función principal del Derecho penal la

mente se desarrollará un estudio más profundo sobre esta cuestión, baste aquí señalar que los intereses sociales o individuales son muchos, entendiéndose a los bienes jurídicos como aquellos tomados por el derecho para su defensa. Por tanto, puede decirse que el Derecho penal cumple una función de tutela de este tipo de bienes más capitales para el sostén de la convivencia social²⁴. Por lo anterior, y debido a la proximidad entre motivación y prevención, debe apuntarse una firme conclusión: la doble función de protección y prevención²⁵, circunstancia por la cual se afrontará un sucinto estudio sobre esta última que vislumbrará las líneas fundamentales de dicha función.

Si bien es cierto, como se ha expuesto, que la labor primordial del Derecho penal es la de protección o tutela de bienes jurídicos²⁶, la idea del hecho punible cometido o del bien jurídico lesionado muestra una llegada tardía del Derecho punitivo. Así, debe proponerse la idea de que la protección de objetos jurídicos mira al futuro, esto es, al comportamiento del delincuente o de otras personas que aún no han delinquido²⁷ y es que como ha dicho un importante sector doctrinal “la prevención es el Derecho penal racional y moderno”²⁸.

protectora. Si, bien insiste en la idea de que las discusiones aparecen cuando hay que clarificar el contenido de semejante afirmación.

²⁴ *Loc.cit.* Dice que los bienes jurídicos se manifiestan como valores esenciales del individuo y de la sociedad, poniendo como ejemplo: vida, salud, integridad física, libertad, honor, salud pública, etc. En el mismo sentido, RUSCONI, Maximiliano. *Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 78.

²⁵ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 69.

²⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*, 5ª ed., cit., pág. 58. TERRADILLOS BASOCO, Juan María. “La Constitución penal. Los derechos de la libertad”, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/13terraddillos-constitucionpenal.pdf>, pág. 4. Consultado el día 29 de junio de 2019. Cfr. NAVARRETE, Miguel. “Norma penal, bien jurídico y norma de cultura: El rol de la víctima en la dogmática del tipo de injusto”, en HERRERA MORENO, Myriam (Dir.), *La víctima en sus espejos. Variaciones sobre víctima y cultura*, Barcelona, 2018, pág. 60.

²⁷ KAUFFMANN, Armin. “La misión del Derecho penal”. En *la reforma del Derecho penal*, Bellaterra, 1981, págs. 10 y 11. Desde su punto de vista la configuración conceptual del Derecho penal requiere la presencia de un mal desde el instante en el que al hecho antijurídico se le une una sanción para su autor (privación o restricción de derechos); en definitiva, puede intitularse como retribución, aflicción, expiación, compensación, etc. Cfr. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 82.

²⁸ NAUCKE, Wolfgang. “Prevenzione generale e diritti fondamentali Della persona”. En *Teoría e prassi Della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, pág. 40. Dice que acaece un amplio acuerdo en la legislación, en la jurisprudencia y en la Ciencia del Derecho en muchos países europeos. Cfr. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 82.

Otro sector ha puesto de manifiesto que, además de la finalidad de protección de bienes jurídicos, el Derecho penal también efectúa una tarea represiva y preventiva que deben ser comprendidas de manera unitaria²⁹.

En este punto, MORILLAS CUEVA incide en que no deben tratarse las dos funciones, ético-social y preventiva, de manera yuxtapuesta, donde la primera posee preferencia sobre lo preventivo, sino que se debe reconocer la misión protectora de bienes jurídicos como básica y la preventiva como adecuada, por operativa, para conseguir aquella³⁰. Así, parece que ambas se aúnan con el objetivo de eludir ulteriores infracciones del Derecho, a través de la prevención, mediante represión y función preventiva inmediata, más cercanos a la idea de retribución-prevención, en suma, lo que algunos entienden como prevención general y especial³¹. En consecuencia, hay que incidir en que cualquier sanción jurídica desfavorable, incluso las de contenido aflictivo o retributivo, posee primariamente una función preventiva, pues como apunta algún autor, el contenido de la sanción no depende de la función racional del derecho que es la prevención sino de la ideología en la que el ordenamiento jurídico se apoya³².

Si en la actualidad la prevención viene determinada por sus dos categorías, prevención general y especial (de carácter postdelictual), no es menos cierto que cada vez se afianza más, que cada vez posee más auge la prevención social que aparece de las más variadas formas en institu-

²⁹ A través de la función represiva se pone de manifiesto que en la aplicación de la pena apropiada a la infracción jurídica se halla la prueba visible de ser inquebrantable tal orden jurídico de cuya existencia depende en último lugar el orden social y de que la sentencia judicial declare indiscutiblemente, tanto al autor como a la colectividad, que el Derecho se impone, pese a que sea con cierta dilación, y que por dicha circunstancia lo mismo sucederá en el futuro; de otro lado, la función preventiva inmediata, donde la pena contribuye a que el condenado afiance reiteradamente su respeto al Derecho, y a que por su propia fuerza y convencimiento vaya por la senda del Ordenamiento. En este sentido, JESCHECK, Hans Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho penal. Parte General*, trad. Miguel Domingo Olmedo Cardenete, Granada, 2002, págs. 4-6.

³⁰ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 82.

³¹ *Ibid.*, pág. 83. Indica que se utilice la nomenclatura que sea, la pretensión más primaria del Derecho penal es la de reaccionar a través de un mal contra una conducta considerada como delictiva, a modo de protección de la sociedad. Se puede establecer con la idea de compensar con una pena justa el mal cometido por el delincuente o por medio de evitar mediante su incidencia en el sujeto agente o en la generalidad de la comunidad que en el futuro se ataquen otros bienes jurídicos protegidos por el Ordenamiento jurídico-penal.

³² PAGLIARO, Antonio. "Aspetti giuridici della prevenzione", *En L'Indice Penale*, 1976, pág. 25. Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Medición de la Pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979, pág. 25.

ciones de la vida comunitaria con la finalidad de evitar las causas sociales que, a su vez, propician los contextos criminales³³.

En definitiva, se trata de definir como función básica y legitimadora del Derecho penal la protección de la comunidad social mediante la específica protección de los bienes jurídicos, tarea que se realizará a través de la prevención, bien general, bien especial, de forma que se identificará la precitada función con las penas y las medidas de seguridad³⁴.

II. EL OBJETO JURÍDICO DE PROTECCIÓN

En este epígrafe se abordará el contenido del bien jurídico lo más exhaustivo posible, abarcando desde la evolución hasta su ubicación sistemática y funciones, pasando por aspectos tan importantes como el concepto de dicho objeto jurídico, la expansión y especificidad de este, junto con su posición sistemática y funciones.

1. EVOLUCIÓN

La figura del bien jurídico ha sido tachada de difícil delimitación y ello determinado por la constante transformación que incluso algún autor ha definido como inacabada³⁵.

En una primera aproximación, en el pensamiento ilustrado, a principios del siglo XIX entendía el delito como la lesión de un Derecho subjetivo natural de la persona (vida, libertad, honor propiedad)³⁶, exigien-

³³ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 83. PAGLIARO, Antonio. "Aspetti giuridici della prevenzione", *En L'Indice Penale*, cit., pág. 6. Este autor establece un cambio de la prevención general a la especial y de la prevención *post-delictum* hacia la prevención *ante-delictum*, además de aquella considerada jurídica a la social.

³⁴ Cfr. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 84.

³⁵ *Ibid.*, pág. 70. El autor para argumentar esta idea trae a colación las palabras de Rudolphi al señalar que el objeto jurídico pertenece a aquellos conceptos que, sin perjuicio de los esfuerzos acaecidos en este sentido, aún presenta una "falta de claridad". Véase, RUDOLPHI, Hans-Joachim. "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico", en *Nuevo Pensamiento penal*, 1997, pág. 329.

³⁶ KIERSZENBAUM, Mariano. "El bien jurídico en el Derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual", cit., pág. 195. HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, cit., págs. 13 y ss. Señala como origen de la cuestión al Derecho penal iluminista, con el precedente de la Declaración del hombre y del ciudadano de 1789 que limitaba las prohibiciones legales sólo a las "actuaciones perjudiciales a la sociedad, que se expresó en la teoría iusprivatista de Feuerbach (1832) de la lesión de un derecho subjetivo, prosigue el autor incidiendo en que esta circunstancia no es más que

do como presupuesto del *Ius puniendi*, la dañosidad social del hecho de castigar³⁷. Posteriormente, en 1834, sería Birbaum quien indicaría que “cualquier bien debe ser tutelado por el Estado, siempre que este amparo general no pueda ser realizado más que mediante la amenaza de una pena determinada”³⁸. La ideología de este autor se enfrenta a las tesis de la Restauración por cuanto la conducta delictiva ya no conculca derechos subjetivos sino que lesiona bienes³⁹, circunstancia esta que como expone HORMAZABAL MALAREE le permite salvar el obstáculo que representaba la doctrina de Feuerbach para la atribución de conductas frente a la religión y la moral⁴⁰. De otro lado, KAUFFMANN, siguiendo la estela de BINDING, estima el bien jurídico como creación valorativa del legislador ya que tiene el interés de tal protección a través del otorgamiento de garantías que impidan su lesión o puesta en peligro. Por tanto, en este punto, el bien jurídico es el creado por el derecho, el cual designa los objetos que en opinión del legislador reciben protección⁴¹.

la expresión de la teoría del contrato social en el Derecho penal, puesto que los hombres ante la inseguridad que supone vivir aislados, deciden organizarse en sociedad y confiar en el Estado la conservación de un nuevo orden creado y, por ende, elige al estado como garante de las condiciones de vida en común. En este sentido, SINA, Peter. *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs Rechtsgut*, Basilea, 1962, pág. 9. Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel. “Norma penal, bien jurídico y norma de cultura: El rol de la víctima en la dogmática del tipo de injusto”, en HERRERA MORENO, Myriam (Dir.), *La víctima en sus espejos. Variaciones sobre víctima y cultura*, cit., pág. 61.

³⁷ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 71.

³⁸ BIRBAUM, Johan Michael Franz. “Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht aun den Begriff der Ehrenkränkung”. *Archiv des Criminalrechts*, Halle, 1934, págs. 149 y ss. Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el Derecho penal*, Sevilla, 1974, págs. 100 y ss.

³⁹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 71. Señala que Birbaum hace una concepción positivista alejada del carácter limitador manifestado por las ideas ilustradas.

⁴⁰ HORMAZABAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, cit., págs. 26 y ss. En sus palabras advierte que la tesis de Birbaum es válida para salvar el obstáculo de la defensa no de los derechos subjetivos sino de bienes, todo lo más hace un desvío metodológico al iusnaturalismo. De forma que lo que hace este autor es colocar al “bien” en la esfera prejurídica de la razón o de la naturaleza de las cosas y, desde allí, lo vuelca al concepto de delito definiendo a éste como “toda lesión o puesta en peligro de bienes atribuibles al querer humano, entendiendo que dichos bienes deben ser garantizados de manera equivalente a todos por el poder estatal, en tanto que una garantía de esa magnitud sólo puede ser desarrollada en virtud de una conminación por una determinada pena y por la ejecución de la amenaza legal a todo infractor.

⁴¹ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Uebertretung*, 3ª ed., Leipzig, 1916, págs. 187 y ss. Véase, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 71. Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel. “Norma penal, bien jurídico y norma de cultura: El rol de la víctima en la dogmática del tipo de injusto”, en HERRERA MORENO, Myriam

Junto a ello, debe apuntarse que para la escuela clásica italiana, esto es, ROMAGNOSI, PELLEGRINO, ROSSI y CARRARA, la noción de objeto jurídico sigue conservando una base empírica⁴².

Frente a la posición formalista de Binding, aparece la figura de VON LISZT, que entiende al bien jurídico como determinado y anterior al Derecho, desarrollando una función crítica y legitimadora. Así, este autor establece que este contenido material del injusto es independiente de su apropiada apreciación por el legislador, es metajurídico. Por tanto, la norma jurídica lo encuentra, en ningún caso lo crea⁴³. Puede adjetivarse como frontera de lo punible, transportando su origen del legislador a la realidad social. Así, se observa un evidente progreso en la teoría del bien jurídico por cuanto se indica que todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad⁴⁴. Mención aparte requiere

(Dir.), *La víctima en sus espejos. Variaciones sobre víctima y cultura*, cit., pág. 54. Alude al hecho de que Binding concibió los bienes jurídicos como valores en cuyo mantenimiento inalterado e incólume tiene interés el Derecho positivo, el cual provee su garantía normativa mediante disposiciones legales que los salvaguardan frente a la lesión o puesta en peligro por acciones no tolerables en la sociedad: los objetos de tutela de las normas penales constituyen el capital de bienes del ordenamiento punitivo.

⁴² En este sentido, KIERSZENBAUM, Mariano. “El bien jurídico en el Derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”, cit., pág. 195.

⁴³ VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal*, Madrid, s/f, págs. 6 y 7. Para este autor el bien jurídico se encuentra más allá del Derecho penal, justamente en el punto de unión entre el Derecho penal con otras ciencias penales a través de la política criminal. Supera la concepción de Binding entendiendo que el bien jurídico es una creación de la vida y como tal un interés vital del individuo o de la comunidad a la que la protección del Derecho penal da la categoría de objeto jurídico. Así, expresa que el bien jurídico protegido es un concepto que pertenece a la teoría general del derecho que expresa en el campo de lo jurídico lo que representan los intereses de los individuos en sus relaciones vitales, relaciones que del mismo modo que los intereses, cuando son asumidas por el derecho, se transforman en relaciones jurídicas. Cfr. HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, cit., pág. 48. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, y PÉREZ CEPEDA, Ana. “Derecho penal. Concepto y funciones”, en Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, 2ª ed., Tomo I, *Introducción al Derecho penal*, cit., pág. 27. Estos autores adoptan la tesis de von Liszt al señalar que el concepto material de bien jurídico debe encontrarse en la realidad social y su contenido debe servir de criterio limitador de la intervención penal del Estado. Igualmente, prosiguen, la protección o no de esas relaciones sociales por el Derecho penal y la medida en que lo lleva a cabo depende de las valoraciones político-criminales. En consecuencia, resulta preciso saber cuáles son esos medios de valoración político-criminales que hacen que ciertas relaciones sociales se conviertan en bienes jurídicos objetos de protección penal. MUÑOZ CONDE, Francisco. “La herencia de Franz von Liszt”, *Revista Penal México*, núm. 2, julio-diciembre (2011), pág. 60.

⁴⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 71. Señala que dicha tesis no estuvo exenta de cierta discusión. En este sentido, véase, MIR PUIG, Santiago.

el hecho de que los planteamientos antedichos de von Liszt tiene su origen en la influencia que sobre tal autor tuvo IHERING, especialmente en el escenario filosófico. Así, según este último los intereses constituyen el motor que mueven el mundo social, circunstancia que supone cierta tendencia hacia la consecución de un fin; con todo, las normas en cuanto que se encuentran referenciadas a un mundo social y, corrientemente toda declaración jurídica, deben entenderse e interpretarse desde la finalidad que se pretende obtener, que no debe ser otra que consolidar las situaciones de vida de la sociedad⁴⁵. Al objeto de cerrar en una primera aproximación lo que FERRAJOLI ha dado en llamar como “parábola involutiva”, el último giro lo ubica en la etapa espiritualista e irracionalista de la cultura alemana del XVIII, tiempo en el cual “el concepto de bien se desmaterializa definitivamente, transformándose, de criterio de delimitación y deslegitimación externa, en instrumento positivo y autorreflexivo de legitimación política de los intereses tutelados”. Para ultimar esta cuestión, el autor italiano afirma que posteriormente a la Segunda Guerra Mundial el concepto adquirirá lo que ha dado en llamar “relevancia crítica y función axiológica”⁴⁶.

Introducción a las bases del Derecho penal, Barcelona, 1976, págs. 161-163. Este autor subraya sobre la teoría de von Liszt que no dota de contenido al concepto jurídico vida, de forma que dicha tesis no mantiene una respuesta acorde al interrogante de qué intereses consiguen ser protegido o, al menos, qué ideas deben de decidir la necesidad de su protección.

⁴⁵ VON LISZT, Franz. “Der Zweckgedanke im Strafrecht”, en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, T. I, Berlin, 1970, págs. 120 y ss. HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, cit., págs. 49 y 50. Señala que el discurso de Ihering sobre el Derecho penal, con respecto a otras ramas del Derecho, no presenta diferencias medulares, ya que las disposiciones del Derecho punitivo igualmente persiguen consolidar las condiciones de vida de la sociedad por lo que no podía estar de acuerdo con la natural definición del delito como una conducta conminada con pena pues, a su entender, tal definición sólo haría referencia a su apariencia externa y en ningún caso a su esencia. Por tanto, a su juicio, la pena no es más que un “medio subsidiario” de protección social, la cual es el último recurso cuando no sea posible eludir de otro modo la agresión a las situaciones de existencia social. KIERSZENBAUM, Mariano. “El bien jurídico en el Derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”, cit., pág. 195. En la misma idea, alude a que Ihering, Liszt y Binding el concepto se va transformando en “el Derecho del Estado a las acciones u omisiones impuestas bajo la amenaza de pena”. Alude a la concepción de Giuseppe Maiore quien argumenta que “todo delito es, en definitiva, un delito de felonía, un crimen *laesae maiestatis*”.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, cit., pág. 467. RUSCONI, Maximiliano, *Derecho penal. Parte General*, cit., págs. 81 y 82. KIERSZENBAUM, Mariano. “El bien jurídico en el Derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”, cit., págs. 195 y 196.

Puede señalarse que dos son las hipótesis trascendentales en las que se mueve la reciente doctrina penal: las intituladas como constitucionalistas (que acude a criterios superiores al ordenamiento jurídico dentro de un mismo sistema jurídico, esto es, al texto constitucional) y las de orientación fundamentalmente sociológica (pretende fundamentarlo en las teorías generales de la sociedad)⁴⁷.

Dentro de las tesis de orden constitucionalista, preponderantes en Europa, aparece la figura de SAX. En una germinal advertencia, pudiera entenderse una estructura de orden de valores constitucional donde habría que poner en relación el Derecho penal con el ordenamiento constitucional sustentando que hay que distinguir una dualidad de planteamientos: “Un orden de valores constitucional” y uno de “valores penal”. Dicho orden constitucional se encuentra referenciado al marco del la actividad del Estado en tanto que el Derecho penal tan solo protege aspectos parciales que solo coinciden en lo importante con valores constitucionales como la vida, la libertad, la propiedad. Continúa este autor señalando que hay otros valores que no se encuentran expresamente estructurados como tales en la Constitución, como pudieran ser: los que se protegen en los delitos contra el Estado, de la Administración de justicia y de la moral⁴⁸. Además de SAX, otros autores han sido los abanderados de esta corriente constitucional: RUDOLPHI y BRICOLA. El primero de ellos señala que la Constitución que defiende el Estado de Derecho ya contiene las decisiones valorativas fundamentales para la creación de un concepto de bien jurídico anterior a las leyes penales pero, a la vez,

⁴⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, y PÉREZ CEPEDA, Ana. “Derecho penal. Concepto y funciones”, en Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, 2ª ed., Tomo I, *Introducción al Derecho penal*, cit., pág. 28. Cfr. HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, cit., págs. 121 y ss. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 71.

⁴⁸ SAX, Walter. “Grundsätze der Strafrechtsplege”, en *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, 2ª ed, Berlin, 1972, pág. 911. Según él, la Constitución en estos casos simplemente orientaría el ejercicio del *ius puniendi* de acuerdo con su orden de valores, hacia la concreción de las figuras antijurídicas en tipos penales. Cfr. HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, cit., pág. 122. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 71. Dice que Sax inicia un movimiento dentro de la moderna dirección político-criminal sobre el bien jurídico que trata de dar contenido a este a partir de las exigencias constitucionales. También se refiere a estos temas en la Constitución, TERRADILLOS BASOCO, Juan. “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 63 (1981), pág. 141.

obligatorio para ellas; según este planteamiento, las puras inmoralidades quedan fuera del objeto de las amenazas penales. Por consiguiente, los objetos jurídicos aparecen como funciones importantes para la vida social en el universo constitucional⁴⁹. De esta misma idea también participa BRICOLA⁵⁰ (junto con otros autores como son MUSCO⁵¹ y ANGIONI⁵²

⁴⁹ RUDOLPHI, Hans-Joachim. “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”, en *Nuevo Pensamiento penal*, cit., págs. 337-437. Es la Constitución, la que indica los valores fundamentales y la vinculación jurídica obligatoria del legislador a la protección de bienes jurídicos previstos al ordenamiento penal cuyo contenido se determina conforme a dichos valores. HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, cit., pág. 123. Está de acuerdo con Rudolphi en indicar que es necesario remitirse a la realidad social de donde, a partir de la indagación de los fenómenos que son lesionables por un comportamiento humano y de la prospectiva constitucional, debe revelarse la concepción del bien jurídico como “un presupuesto de una vida social próspera, apoyada en la libertad y en la responsabilidad del individuo”. Así, el sustrato material del concepto de bien jurídico vendría determinado por la sociedad estatal conforme a la Constitución y por las condiciones y funciones en los cuales se basa la vida social. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, y PÉREZ CEPEDA, Ana. “Derecho penal. Concepto y funciones”, en Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, 2ª ed., Tomo I, *Introducción al Derecho penal*, cit., pág. 28. Además de lo ya significado, estos autores inciden en que es necesario que estos bienes jurídicos se encuentren orientados hacia el respeto de los derechos fundamentales, pues estos son la base del modelo de sociedad recogido en el texto constitucional, con lo que se evitará caer así en el mero funcionalismo. VÁZQUEZ –PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. “Sobre el bien jurídico protegido por el delito de obstaculización a las actuaciones del defensor del pueblo (art. 502.2 CP)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-15 (2012), pág. 3. El autor alude a unas palabras de Rudolphi que señalan la posible compatibilidad de determinados delitos de la parte especial con el esquema de fines de un estado cuya legitimidad dimana de su capacidad para incidir en la vida social y garantizar en ellas “una configuración justa e igualitaria de las relaciones humanas”. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 71.

⁵⁰ DONINI, Máximo. “La herencia de Bricola y el constitucionalismo penal como método. Raíces nacionales y desarrollo supranacionales”, *Revista EAFIT*, vol. 7, nº 77 (2011), págs. 1 y ss.

⁵¹ MUSCO, Enzo. *Bene Giuridico e tutelle dell’Onore*, Milán, 1974, págs. 55 y ss. Plantea la necesidad de buscar un concepto material del bien jurídico. Entiende por material un concepto que sea capaz de expresar el elemento común de todos lo injustos señalando que es esencial buscarlo en un orden prepositivo y que su obligatoriedad debe ser fundada en la Constitución. HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, cit., págs. 128 y 129. En sus palabras indica que Musco aporta a la teoría constitucional un criterio de concretización pues se advierte que “no todos los valores que se encuentran contemplados en la Constitución son susceptibles, deben (o pueden) ser objeto de tutela penal”. A esto se refiere el autor italiano en la página 124 de su trabajo ya referenciado.

⁵² ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milán 1983, págs. 161 y ss. Dentro de la línea trazada admitiendo el carácter constitucional en el

han conformado lo que se ha dado en llamar “la teoría constitucional estricta”⁵³ de una línea doctrinal que toma como base el art. 3 de la Constitución italiana y que es semejante al 9.2 de la española⁵⁴. El autor italiano piensa que se debe conjeturar que “la sanción penal puede ser adoptada solamente en presencia de la violación de un bien el cual si no puede ser de igual grado del valor sacrificado, esto es, libertad personal, esté al menos dotado de relevancia constitucional”⁵⁵.

Mención aparte requiere el planteamiento de ROXIN. Si bien el autor alemán parte de los presupuestos anteriores, los puntualiza aceptando

planteamiento del objeto jurídico, precisa la necesidad de que un Derecho penal de hecho basado en la protección de bienes jurídicos, respete los principios básicos de proporcionalidad, necesidad y efectividad de la tutela penal. Incide en que sólo podrá imponer respeto de la ofensa de bienes jurídicos de carácter constitucional primario. En cuanto a la forma específica de protección, señala que será la importancia del bien jurídico la que habrá de determinar la anticipación del momento de la protección relacionando dicha situación con el advenimiento de la figura de los delitos de peligro. Cfr. HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, cit., págs. 127 y 128. VÁZQUEZ –PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. “Sobre el bien jurídico protegido por el delito de obstaculización a las actuaciones del defensor del pueblo (art. 502.2 CP)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, cit., pág. 2. A este autor se refiere en la nota 1 de su trabajo.

⁵³ HORMAZÁBAL, MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, cit., pág. 126. También véase GONZÁLEZ RUS, Juan José. “Seminario sobre bien jurídico y reforma de la parte especial (Siracusa, 15-18 Octubre, 1981)”, en *Crónicas Extranjeras*, ADP (1982), pág. 706. Otros autores que siguen la tesis de la argumentación constitucional del bien jurídico protegido pueden verse en MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 72. Cita entre otros a Matovani y a Carbonell Mateu. A todo ello se refiere en la nota 158 de su trabajo.

⁵⁴ Así, dicho precepto señala que “es deber de la República remover los obstáculos de orden económico y social, que limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

⁵⁵ BRICOLA, Franco. “Teoría generale del Reato”, en *Novissimo Digesto Italiano*, T. XIX, Turin, 1973. págs. 7-9. Este autor propone, en cuanto a señalar lo que es constitucionalmente relevante, que ello no debe entenderse como antítesis de bien respecto de la Constitución, pero sí como una asunción del mismo entre los valores que implícita o explícitamente se encuentran garantizados en la Carta Constitucional. Cfr. HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, cit., pág. 127. Señala que Bricola, en trabajos, subsiguientes, fue completando su teoría constitucional poniendo el acento en los aspectos garantísticos y de solidaridad del Estado social de derecho con especial referencia al art. 2 de la Constitución italiana que, a su vez, señala los derechos inviolables del hombre. En consecuencia, alude a una defensa social que postula una revalorización de la defensa del ciudadano-víctima frente a la criminalidad, en función de límite respecto de otras normas constitucionales en materia penal.

que la única reserva previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por ello, insiste en que el bien jurídico vinculante político-criminalmente solo se puede derivar de los cometidos plasmados en la Carta Magna, mediante los cuales se marcan los límites al *ius puniendi*. En consecuencia, y en sus propias palabras, los objetos 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”⁵⁶.

La segunda tesis a la que se hacía referencia es aquella que se relaciona con los desarrollos sociológicos. En este sentido, pueden observarse ideas de, AMELUNG y JAKOBS (exponentes de una tesis de corte meramente funcionalista), sobre éste último, por su disenso sobre las tesis constitucionalistas y ser el estandarte de las ahora tratadas, se le dedicará una mayor reflexión en otro epígrafe de este trabajo; por otro lado, HASSEMER y CALLIESS (que toman tanto elementos del funcionalismo como del interaccionismo simbólico)⁵⁷. Todos estos juristas basan sus planteamientos en las ideas de PARSONS, LUHMANN o HABERMAS⁵⁸. Otrora el funcionalismo fue presentado como la ciencia social superior, un modelo superestructural del orden social que con el recurso de sistematizar una serie de órdenes conceptuales, de combinaciones y de clasificaciones y subclasificaciones tipológicas tan generales que pudieran ser aplicadas a diversos sectores sociales o a diferentes niveles de la vida social. Dicho esto, aparece tal ciencia con el objetivo de legitimar cualquier modelo social industrial avanzado⁵⁹. Las ideas de este movimiento surgieron de la mano de DURKHEIM que tuvo en PARSON y MERTON unos avezados abanderados. Estos proponen una teoría social que durante décadas ha sido adjetivada como la “única” teoría social. Además, para esta consideración, la realidad social no se encuentra conformada

⁵⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. de la 2ª ed, alemana por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, De Vicente Remesal, Madrid, 2006, págs. 55 y 56. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho penal español*, 3ª ed., Tomo I. Nociones introductorias. Teoría del delito. Madrid, 2002, pág. 59. Al hablar de Roxin indica que confía más en una teoría del bien jurídico orientada a la Constitución que a las ciencias sociales. Cfr. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 72.

⁵⁷ HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, cit., pág. 114.

⁵⁸ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., págs. 72 y 73.

⁵⁹ HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, cit., pág. 95.

simplemente por cosas sino por sistemas constituidos por la interrelación de conductas o un complejo de conductas de rol⁶⁰. De esta forma, el funcionalismo o teoría sistémica⁶¹ entendido desde el precitado DURKHEIM hasta LUHMANN⁶² sostiene que la sociedad debe ser comprendida como un sistema total en el que cada uno de sus aspectos no puede ser comprendido si no es en referencia al sistema total; este radica en una pluralidad de actores individuales que interactúan en una precisada situación, a su vez, motivadas por recíprocas expectativas⁶³. En suma, la concepción funcionalista de la sociedad entiende al hombre como un ser completamente social, esto es como un ser “hueco y vacío” al que solo la sociedad llena de sustancia. Por tanto, los fines del hombre son fines de la sociedad, solo que residen en él⁶⁴. Por su parte, HABERMAS plantea la rela-

⁶⁰ MERTON, Robert King. *Teoría y estructuras sociales*, México, 1984, págs. 92 y ss. Señala que los aspectos sustanciales de la realidad quedan postergados por los funcionales, así, lo dinámico se privilegia frente a lo estático.

⁶¹ LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie 1*, Reinbeck bei Hamburg, 1972, págs. 1 y ss. La teoría de los sistemas de este autor lo que hace es introducir el concepto de “sistema” como paradigma científico, posibilitando integrar corrientes metodológicas y de diferente procedencia. En este sentido, se ha comentado que es equívoco hablar solo de teoría sistémica para referirse al funcionalismo de este autor. Por ello, se apunta que es más acertado denominarlo funcionalismo sistémico. En este sentido, HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, cit., pág. 97. A esto se refiere en la nota 40 de su trabajo. POLAINO ORTS, Miguel. “El (re) nacimiento del Derecho penal del Deporte y la relevancia del Código Mundial Antidopaje”, en VERDUGO GUZMÁN, Silvia, y POLAINO ORTS, MIGUEL, *Código Mundial Antidopaje*, México, 2016, págs. 19 y 20.

⁶² LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie 1*, cit., págs. 64 y ss., y 94 y ss. Este autor realizó una proyección, utilizando el paradigma sistémico, de la teoría funcionalista en el derecho. Incide en que las sociedades actuales donde no es posible realizar la confianza personal en el cumplimiento de las expectativas por la complejidad de las relaciones y las formas diferenciadas del derecho, éste cumple la función de institucionalizar dicha confianza reemplazando la confianza personal por la institucional. De lo que se trata es de reemplazar la confianza entre los actores sociales en el cumplimiento de las mutuas expectativas como factor de estabilización y de cohesión social en las sociedades complejas por la confianza en el derecho.

⁶³ Lo primordial en este sistema de interdependencia de los diversos factores, de tal forma que no puede afirmarse que uno de ellos determine la producción de un fenómeno. De lo que se trata es de remarcar con ello diferencias con las teorías que plantean al factor único como causa de los fenómenos sociales. Véase, PARSONS, Talcott. *El sistema social*, 2ª ed., Madrid, 1976, págs. 216 y ss., y 247 y ss. Cfr. HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, cit., pág. 97.

⁶⁴ HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, cit., págs. 97 y 98. Señala que el hombre queda así mediatizado y postergado por el sistema que pasa a ser lo fundamental.

ción entre las normas de orden superior de sentido claramente deontológico y de los valores que, por el contrario, poseen un sentido teleológico. Así pues, las normas lícitas exigen a sus receptores sin excepción y por igual a practicar un comportamiento que efectúa posibilidades generales de comportamiento; por su parte, los valores aparecen como predilecciones intersubjetivamente compartidas. Estos expresan la deferencia de bienes que en ciertos colectivos se observan como deseables, pudiéndose adquirir o realizar a través de una acción encauzada a esa finalidad. La normas se presentan con un carácter dual: o son válidas o inválidas; por tanto, frente a los enunciados normativos e incluso frente a los asertóricos, incide en que solo se puede tomar una postura con un “sí” o con un “no”, o todo lo más absteniéndose de juzgar. La validez deontológica de las normas tienen el alcance categórico de una obligación absoluta y universal. Asimismo, la atractividad de los valores posee el sentido relativo de una evaluación de bienes a la que se está habituado o que se ha adoptado en una determinada cultura; es por ello que las decisiones valorativas decisivas o preferencias de orden superior dicen que es lo que es lo que “es bueno para nosotros”. En consecuencia, prosigue el autor alemán señalando que las distintas normas no pueden contradecirse unas a otras si pretenden la validez para el mismo grupo de destinatarios, ya que tienen que guardar una relación coherente, esto es, formar “sistema”⁶⁵. En su idea, lógicamente en el derecho irrumpen también contenidos teleológicos; no obstante, el derecho definido como un sistema de los derechos “doméstica”, los objetivos y orientaciones valorativas del legislador mediante una estricta primacía de los puntos de vista normativos. HABERMAS propone que quien hace agotarse una Constitución en un orden concreto de valores, excluye su específico sentido jurídico, ya que como normas jurídicas, los derechos fundamentales, igual que las reglas

⁶⁵ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, Madrid, 1998, pág. 328. Indica que las normas y valores se distinguen por la referencia que hacen a la acción “deontológica” (la acción sujeta a obligaciones y a la acción teleológica); por la codificación, bien binaria, bien gradual de su pretensión de validez; además, por su tipo de carácter vinculante, absoluto en caso de las normas, y relativo en el caso de los valores; y, por último, por los criterios a los que han de satisfacer los sistemas de normas, por un lado, y de los valores, por otro. ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Bienes jurídicos, valores y derechos: satisfacción de necesidades y lucha por el reconocimiento”, en De la Cuesta Aguado y otros (coords.), *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. h.c. Juan M^a Terradillos Basoco*, Valencia, 2018, pág. 125. A esta circunstancia se refiere en la nota 32 de su trabajo donde advierte que en la idea de Habermas se señala el sentido deontológico de las normas y el sentido teleológico de los valores, además de los distintos papeles de derechos y valores en la lógica de la argumentación.

morales, se conforman al modelo de reglas obligatorias de acción, y no acorde al modelo de bienes apetecibles⁶⁶.

Como se indicó *supra* estas ideas funcionalistas, influyeron de manera evidente en algunos juristas como era el caso de HASSEMER. Este autor configura el objeto jurídico de protección como posibilidad para cimentar las normas punitivas en los factores sociales de la criminalización, debiéndose acomodarse este al contexto; así, cuando se habla de bien jurídico se diserta sobre la relación correcta del derecho y la vida, esto es, de una plataforma estable hacia los verdaderos bienes de las personas en nuestros días⁶⁷. Por su parte, AMELUNG, formula una teoría sobre el bien jurídico y la dañosidad social desde una perspectiva funcionalista. Para este autor el contenido del bien jurídico se encuentra condicionado por lo “socialmente dañoso” y que entran en este concepto los acontecimientos disfuncionales, así los fenómenos sociales que impiden o dificultan al sistema social la superación de los problemas que obstaculizan su progreso. En su línea de pensamiento lo que es dañino socialmente queda determinado por la disfuncionalidad social de la acción⁶⁸. Por tanto, para este autor, es en relación al sistema y no al individuo que debe establecerse la dañosidad social de una conducta. Del mismo modo, el hombre queda sometido al sistema y su protección influida por la protección del sistema⁶⁹. Una idea similar mantiene CALLIES, si bien se des-

⁶⁶ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit., pág. 329.

⁶⁷ HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verrechens. Frankfurt am Maim*, 1973, pág. 98. Cfr. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 73. Al citar a Hassemer indica que “ello requiere una integración inteligente en el sistema de bienes jurídicos de las condiciones de vida de la moderna socialización”.

⁶⁸ AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz des Gesellschaft*, Franckfurt am Maim, 1972, págs. 330 y ss. Para este autor la teoría de la dañosidad social en el Derecho penal posee su límite en los principios liberales referidos a la persona en la Constitución y los de la dogmática referidos a la relación entre daño social y bien jurídico. Cfr. HORMAZÁBAL, MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, cit., pág. 110. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 73. Dice que Amelung se aleja del concepto de bien jurídico como límite legislativo para volver a la idea ilustrada de lesividad social con la que se opone mediante el funcionalismo de la teoría de los sistemas sociales en la concepción de la sanción penal como instrumento para la protección de la vigencia fáctica de las normas de conducta.

⁶⁹ AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz des Gesellschaft*, cit., pág. 390. Señala que ante las restricciones que las Leyes Fundamentales imponen a la protección del sistema cuando privilegian los derechos individuales, dice que son simplemente “costos” a soportar. Véase, TERRADILLOS BASOCO, Juan. “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, *Revista de la*

dobra del autor anterior puesto que plantea una teoría del bien jurídico en el contenido de un diseño integral sobre el Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho⁷⁰. Para él, “las sanciones penales en este contexto no tienen primeramente la función de privación sino la de establecer las oportunidades de participación. Carecen de una función de negación, pues tienen la de establecer la libertad en los sistemas sociales”⁷¹. Subraya al objeto jurídico dentro de una estructura social que posibilita y asegura la participación, por lo que pasa a ser perspectiva de participación y el proceder antijurídico será el que lesiona o impide dicha coyuntura de participación del individuo dentro de la estructura social. Así, como apunta HORMAZABAL MALAREE la propuesta de este autor parte de una noción normativa de la sociedad, la del Estado Social y Democrático de Derecho mencionado en la Ley fundamental, cuyo contenido dilucida en cuanto a su estructura global en relación con la teoría sistémica y en cuanto a sus aspectos microsociales en conexión con el interaccionismo⁷². Con una posición más crítica sobre los anteriores aparece JAKOBS, en el cual se profundizará en un epígrafe *infra*. Sin embargo, a modo de introducción sobre su ideario, es posible señalar que según este “no es mejor rechazar rotundamente esta doctrina y determinar siempre el delito por medio de la dañosidad social del comportamiento, sin intermediación de un bien jurídico”; pese a ello, subordina este a la protección de las normas, puesto que no desecha el tamiz de la dañosidad social y las normas que franquean dicho pasador en parte son normas defensoras de

Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, cit., pág. 133. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. “Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española. (Proyecto 1980 de Código Penal)”, En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 3 monográfico, 1980, págs. 145 a 150.

⁷⁰ CALLIES, Rolf Peter. *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt, 1974, págs. 145 y ss. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 73. Dice que este autor acepta la validez del bien jurídico al que atribuye un contenido derivado de la función social del Derecho penal. Cfr. HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, cit., pág. 119. Indica que en la propuesta de Callies se aborda y reformula con el apoyo de teorías sociales los principios fundamentales y el contenido de las diferentes categorías de la teoría de la pena y del delito procurando la coherencia con la Constitución del Estado.

⁷¹ CALLIES, Rolf Peter. *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, cit., pág. 64. Cfr. HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, cit., pág. 119.

⁷² HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, cit., pág. 120.

objetos jurídicos, en parte máximas para la creación de bienes jurídicos y en parte normas para proteger la paz jurídica⁷³.

2. CONCEPTO

Como apunta MORILLAS CUEVA la objeción más generalizada a la hora de valorar la noción de bien jurídico es su falta de concreción conceptual⁷⁴.

Muchas han sido las definiciones que se han desarrollado de bien jurídico que van desde las relaciones sociales de VON LIST hasta el funcionalismo más radicalizado de JAKOBS⁷⁵, que se han tachado de “fácilmente manejables por los poderes fácticos y escasamente controlables”, si bien es doctrina generalizada que no deben alejarse de los postulados constitucionales⁷⁶.

⁷³ JAKOBS, Günther. “¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 100, 2010, págs. 29-45. Cfr. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 73. Dice que Jakobs se moviliza evidentemente en el conocimiento de que la finalidad del Derecho penal no es la protección de bienes jurídicos sino la confirmación de la vigencia de la norma. En el mismo sentido, KIERSZENBAUM, Mariano. “El bien jurídico en el Derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”, cit., pág. 198. HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, cit., pág. 114.

⁷⁴ Este autor apunta como base del concepto la necesidad de admitir la validez del bien jurídico como límite al *ius puniendi*, en contra de la idea de Amelung, y en todo caso, prosigue, hay que encontrar el origen donde poder encontrar y legitimar las decisiones valorativas que presuponen los bienes jurídicos. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 74. Cfr. BUNZEL, Michael. “La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información”, en HEFENDEHL, Roland, VON HIRSCH, Andrew, y WOHLERS, Wolfgang. (eds.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, 2016, pág. 145.

⁷⁵ Un amplio recorrido sobre las mismas puede verse en POLAINO NAVARRETE, Miguel. “Norma penal, bien jurídico y norma de cultura: El rol de la víctima en la dogmática del tipo de injusto”, en HERRERA MORENO, Myriam (Dir.), *La víctima en sus espejos. Variaciones sobre víctima y cultura*, cit., págs. 62 y ss. Este profesor en su trabajo divide las teorías sobre el bien jurídico en vertientes formalistas y substantivas del concepto. En las primeras se incluyeron las teorías teleológicas que identificaban el bien jurídico con la *ratio legis* del precepto normativo frente a las segundas que abanderaron las teorías del interés (conciben el bien jurídico como el interés jurídico a la observancia de las normas y al objeto de garantía, considerando que todo denota una especie de relación entre un bien y un sujeto) y teorías de la situación o estado (consideran al objeto jurídico como algo que es útil, portador de valor social y merecedor de protección penal).

⁷⁶ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 74.

Una primera conceptualización podría ser la de considerarse como “el interés o los intereses tutelados por el Estado con ocasión de la tipificación de una determinada conducta como delito, esto es, todo valor de la vida humana protegido por el Derecho”⁷⁷, si bien es cierto que no ha sido la única definición planteada por la doctrina⁷⁸.

⁷⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Vademecum de Derecho penal*, 5ª ed., Valencia, 2018, pág. 74. Indica que el concepto de bien jurídico protegido integra toda clase de derechos o intereses, individuales o colectivos, a los que el Derecho, por su importancia social, considera susceptibles, dignos y necesitados de ser tutelados mediante la amenaza de una pena criminal. Argumenta esta idea con la SAP de Vizcaya de 11 de febrero de 2005.

⁷⁸ Incluso ha habido autores que han establecido lo que no es un bien jurídico, señalando que no es y se ha establecido que el objeto jurídico “no es un derecho subjetivo”, puesto que este representa un mecanismo de distribución y protección de los bienes jurídicos. En este sentido, TERRADILLOS BASOCO, Juan, “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, cit., pág. 130. Cita a Rocco para establecer la diferencia entre Derecho subjetivo y bien jurídico y la concreta como la diferencia existente entre medios y fines. HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, cit., pág. 152. Lo define como relaciones sociales concretas de carácter sintético protegidas por la norma penal que nacen de la propia relación social democrática como una superación del proceso dialéctico que tiene lugar en su seno. Posee un doble carácter sintético: síntesis normativa y síntesis social. Por tanto, puede ser definido como una relación social concreta de carácter sintético normativo y sintético social. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho penal (Parte General)*, 3ª ed., Barcelona, 1989, pág. 54. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. de la 2ª ed, alemana por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, De Vicente Remesal, Madrid, 2006, pág. 52. ORTS BERENGUER, Enrique, y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís. *Compendio de Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Valencia, 2010, págs. 153 y ss. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., cit., págs. 45 y ss. Advierte que la dañosidad social de un hecho depende de que se lesione o ponga en peligro intereses fundamentales que afecten a las condiciones materiales de la vida del hombre que constituyen los presupuestos indispensables para la vida en sociedad. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*, 8ª ed., Barcelona, 2008, pág. 161. El concepto se utiliza por la doctrina penal en un doble sentido: político criminal (*lege ferenda*) entendiendo que es lo único que debe ser protegido por el Derecho penal; en el sentido dogmático (*lege lata*) donde se considera el objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trate. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luís, FERRÉ OLIVE, Juan Carlos, GARCÍA RIVAS, Nicolás, SERRANO PIEDECASAS, José Ramón y TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Curso de Derecho penal*, 2ª ed., cit., pág. 7. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, y PÉREZ CEPEDA, Ana. “Derecho penal. Concepto y funciones”, en Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, 2ª ed., Tomo I, *Introducción al Derecho penal*, cit., págs. 26 y 27. Defienden la posición de von List, donde el concepto de bien jurídico debe encontrarse en la realidad social y que debe servir como criterio limitador de la intervención penal del Estado, frente a la de Binding en

Fijada una primera aproximación al concepto de bien jurídico sería necesario sugerir qué tipo de valores o intereses pueden ser considerados como objetos de protección penal en nuestro sistema jurídico social que, en virtud de la Constitución del 78, se concretará como un Estado Social y Democrático de Derecho. Es por ello que debe acogerse una definición de bien jurídico que se encaje con dichas singularidades, desarrollando a la hora de certificar en que situaciones se verifica la tutela penal⁷⁹.

De esta forma, deben rechazarse las tesis que refutan al bien jurídico su función limitadora del poder punitivo⁸⁰ que, igualmente, posibilita la moderna discusión entre las teorías que plantean gravitar el contenido del bien jurídico estableciendo qué tipo de circunstancias son imprescindibles para refrendar la supervivencia de un específico orden social⁸¹. Con todo, puede decirse de “bienes vitales”, “intereses esenciales de la vida en comunidad”, “condiciones fundamentales para un correcto funcionamiento de los sistemas sociales”, etc., pese a ello, no se le va a dotar de cierto contenido a las manifestadas expresiones, porque primordialmente, la labor que posee el bien jurídico es la de colocar fronteras a la actividad legislativa que se notará frustrada. Es por dichas circunstancias por las que el concepto de objeto jurídico de protección necesita vislumbrar, primero, una riqueza de contenido, que se utilizará para prefijar que bienes pueden llegar a ostentar la tutela penal; segundo, la autoridad frente al legislador ordinario, con motivo de eludir que el límite sea ilusorio, porque si se dejase en manos de dicho legislador la consideración

la que la determinación del bien jurídico es inherente al propio sistema penal. MUÑOZ CONDE, Francisco, y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*, 10^a ed., cit., págs. 54 y ss. HASSEMER, Wilfried, y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología*, Valencia, 1989, págs. 108 y ss. REBOLLO VARGAS, Rafael, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Barcelona, 1996, págs. 31 a 34. Un estudio más riguroso del bien jurídico en el caso de que pueda entenderse a la provocación como un delito con un bien jurídico propio, en EL MISMO. *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, Valencia, 1997, págs. 62 y ss.

⁷⁹ RÍOS CORBACHO, José Manuel. *Concepto del nuevo Derecho Penal*, cit., pág. 81.

⁸⁰ TERRADILLOS BASOCO, Juan. “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, cit., págs. 132 y 133. Incide en que con esta idea debe entenderse superada la idea del bien jurídico como valor “espiritual-cultural” propia del neokantianismo.

⁸¹ HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, cit., pág. 93. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, y HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, cit., págs. 71 y ss. Cfr. RÍOS CORBACHO, José Manuel. *Concepto del nuevo Derecho Penal*, cit., pág. 81. A esto se refiere en la nota 249 de su trabajo.

de qué es o no vital, dicha limitación habrá dejado de concurrir⁸². Como en algún momento, circunstancia que también afecta, se ha puesto de relieve en este trabajo y sobre la que se argumentará también en epígrafes *infra*, han existido tesis discordantes, que con algunas deducciones nada baladíes, han relativizado formidablemente lo que se ha dado en llamar “dogma del bien jurídico”⁸³, concibiendo que será declinable todo precepto del que no pueda argumentarse que castiga conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico⁸⁴. En seguida, las más encarnizadas críticas sobre el sistema han venido de la mano de autores que abanderan el intitulado “funcionalismo sistémico”, ya expuesto en parte.

En consecuencia, para buscar el contenido y criterios de selección deben encontrarse en la realidad social, un criterio ambiguo pues interactúan intereses económicos, personales, mediáticos, etc. Así, a la hora de unificar estos criterios se acude de forma consensuada mayoritariamente en los Estados que poseen como denominador común de la democracia y el Derecho a la herramienta normativa máxima en la escala kelseniana como es la Constitución, santo y seña de la conceptualización de bien jurídico. De esta se dice que es un transmisor impenitente y garantizador de libertades y necesidades ciudadanas⁸⁵. Pese a ello, a la utilización de la Carta Magna se le ha objetado su escasa “movilidad”. Ante esa aseveración se ha argumentado que el hecho de ser considerada una opción normativa no quiere decir que sea una situación estática y que incluso puede tornarse en dinámica en función del cambio social (que es importante y necesario con el devenir de los tiempos) y a los adelantos en el marco científico⁸⁶.

⁸² ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Valencia, 1999, pág. 11. ACALE SÁNCHEZ, María. *Mediación de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, Pamplona, 2010, pág. 282.

⁸³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, *Jueces para la Democracia*, 30 (1997), pág. 17. Para el, a través de este concepto, sería rechazable todo precepto del que no pudiera decirse que requieren conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico. Pone como ejemplo el caso de aquellos que aspiran a garantizar comportamientos con una mera trascendencia moral, o de los que castigarán conductas cuyos efectos negativos en la realidad social sean fácilmente apreciables o individualizables.

⁸⁴ Cfr. RÍOS CORBACHO, José Manuel. *Concepto del nuevo Derecho Penal*, cit., pág. 82.

⁸⁵ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 74.

⁸⁶ Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*, Tomo I, Fundamentos, la estructura de la teoría del delito, 2ª ed., Madrid, 2006, págs. 56 y ss. Este autor excluye directamente del concepto del objeto jurídico las finalidades puramente ideológicas y las meras inmoralidades, que no los lesionan. Véase, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 74. Alude a que los bienes jurídicos no son uniformes sino diversos según la constitución y, por consiguiente, el ámbito social donde se movilizan y el momento histórico en el que se produzcan. RUDOLPHI, Hans-Joachim. “Los diferentes

Por consiguiente, la tarea valorativa de la Constitución es cardinal pues es conveniente señalar que protege funciones sociales y mecanismos eficaces al objeto de estabilizar a la sociedad frente a los daños y perturbaciones externas⁸⁷. Igualmente, se habla de que el Texto Constitucional posee lo imprescindible para construir un concepto de bien jurídico con dos circunstancias: será previo a la legislación penal y concluyente para ella⁸⁸, pero esta circunstancia no debe expresarse “a pie juntillas” por cuanto en base al orden constitucional pueden deducirse exactamente las conductas que el Derecho penal debe sancionar; ahora bien, mientras la Constitución acoge el ámbito general de toda la actividad estatal, la garantía penal de bienes jurídicos supone necesariamente una concreción de las decisiones de valor constitucional dentro del círculo de los tipos legales. Y esta idea se

aspectos del concepto de bien jurídico”, cit., pág. 34. Este autor excluye directamente del concepto del objeto jurídico las finalidades puramente ideológicas y las meras inmoralidades, que no los lesionan. En este sentido, véase, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, *Jueces para la Democracia*, cit., pág. 17. En sus palabras, se ha cuestionado el concepto de bien jurídico por admitir en su seno objetos de protección de naturaleza puramente ideal, de modo que su utilidad metodológica sería dudosa en un Derecho penal que procura cada vez más vincular sus decisiones tutelares a los daños sociales efectivos.

⁸⁷ RUDOLPHI, Hans-Joachim. “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”, cit., pág. 34. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*, Tomo I, Fundamentos, la estructura de la teoría del delito, 2ª ed., Madrid, 2006. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 75. Subraya que los comportamientos cuyo desvalor es puramente moral escapan del escenario constitucional propuesto. Esta selección de valores como pueden ser los intereses colectivos e individuales, que aporta el texto constitucional, han de ser observados para el mantenimiento del Estado. De entre otros, destacan la vida y la integridad física y moral (art. 15 CE), la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16), la libertad y la seguridad (art. 17), el honor, la intimidad, la familia y la propia imagen (art. 18), la libertad de residencia y de circulación (art. 19), la libertad de pensamiento, reunión, asociación y participación (arts. 20, 21, 22, 23), etc. En referencia a los intereses colectivos puede hablarse del intitulado *harm principle* que exige que la ratio de esos bienes colectivos, al menos en los casos normales, radique en la protección de la calidad de vida de los seres humanos, esto es, que lo prioritario son los intereses personales. Por ejemplo, la razón por la que debe ser protegida la Hacienda Pública debe extraerse del hecho de que en un Estado Social la recaudación de impuestos revierte en la calidad de vida de los ciudadanos. En este sentido, véase VON HIRSCH, Andrew. “El concepto de bien jurídico y el principio del daño”, en HEFENDEHL, Roland, VON HIRSCH, Andrew, y WOHLERS, Wolfgang. (eds.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, 2016, pág. 40. Cfr. SEELMANN, Kurt. “El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo de reconocimiento como criterios de merecimiento de pena” en HEFENDEHL, Roland, VON HIRSCH, Andrew, y WOHLERS, Wolfgang. (eds.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, 2016, pág. 365.

⁸⁸ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 75.

realza porque en la protección del Derecho penal existen valores inidentificables que aparecen en dicha Carta Magna como la vida, la libertad y el honor pero también existen otros que no se encuentran en la herramienta, vértice del ordenamiento positivo, como la seguridad del Estado⁸⁹.

Por tanto, los valores constitucionales no son *stricto sensu* los que fijan el bien jurídico pero si advierten un “punto de vista valorativo decisivo”. Para poder enunciar con exactitud dicha determinación se requiere un “profundo análisis de aquellas condiciones y funciones en las cuales se basa nuestra vida social dentro del marco constitucional que ha de protegerse para la ordenada convivencia ciudadana”⁹⁰.

3. CONTENIDO MATERIAL DEL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO

Al objeto de plasmar un determinado contenido material del bien jurídico es preciso acudir a determinados medios de selección del mismo, esto es, a espacios que concedan legitimidad al poder político con la finalidad de establecer un catálogo de objetos jurídicos protegidos⁹¹. Entre los criterios predichos por la doctrina más de uno pudiera delimitar el contenido específico del Derecho penal⁹². Por ello, entre las diversas alternativas para alzar dicha cuestión aparecen los criterios ideales palmarios, que parten de un único modelo de sociedad al menos en una determinada época histórica. Empero, será objeto de cierta crítica por cuanto se opone a una sociedad pluralista que asume la relatividad o, mínimamente, la historicidad de los valores sociales. También los criterios de personificaciones ideales⁹³. También el criterio científico-tecnocrático⁹⁴,

⁸⁹ Cfr. MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penalle. Parte Generale*, 9ª ed., Padova, 2015, págs. 196-201.

⁹⁰ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 76.

⁹¹ RÍOS CORBACHO, José Manuel. *Concepto del nuevo Derecho Penal*, cit., pág. 85.

⁹² Díez RIPOLLÉS, José Luís. *El Derecho penal ante el sexo (Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho penal sexual)*, Barcelona, 1981, pág. 107. Citado en RÍOS CORBACHO, José Manuel. *Concepto del nuevo Derecho Penal*, cit., pág. 85.

⁹³ Dicha opinión se vincula con las opiniones de una pretendida “persona media” de nuestra sociedad. No obstante, la imprecisión de estos prototipos desconocen la variedad de nuestras sociedades en el momento en el que se desciende a grupos sociales determinados. La cimentación de dichos patrones, a partir de los valores más enraizados de nuestra sociedad y más propiamente en la persona resignada, incapaz de ir contra los juicios de valor de las instancias sociales, va a contradecir una sociedad pluralista y que parte de ciudadanos autorresponsables y críticos. Cfr. RÍOS CORBACHO, José Manuel. *Concepto del nuevo Derecho Penal*, cit., págs. 85 y 86. A esto se refiere en la nota 264 de su trabajo.

⁹⁴ Con este método se pretende obtener conclusiones partiendo de los datos alcanzados desde la investigación empírico-social. Por consiguiente, al indagar la realidad social sobre la que opera el Derecho penal y las consecuencias sociales que se pueden

el criterio de las condiciones generales⁹⁵. Y como no puede ser de otra manera, el criterio constitucional⁹⁶.

En aras de la concepción del bien jurídico, debe tomarse, como ya se ha aludido en otros lugares de este texto, a la Constitución, puesto que se asientan en ella las líneas directrices de la convivencia social. El papel que otorga a la norma fundamental acaece en función de los seguidores de esta concepción por cuanto podrán escindirse en una postura más genérica y otra más estricta. La primera de ellas, considera que la única restricción previamente determinada al legislador de la protección del objeto de tutela personal aparecen los principios generales que registra la Constitución⁹⁷.

seguir de su intervención le brindan una mayor legitimidad al mismo, alegándose que no se encuentra condicionado por un apriorístico cuadro de valores sociales. Cfr. RÍOS CORBACHO, José Manuel. *Concepto del nuevo Derecho Penal*, cit., pág. 86. A esto se refiere en la nota 265 de su trabajo.

⁹⁵ Tal criterio permite conocer las pautas valorativas que rigen en la sociedad, entendidas las convicciones generales como las opiniones de las corrientes de opinión históricamente significativas y relevantes en la sociedad. Se trata de que en la concreción de bienes jurídicos se llegue a soluciones en que vayan a coincidir todos los estándares sociales de opinión; de la misma forma, se han de coger los juicios de valor en los que hay casi un total acuerdo, de modo que sean objeto de sanción penal todas las corrientes de opinión características que se considere oportuno sancionar. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. "El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista", *Jueces para la Democracia*, cit., págs. 16 y ss. Cfr. RÍOS CORBACHO, José Manuel. *Concepto del nuevo Derecho Penal*, cit., pág. 86. A esto se refiere en la nota 266 de su trabajo.

⁹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. "Sistema de Derecho penal y victimodogmática", en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, ROMEO CASABONA, Carlos María, GRACIA MARTÍN, Luís, e HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe., (edits.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pág. 160. EL MISMO. "El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y su interpretación", en HEFENDEHL, Roland, VON HIRSCH, Andrew, y WOHLERS, Wolfgang. (eds.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, 2016, págs. 191 y ss. HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecte a un bien jurídico penal?, en Roland Hefendehl (coord.), *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento o legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, 2007, pág. 104. Señala este autor tres reglas para integrar un concepto serio de bien jurídico: a) adecuarse a la realidad; b) ser selectivo y nítido; c) ser generalmente comprensible. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 80. A esto se refiere en la nota 185 de su trabajo. TERRADILLOS BASOCO, Juan María. "La Constitución penal. Los derechos de la libertad", Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/13terrardillos-constitucionpenal.pdf>, pág. 4. Consultado el día 10 de octubre de 2019.

⁹⁷ De esta forma se manifiesta "un concepto de bien jurídico vinculante político-criminalmente solo puede derivar de los cometidos, plasmados en la Carta Magna, basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan los límites a la potestad punitiva del Estado, advirtiéndose que el bien jurídico le va a venir previamente

Otros autores establecen un vínculo más estrecho con las alocuciones constitucionales, de modo que a partir de dichas disposiciones, tanto los objetos susceptibles de protección como los límites específicos a los que se ha de sujetar la actuación del legislador cuando ejerce el *ius puniendi*⁹⁸. Algún sector doctrinal también ha aludido, a día de hoy, a que se debe sostener un planteamiento menos rígido, basándose en el garantismo y en los derechos fundamentales⁹⁹.

En referencia a una posible jerarquía valorativa en el interior de la Constitución Española, el propio Tribunal Constitucional, en múltiples dictámenes, permite excluir los valores constitucionales que posean idéntica consideración, por lo que en la Carta Magna se van a decidir opciones, se excluyen alternativas y se consideran valores; es en esta línea donde la libertad se considera una estimación preponderante. Por tanto,

dado al legislador penal, pero no será previo a la Constitución. En este sentido, véase ROXÍN, Claus. *Derecho penal. Parte General*, cit., págs. 55 y 56. COBO DEL ROSAL, Manuel, y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., cit., pág. 36. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luís, FERRÉ OLIVE, Juan Carlos, GARCÍA RIVAS, Nicolás, SERRANO PIEDECASAS, José Ramón y TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Curso de Derecho penal*, 2ª ed., cit., pág.7.

⁹⁸ El abanderado de esta idea es Bricola, quien maneja la idea de que en la Constitución aparece todo el catálogo de bienes jurídicos protegidos más determinantes que la ley penal está legitimada a tutelar, siempre que sea necesario intervenir con la pena. Los bienes tutelados, por su parte, que no sean de rango o de relevancia constitucional, al menos implícita, son legítimos. Por consiguiente, el delito es un ilícito de modalidad de lesión, necesariamente lesivo de bienes de relevancia constitucional, con una obligada estructura culpable (dolo o culpa), preestablecido por la ley, según pautas de taxatividad y determinación con reserva de ley absoluta, excluido el recurso a fuentes normativas subordinadas. BRICOLA, Franco. "Teoría generale del Reato", en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., págs. 7 y ss. Cfr. DONINI, Máximo. "Principios constitucionales y sistema penal", en MONTOYA, Yván Fidel (coord.), *Crisis al funcionalismo normativista y otros temas actuales Derecho penal*. Jornadas internacionales de Derecho penal, Lima, 2011, págs. 40 y 41. Acomete el autor la idea de que la Constitución no es para el legislador un simple límite sino que también constituye el fundamento *casu priori* del Código y de la legislación penal; es más, en dicho texto se encuentra escrito el *Know-How* penal en sus formas y técnicas de tutela, además de sus contenidos más notables, esto es, los bienes a proteger. Véase esta idea en la nota 271 del trabajo de RÍOS CORBACHO, José Manuel. *Concepto del nuevo Derecho penal*, cit., págs. 87 y 88.

⁹⁹ MUSCO, Enzo. *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., págs. 55 y ss. FIDANCA, Giovanni, y MUSCO, Enzo. *Diritto penale. Parte general*. Bolonia, 2007, págs. 12 y ss. MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale. Parte Generale*, 9ª ed., cit., págs. 43 y ss. MARINUCCI, Giorgio, y DOLCINI, Emilio. "Costituzione e política dei beni giuridici", en *Riv. It. Proc. Pen* (1984), pág. 333. MOCCIA, Sergio. *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, págs. 32 y ss. DONINI, Máximo. "Principios constitucionales y sistema penal", en MONTOYA, Yván Fidel (coord.), *Crisis al funcionalismo normativista y otros temas actuales Derecho penal*. Jornadas internacionales de Derecho penal, cit., pág. 43.

el hecho de que la libertad aparezca destinada como un valor del ordenamiento jurídico en el art. 1.1 de la Carta Magna y como Derecho fundamental, libertad física, frente a los referentes de detención o condena propios del art. 17.1 CE, determinan que tal derecho-valor sólo puede ser limitado ante la lesión de otro bien o valor constitucionalmente protegido, sin que quepa acudir en su lugar a una supuesta “difusa necesidad” de tutela¹⁰⁰.

Debe apuntarse que con la exploración de tales referencias hay que admitir un aspecto valorativo y jerarquizado en el que hay que asentar la política penal al mismo tiempo que se superan algunas críticas efectuadas a las ideas constitucionalistas por su teórico “fervor punitivo”¹⁰¹. Subsiguientemente, puede afirmarse que se va logrando, con estas directrices, sostener algunos bienes que afirmen la consistencia de un formalizado sistema social, a través de la Constitución, que eluda el camino

¹⁰⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Introducción a la teoría jurídica del delito*, cit., págs. 13 y ss. Entiende el autor que el legislador debe poner sanciones cuando solamente el bien tenga relevancia constitucional.

¹⁰¹ HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, cit., págs. 140. Admite este autor que la política penal debe ser coherente con los lineamientos del modelo de estado social y democrático de derecho que recoge la Constitución. Entre las críticas desarrolladas a esta idea, véase MIR PUIG, Santiago. “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite al *ius puniendi*”, *Estudios de Política Criminal*, t. XIV (1991), pág. 211. Entre las críticas que emergen de sus tesis cabe plantear que la Constitución es una herramienta insuficiente para determinar los bienes jurídicos a proteger desde el punto de vista penal ya que no todos los bienes contenidos en ella adquieren la necesidad de protección penal sino porque se ignora la complejidad y mutabilidad de las actuales sociedades, además de la pluralidad de frentes sociales a los que ha de atender la legislación penal. En consecuencia, resultaría ilegítima cualquier decisión de carácter legislativo que se oponga a lo dispuesto a dicho texto constitucional que estructura el consenso social. Por su parte, el reglamento de juego queda en manos de la legislación ordinaria y ésta fomenta sociedades dinámicas, abiertas a modificaciones valorativas de cierta importancia que pudieran dar lugar en un momento determinado a reformas constitucionales; por ello, el valor central de la Constitución, para algún sector doctrinal, se basa en la concreción del sistema de valores vigentes en la sociedad, aunque solo sea para construir el concepto material de bien jurídico. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, págs. 268 y 269. AMELUNG, Knut. “El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en HEFENDEHL, Roland, VON HIRSCH, Andrew, y WOHLERS, Wolfgang. (eds.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, 2016, pág. 222. La norma de conducta jurídica penalmente protegida se basa en un juicio de valor del legislador que indica que ciertos estados de cosas “deben ser”. Esto es: deben ser conservados. RÍOS CORBACHO, José Manuel. *Concepto del nuevo Derecho penal*, cit., pág. 89. A esto se refiere el autor en las notas 274 y 275.

estrictamente tecnológico del antedicho funcionalismo, donde se encuentran desaparecidos los juicios de valor¹⁰².

Llegados a este punto, tal y como ya se hizo en un trabajo anterior, secundando la tesis de la satisfacción de intereses humanos de la mano de TERRADILLOS BASOCO, se identifica el contenido del bien jurídico con aquellos, ya que parece el punto de vista más competente al posibilitar la admisión a la “eliminación de riesgos de postergación del individuo” que es lo que sucede cuando se hace referencia a la “dañosidad social” o a la utilización ético-ideológica del Derecho penal, esto es, el efecto de acudir como criterio a los valores¹⁰³, si bien es cierto que más adelante se desarrollará alguna precisión a este “contenido” en virtud de los posibles modernos objetos jurídicos a proteger.

Esa tarea partió de la labor de HELLER, que era abordada en función de la diferencia entre necesidades asistenciales propiamente humanas y radicales¹⁰⁴. De esta forma puede ponerse de manifiesto el planteamiento de TERRADILLOS BASOCO¹⁰⁵ que, a su vez, indica que incumbe al Derecho penal la tutela, frente a los acometimientos más significativos, de aquellas condiciones que hacen posible la satisfacción de las primeras: alimentación, relaciones sociales, sexuales, etc.), en circunstancias en las que se establece un mínimo vital, una limitación sin la cual el ciudadano no puede satisfacer otras necesidades. De otro lado, las necesidades propiamente humanas y las radicales, pese a que no sean objeto de tutela pe-

¹⁰² ARROYO ZAPATERO, Luís. “Derecho penal económico y Constitución”, *Revista Penal*, n.º 1 (1997), pág. 2. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luís, FERRÉ OLIVE, Juan Carlos, GARCÍA RIVAS, Nicolás, SERRANO PIEDECASAS, José Ramón y TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Curso de Derecho penal*, 2ª ed., cit., págs. 7 y 8.

¹⁰³ TERRADILLOS BASOCO, Juan. “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, cit., pág. 137. HORMAZÁBAL, MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Barcelona, 1991, págs. 161 y ss.

¹⁰⁴ HELLER, Ágnes. *Teoría de las necesidades de Marx*, 2ª ed., Barcelona, 1986, págs.1 y ss. HAVA GARCÍA, Esther. *Protección jurídica de la flora y la fauna en España*, Madrid, 2000, pág. 51. TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Lesividad y proporcionalidad como principios limitadores del poder punitivo. Algunas disgresiones a propósito de la última reforma del Código Penal español*, México, 2011, pág. 33. Véase también esta idea en ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Bienes jurídicos, valores y derechos: satisfacción de necesidades y lucha por el reconocimiento”, en De la Cuesta Aguado y otros (coords.), *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. h.c. Juan M^a Terradillos Basoco*, cit., pág. 119.

¹⁰⁵ Vid por todos, RÍOS CORBACHO, José Manuel. *Concepto del nuevo Derecho penal*, cit., págs. 90 y 91. El autor se refiere a estos planteamientos en la nota 279.

nal, pueden desplegar una función limitadora del poder punitivo, ya que el Derecho penal si puede considerarse como dispositivo competente de no oponerse a las conductas cuyo efecto sea el de promover las condiciones de dicha satisfacción y para la evitación y desarrollo de las mismas¹⁰⁶.

Con todo, a los efectos de equiparar la satisfacción de las necesidades humanas con cualquier objeto de tutela penal pueden plantearse unas privilegios indudables: primero, admite componer el concepto de bien jurídico con el contenido político y socio-económico que marca el estándar previsto en el Texto Constitucional español, en suma, un referente imprescindible; segundo, transige prevalecer el carácter particularmente formal de la tesis funcionalista que se abordará con mayor profusión *infra*.

4. UBICACIÓN SISTEMÁTICA Y FUNCIONES DEL OBJETO JURÍDICO

Como se ha podido observar en el devenir de este trabajo es imprescindible decir que el bien jurídico posee un espacio determinante en el ámbito del moderno Derecho penal. Sobre el se ha afirmado que “sobrevuela cuan paloma sistemática en muchas de las instituciones punitivas”¹⁰⁷.

Dentro de las funciones que realiza el bien jurídico pueden enumerarse las siguientes: a) Función sistemática: en ella el legislador esencialmente acude al objeto jurídico con el ánimo de efectuar la ordenación sistemática de la Parte Especial del Código Penal¹⁰⁸; b) Función dogmática:

¹⁰⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan. “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, cit., págs. 138 y 139. Subraya que dicha idea puede extraerse de la “conminación penal”, y habrá de dirigirse (sólo) frente a conductas (todas) que dificulten gravemente o imposibiliten la participación no discriminante en los procesos reproducción y en los de distribución igualitaria de la riqueza producida.

¹⁰⁷ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 81. Admite que en su trabajo le ha dado un especial acogimiento en esta Parte Introductoria bajo la cobertura de la función real del Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho. Su relevancia en este lugar es innegable y por eso suscribe el hecho de haberlo detallado en este lugar de su trabajo.

¹⁰⁸ Se observan excepciones como los delitos de los funcionarios públicos, en los que se acude al sujeto activo como criterio de ordenación, o a los delitos societarios, en lo que el criterio que utiliza es el medio en el cual se realizan, o el recientemente introducido de corrupción en los negocios, que hace mención al denominador común de las actuaciones referidas. También se asienta la idea de que esta función de ordenación es seguida también en la docencia, como pauta para acometer la enseñanza de la Parte Especial. Véase, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, y PÉREZ CEPEDA, Ana. “Derecho penal. Concepto y funciones”, en Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Coord.), *Lecciones y materiales para el*

de esta forma el objeto jurídico tutelado cumple un papel fundamental en el desarrollo de la labor de interpretación, pudiendo considerarse el epicentro de la teoría del delito, puesto que si se sostiene que el delito es una vulneración de un bien jurídico, éste fijará el peso de los elementos del desvalor de la conducta¹⁰⁹; c) Función crítica: Mira el contenido material del bien jurídico como una realidad metajurídica que impone límites al legislador, puesto que posibilita descubrir qué y por qué se protege con el Derecho penal. Tal circunstancia permite enjuiciar los motivos en que se asienta dicho Derecho y, conjuntamente, la estructura social que se intenta proteger¹¹⁰.

estudio del Derecho penal, 2ª ed., Tomo I, *Introducción al Derecho penal*, cit., pág. 28. Cfr. RÍOS CORBACHO, José Manuel. *Concepto del nuevo Derecho penal*, cit., pág. 92.

¹⁰⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, y PÉREZ CEPEDA, Ana. "Derecho penal. Concepto y funciones", en Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, 2ª ed., Tomo I, *Introducción al Derecho penal*, cit., pág. 29. Inciden en que innumerables cuestiones de la teoría del delito obtienen su respuesta a partir del contenido material que se le otorgue al bien jurídico. En consecuencia, prosiguen estos autores, incidiendo en la precisión de cual es el bien jurídico protegido con motivo de entenderse como fundamental para la determinación del alcance de un precepto en concreto, al constituir el punto de partida imprescindible para observar cual es la conducta que el legislador pretende impedir. Cfr. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 81. Señala que el bien jurídico desarrolla importantes funciones dogmáticas: a) sirve como sistema de garantía y límite a los impulsos legislativos, generalmente sobre tendencias claramente expansionistas, convirtiéndose en un principio informador y limitador de la potestad punitiva del Estado; b) tiene una relevante función de guía interpretativa, mediante la interpretación teleológica; c) es modelo para la sistematización de los tipos penales dentro del Texto Punitivo; d) incide y determina el juicio de tipicidad y su núcleo fundamental el tipo de injusto; e) sirve como criterio de medición de pena. Sobre estos criterios también se han pronunciado autores como ALONSO ÁLAMO, Mercedes. "Derecho penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos (Derecho penal mínimo máximo)", *Revista Penal*, n° 32 (2013), pág. 39. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*. 10ª ed., a cargo de Gómez Martín-Valiente Ibáñez., cit., págs. 171-175. FERNÁNDEZ CABRERA, Marta. "A vueltas con la función político-criminal del bien jurídica", *Foro, Nueva época*, vol. 19, núm. 1 (2016), págs. 174 y 175. Dice que también se le asigna al bien jurídico una función político-criminal de crítica al legislador penal en su tarea criminalizadora.

¹¹⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, y PÉREZ CEPEDA, Ana. "Derecho penal. Concepto y funciones", en Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, 2ª ed., Tomo I, *Introducción al Derecho penal*, cit., pág. 29. Recalcan que en el Derecho penal coetáneo se observa la propensión de desplazar la genuina función garantista del principio de protección de bienes jurídicos a favor de la criminalización de hechos que no inciden en bienes esenciales para el individuo y que no han sido interiorizados previamente de modo suficiente por la conciencia social. Dicha predisposición, solo puede llevar a la desvalorización y descrédito de la ley penal, cuando no, a una reacción social aciaga de repulsa, además de exceder en su propia ineficacia. Cfr. RÍOS CORBACHO, José Manuel. *Concepto del nuevo Derecho penal*, cit., pág. 92.

III. LA DISCUSIÓN ACTUAL SOBRE LA CUESTIÓN: UNA TENSIÓN NO RESUELTA

En el moderno debate sobre el bien jurídico de protección se han enumerado tres grandes líneas que se van a esbozar con más amplitud al objeto de poder conformar una síntesis lo más escrupulosa posible sobre el debate actual: tesis funcionalistas, constitucionalistas y eclécticas.

Como ya se puso de manifiesto con anterioridad, en los últimos tiempos ha aflorado la idea funcionalista que posee las siguientes directrices de la mano de Jakobs: el Derecho penal no posee la tarea de proteger bienes, sino afianzar la vigencia de la norma¹¹¹. El jurista alemán utiliza varios argumentos, el primero de ellos atiende al hecho de que el Derecho penal no pretende proteger bienes, en ningún caso, por cuanto, dice, usualmente, se destruyen sin que intervenga persona alguna, de modo natural. Así, prosigue la argumentación del penalista advirtiendo que “si se incluyen todos los bienes que deben ser protegidos de modo incondicionado (...) entre los bienes jurídicos, pronto se constata que en la gran mayoría de las ocasiones parecen de un modo que no les interesa al Derecho, especialmente al Derecho penal, en lo más mínimo. Por ejemplo, los seres humanos mueren por las afectaciones que sus órganos presentan inevitablemente al alcanzar una edad avanzada... (...) Se dice, entonces, que la relevancia jurídica de los bienes es relativa, referida sólo a una determinada puesta en peligro. (...) El Derecho penal ya no garantiza la existencia de bienes jurídicos en sí, sino sólo que las personas no ataquen esos bienes, y, de manera correspondiente, únicamente en esta medida se tratará de bienes jurídicos, por lo demás, de meros bienes que

¹¹¹ El modelo dogmático que Jakobs plantea se basa en una completa “renormativización” de los conceptos jurídico-penales con el ánimo de que puedan cumplir la función que se le atribuya a la pena, que será de la prevención general positiva como ejercicio de reconocimiento de la norma (garantía de vigencia de las expectativas) mediante tres mecanismos: ejercicio en la confianza de la norma, ejercicio de la fidelidad en el Derecho y ejercicio de la aceptación de consecuencias; correspondiendo dicha argumentación a la relevancia, cada vez menor que el autor alemán ofrece a la relación entre el autor potencial del hecho y la norma. Véase, en este sentido, PEÑARANDA RAMOS, Enrique. “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de los sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito”, *Doxa*, 23 (2000), pág. 291. Cfr. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. “Crítica al funcionalismo normativista”, en MONTROYA, Yván (coord.), *Críticas al funcionalismo normativista y otros temas actuales de Derecho penal*, Jornadas internacionales de Derecho penal, Lima, 2011, pág. 102. Indica que el planteamiento de Jakobs es una vuelta al universo hegeliano, de forma que se trazará una teoría retributiva más que preventiva. Estos planteamientos son esbozados por RIOS CORBACHO, José Manuel. *Concepto del nuevo Derecho penal*, cit., pág. 83. A este tema se refiere en la nota 254.

pueden perecer.(...)”¹¹². Por lo tanto, el Derecho penal, como protección de bienes jurídicos significa, en todo caso, que una persona, encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona”¹¹³. De toda esta parte de la argumentación Jakobsiana cabe incidir en que su retórica se aparta de cualquier noción material de bien para centrarse en la idea de personas interrelacionadas conviviendo en sociedad; en suma, que lo que requiere el Derecho penal es garantizar la expectativa de que no se produzcan ataques a bienes¹¹⁴. JAKOBS sigue construyendo su tesis indicando que “A primera vista (...) parecería que en última instancia, todo acaba con la protección de bienes jurídicos. Pero si se hace un examen más exacto: (...) el titular del bien puede permitir su destrucción; si el bien está en peligro, no sucede que todos deban ayudar al titular a salvarlo; únicamente se pretende que no tenga lugar la destrucción o la sustracción del bien. Por tanto, desde el punto de vista del Derecho penal, el bien aparece exclusivamente como pretensión del titular de que este sea respetado (...) el bien no ha de representarse como objeto físico o algo similar, sino como norma, como expectativa garantizada”¹¹⁵. Por todo ello insiste este autor que “Lo que caracteriza al comportamiento humano jurídico-penalmente relevante no es que se lesione o ponga en peligro bienes jurídicos, ya que esto también sucede en catástrofes naturales, animales, etc., sino su significado: contiene el esbozo del mundo”¹¹⁶. En

¹¹² JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, en *Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en el Derecho penal*, Bogotá, 2003, págs. 41 y 42. Anota que la muerte por senectud es la pérdida de un bien, pero la puñalada de un asesino es la lesión de un bien jurídico. De esta forma, el Derecho penal no sirve para la protección genérica de bienes jurídicos, sino para la protección de bienes contra ciertos ataques, y sólo en los que se refiere a esta protección de los bienes aparecerán en la lente del Derecho y serán bienes jurídicos. Véase KIERSZENBAUM, Mariano. “El bien jurídico en el Derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”, *Lecciones y Ensayos*, cit., pág. 198. HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, cit., págs. 112 y ss. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 78.

¹¹³ JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, en *Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en el Derecho penal*, cit., págs. 41 y 42.

¹¹⁴ Cfr. KIERSZENBAUM, Mariano. “El bien jurídico en el Derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”, *Lecciones y Ensayos*, cit., pág. 199.

¹¹⁵ JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, en *Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en el Derecho penal*, cit., pág. 43.

¹¹⁶ JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en el Derecho penal*, trad. Al castellano, Manuel Cancio Meliá, *Cuadernos Cívitas*, Madrid, 1996, p. 11.

consecuencia, asevera que el Derecho penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos¹¹⁷. Además, la tesis de este autor insiste en que el sujeto activo no puede lesionar un bien jurídico por cuanto el bien jurídico no existe aún, sino que él, todo lo más, tiene a su cargo la creación, y, en el mejor de los supuestos, ni siquiera debe crear un bien, sino que debe realizar una institución¹¹⁸.

En consecuencia, JAKOBS insiste en que el factor común a todos los ilícitos no es la lesión a un bien, pues ella puede existir o no –o puede también no castigarse a nadie aún existiendo bien jurídico lesionado– sino que lo que existe en todos los ilícitos –y lo que siempre se castiga– es el abandono de un rol que defrauda una expectativa¹¹⁹.

La otra gran tesis es la constitucionalista como también apunta MORILLAS CUEVA¹²⁰. Así frente a las ideas expuestas en las que se consi-

¹¹⁷ JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, en *Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en el Derecho penal*, cit., pág. 43.

¹¹⁸ *Loc.cit.* Pone como ejemplo los delitos referidos a funcionarios públicos. Así, indica que “No es posible ordenar al Derecho penal en función de un esquema tan sencillo, bien *versus* moral; pues los bienes (...) presentan determinadas condiciones de supervivencia sin las cuales no pueden ser usados y también habría que proteger esas condiciones de subsistencia. Dicho en un ejemplo: sólo en un Estado con una mala administración de justicia segura podrá haber propiedad segura (...). Por ello es necesario proteger a la administración de justicia frente a los cohechos, a las prevaricaciones, etc. Pero cuando un juez comete prevaricación, no ha lesionado un bien existente en perfección e independiente de él con la denominación “correcta administración de justicia” sino que no ha generado aquella administración de justicia que debe existir. Se puede decir que el juez habría dejado de participar, en contra de su deber, en la constitución del bien jurídico «correcta administración de justicia»; sin embargo, con toda certeza es más adecuada a la materia la formulación de que el juez ha abandonado su rol, es decir, que ha lesionado las expectativas que existían frente a él en cuanto a titular de un determinado rol (...). Siempre que el autor no actúa en el papel de cualquiera que sólo tiene el contenido negativo de que no debe lesionar a otros, sino que actúa cumpliendo un rol de contenido positivo (...) tiene el cometido de realizar una institución, y por ello la denominación de lesión de un bien jurídico es completamente inadecuada para tales infracciones de un deber. Cfr. KIERSZENBAUM, Mariano. “El bien jurídico en el Derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”, *Lecciones y Ensayos*, cit., pág. 200. Incide en que el autor alemán demuestra que uno de los extremos de la teoría del bien jurídico es, en el marco científico de su teoría, falso, al afirmar que no todo tipo penal sanciona a quien lesiona un bien jurídico, por la razón de que existen tipos penales que sancionan únicamente “la defraudación del rol asignado”.

¹¹⁹ Véase, KIERSZENBAUM, Mariano. “El bien jurídico en el Derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”, *Lecciones y Ensayos*, cit., pág. 200. HORMAZÁBAL, MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, cit., págs. 113 y ss.

¹²⁰ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 76.

dera al bien jurídico no como límite al poder punitivo sino como “mandato para penalizar”¹²¹, el retorno a la vinculación de aquel con situaciones objetivas y con intereses previos a la norma jurídica permite afirmar, y reivindicar, que el principio de tutela de bienes jurídicos sigue siendo insustituible como criterio de fundamentación y limitación del *ius puniendi*¹²².

De este modo, puede enunciarse que los bienes jurídicos cuya repercusión los hace merecedores de tutela jurídico-penal han de extraerse de la Constitución. Y esto es así, bien porque ella misma lo atribuya explícitamente, o bien porque así se deduzca de las características del modelo constitucional, considerándose éste como catálogo cerrado de lo constitucionalmente tutelable o como referencia abierta y dinámica, a rellenar por el legislador ordinario en cada contexto¹²³. Ahora bien el hecho de que el objeto jurídico sea afectado y su vínculo constitucional no justifica cualquier tipo de criminalización de todas las acometidas que experimente¹²⁴. Expuesto lo anterior, parece que existen dos procesos de minimización so-

¹²¹ HASSEMER, Winfried, y MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1995, pág. 23.

¹²² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, cit., pág. 471. Cfr. TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “La Constitución penal. Los derechos de la libertad”, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/13terrardillos-constitucionpenal.pdf>, cit., pág. 4. Consultado el día 10 de octubre de 2019. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 76. HORMAZÁBAL, MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, cit., págs. 121 y ss.

¹²³ DONINI, Máximo. “Un Derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana”, *Revista penal*, n° 8 (2001), pág. 38. El autor italiano señala que si pueden considerarse superadas las tesis constitucionalistas que exigen rango constitucional expreso a los bienes jurídico-penales, también es cierto que algunos principios de relevancia constitucional tienen una dimensión sustancial y un papel de fundamento y no de mero límite. GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el estado democrático*, Cuenca, 1996, págs. 46 a 53. Dice que lo cierto es el acuerdo en torno a la exigencia de que la intervención punitiva sobre el individuo sólo puede justificarse para evitar la afectación a los elementos esenciales a la vida en común. Estos son los que dan su impronta al modelo constitucional. Cfr. TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “La Constitución penal. Los derechos de la libertad”, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/13terrardillos-constitucionpenal.pdf>, cit., pág. 4. Consultado el día 10 de octubre de 2019.

¹²⁴ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “La Constitución penal. Los derechos de la libertad”, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/13terrardillos-constitucionpenal.pdf>, cit., pág. 4. Consultado el día 10 de octubre de 2019. Véase, en este sentido, MUÑOZ LORENTE, José. “Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho penal simbólico”, *Revista de Derecho y Proceso penal*, n° 6 (2001), pág. 110. Dice que la afectación a un bien jurídico es condición necesaria, pero no suficiente, de la punición.

bre el desarrollo de la criminalización: primero, éste debe limitarse a las formas más intolerables de ataques a los bienes sociales indispensables¹²⁵, cuestiones que deben superar los conflictos interpersonales como apunta TERRADILLOS BASOCO¹²⁶. La esencialidad de los objetos jurídicos de protección afectados aparece con la consideración de los denominados derechos fundamentales, esto es, los clásicos derechos individuales y liberales, y también los colectivos y/o sociales, pudiéndose poner como ejemplo el derecho al medio ambiente o a la salud¹²⁷. Segundo, el daño o el peligro generado deben ser susceptibles de verificación y evaluación empírica, como apunta DÍEZ RIPOLLÉS¹²⁸, partiendo de las características de cada caso y de la consideración abstracta del contenido de la prohibición¹²⁹. Así pues, tan sólo una “radical descriminalización de la delincuencia de bagatela, de injustos meramente formales, de desobediencias o, todo lo más, de irregularidades a las que pueden hacer frente otros mecanismos de control social como el derecho privado o el administrativo sancionador permite acoger ciertas cuotas de legitimidad democrática. Pero el mero alejamiento del objeto jurídico no va a posibilitar una declaración de inconstitucionalidad, puesto que ya advierte el Tribunal Constitucional que no puede entrar en las razones últimas de aquel, por lo que se le da la espalda a la certidumbre de que un uso del Derecho penal infundado o fundado en mo-

¹²⁵ TERRADILLOS BASOCO, Juan. “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, cit., pág. 125.

¹²⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “La Constitución penal. Los derechos de la libertad”, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/13terrardillos-constitucionpenal.pdf>, cit., pág. 5. Consultado el día 10 de octubre de 2019.

¹²⁷ *Loc.cit.* ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Bienes jurídicos, valores y derechos: satisfacción de necesidades y lucha por el reconocimiento”, en De la Cuesta Aguado y otros (coords.), *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. h.c. Juan M^a Terradillos Basoco*, cit., págs. 125 y ss. La autora señala que la Constitución no tiene el monopolio sobre los bienes jurídico-penales. Cuestión distinta es que constituya un marco referencial en principio atendible, no definitivo ni cerrado y, sobre todo, que se puede derivar, en principio, de ella lo que no debe ser un bien jurídico-penal. Esta habla de Derechos humanos como de especial protección. En el mismo sentido, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 76.

¹²⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. “La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, en AA.VV., *Teorías actuales en Derecho penal*, Buenos Aires, 1998, pág. 437.

¹²⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “La Constitución penal. Los derechos de la libertad”, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/13terrardillos-constitucionpenal.pdf>, cit., pág. 5. Consultado el día 10 de octubre de 2019.

tivaciones ajenas a la tutela de bienes jurídicos, será arbitraria, en el sentido previsto por el texto constitucional¹³⁰. Si bien, es importante adherirnos a esta tesis, también se debe traer a colación una postura ecléctica abandonada por ROXIN y ya en España por POLAINO NAVARRETE, quienes han buscado una intermediación entre una y otra perspectiva. Como apunta MORILLAS CUEVA, el profesor español alude a la posible compatibilidad entre la tutela de bienes jurídicos y la protección de la vigencia de la norma, partiendo de aquella como función principal y legitimante del Derecho penal, dejando en segundo lugar a esta a la que no considera como función propiamente dicha sino como consecuencia directa y esencial que la función tutelar preventiva posee en el sistema social, al actuar en espacios desemejantes: la primera propuesta legitima el sistema punitivo y, la segunda, configura la estructura del sistema jurídico y, por ende, el sistema social¹³¹. POLAINO NAVARRETE, en su posición intermedia, alude a que deben tenerse en cuenta dos cuestiones: por un lado, la insuficiencia de la protección autopoiética de la norma, esto es, la protección de la norma por la misma norma. Comienza su crítica incidiendo en que estimar que la norma tenga como objeto de protección la propia norma es algo que no explica la razón de ser de sí misma, y ello porque coloca en segundo plano el

¹³⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “El criminalista ante la Constitución”, en AA.VV., *20 años de Ordenamiento Constitucional. Homenaje a Estanislao Aranzadi*, Pamplona, 1999, pág. 381. TERRADILLOS BASOCO, Juan María. “La Constitución penal. Los derechos de la libertad”, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/13terrardillos-constitucionpenal.pdf>, cit., págs. 5 y 6. Consultado el día 10 de octubre de 2019. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., págs. 76 y ss.

¹³¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. “Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿Dos funciones excluyentes?”, *Cuadernos de Política Criminal*, n° 93 (2007), págs. 17 a 38. EL MISMO. “Norma penal, bien jurídico y norma de cultura: El rol de la víctima en la dogmática del tipo de injusto”, en HERRERA MORENO, Myriam (Dir.), *La víctima en sus espejos. Variaciones sobre víctima y cultura*, cit., págs. 83 y ss. Este autor establece unas apreciaciones a las críticas funcionalistas sobre el bien jurídico, señalando que la norma es cierto que concede un *status* de bien jurídico entendiéndolo a esa clase como “exclusivos” pero señala que el objeto jurídico de protección desempeña un papel tan importante como irremplazable en el más positivo aspecto a aprehender en la secuencia jurídica del binomio delito-pena ya que la función tutelar es una función de garantía del ser personal y de la sociedad humana, a través de un llamamiento normativo de advertencia y prevención frente a las hipotéticas lesiones de esos bienes jurídicos. Por tanto, el contenido del aspecto positivo que se extrae de la secuencia delito-pena ya no se agota en la formal auto-vigencia de la norma, sino que abarca un aspecto material determinado por la tutela de bienes y valores a los que se confiere la mas grave garantía normativa que puede conceder el Derecho, mediante la conminación legal del delito con la más contundente sanción de que dispone el ordenamiento jurídico: la pena. Cfr. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 79.

contenido de la misma norma. Si bien es cierto, prosigue, que el objeto jurídico es una categoría normativa, en su propia esencia jurídica, no puede desconocerse que las categorías normativas no son fórmulas vacías, sino que poseen un contenido legitimador y no se encuentran en el escenario de los principios jurídicos abstractos. Por tanto, la norma no tiene el cometido de protegerse a sí misma, sino de preservar bienes y valores que se incorporan necesariamente a la valoración normativa¹³²; por otro, se plantea si ¿es el bien jurídico un criterio modulador del injusto de la consumación o de la tentativa? En este sentido, parte de las tesis funcionalistas advierten del quebrantamiento perfecto de la norma desde la tentativa y la consumación¹³³. Señala que tanto la tentativa como la consumación ya suponen una infracción cabal de la realidad de la norma, pero no está de acuerdo con las tesis jakobsianas en que haya que prescindir de la noción de bien jurídico para modular la gravedad del injusto ya que sin ello es difícil explicar cómo a una le corresponde, generalmente, mas pena que a la otra. La diferencia de penalidad se instaura en el mayor índice de nocividad del injusto consumado frente al delito intentado pues aunque sean iguales en su estructura existe una diferencia cuantitativa en el quebrantamiento social producido que expresa una dispar desvaloración penal. Por tanto, el bien jurídico es el esencial componente material del injusto penal, del que no puede prescindirse ni siquiera desde una concepción funcionalista del injusto típico que conceda una unilateral prevalencia al concepto norma. En consecuencia, para POLAINO NAVARRETE los conceptos de norma y bien jurídico no son discordantes sino que, inversamente, se exigen: la norma es la forma y el bien jurídico es el contenido del precepto normativo¹³⁴. A esta tesis se le ha objetado alguna apreciación puesto que se ha indicado

¹³² POLAINO NAVARRETE, Miguel. "Norma penal, bien jurídico y norma de cultura: El rol de la víctima en la dogmática del tipo de injusto", en HERRERA MORENO, Myriam (Dir.), *La víctima en sus espejos. Variaciones sobre víctima y cultura*, cit., pág. 91. Señala que ello sin perjuicio de que mediatamente garantice la vigencia del sistema penal normativo del que se dota a la sociedad para la salvaguarda de los valores consustanciales a la estructura social.

¹³³ JAKOBS, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 6/70, pág. 165. (*Derecho penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*, traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, pág. 201).

¹³⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel. "Norma penal, bien jurídico y norma de cultura: El rol de la víctima en la dogmática del tipo de injusto", en HERRERA MORENO, Myriam (Dir.), *La víctima en sus espejos. Variaciones sobre víctima y cultura*, cit., págs. 92 y ss. Explica que la tarea de protección de bienes jurídicos no es en absoluto incompatible con el mantenimiento de la vigencia de la norma, pues estas funciones se exigen de manera inexorable y se reclaman mutuamente, aunque jueguen en un plano diferente: la primera legitima el ordenamiento punitivo y la segunda configura la estructura del sistema jurídico.

que el intento de tesis ecléctica es “difícilmente casable” entre sí. Desde la perspectiva del funcionalismo (en la que se incide que la vigencia de la norma y la protección de los bienes jurídicos son parámetros bien distintos) se han desarrollado ejemplos que desde la perspectiva de la protección de la vigencia de la norma se admiten como bienes jurídicos, entre otros, la punibilidad de la homosexualidad en una sociedad caracterizada por la masculinidad, como era el ejército prusiano, o el incesto cuando se consideraba como lesión a un bien jurídico referido a la estructuración familiar. Hay que estar de acuerdo en la afirmación de un sector doctrinal que indica el alto valor que posee la función de protección de bienes jurídicos, ya que existe la posibilidad de que algunas normas penales no puedan cumplir previamente función legitimadora alguna, a pesar de que se encuentren contenidas en una norma punitiva, por lo que la formal protección de la vigencia de la norma no puede ser el objetivo del Derecho penal ya que en los ejemplos citados previamente se fractura incluso la cobertura constitucional y democrática de no desigualdad por motivos de sexo o el derecho a la intimidad o a la libertad sexual¹³⁵.

A modo de epílogo hay que establecer que el Derecho penal halla su razón de ser en la protección de los intereses socialmente relevantes, los intitulados bienes jurídicos, aunque sólo serán protegidos por aquel los objetos jurídicos medulares para la sociedad, en la medida en que se encuentran reservados a salvaguardar aquellos intereses cuya violación suponga un perjuicio serio para el escrupuloso funcionamiento del sistema social: vida, integridad física, salud pública, etc., además del libre desarrollo de las personas, esto es, su autorrealización. Por consiguiente, los bienes jurídicos se contemplan como límite y garantía de los fines del Estado en el escenario de una política-criminal concreta, que permite la intervención del Derecho penal en la libertad de las personas, teniendo como referencia al Texto Constitucional.

Por tanto, suscribo la tesis constitucionalista, por los motivos que se han ido exponiendo a lo largo del trabajo y que abandera la doctrina mayoritaria¹³⁶.

¹³⁵ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., pág. 79.

¹³⁶ *Ibid.*, págs. 76 y ss. TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “La Constitución penal. Los derechos de la libertad”, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/13terrardillos-constitucionpenal.pdf>, cit., págs. 5 y 6. Consultado el día 12 de octubre de 2019. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal*, cit., págs. 76 y ss. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, y PÉREZ CEPEDA, Ana. “Derecho penal. Concepto y funciones”, en Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, 2ª ed., Tomo I, *Introducción al Derecho penal*, cit., pág. 29.