HERNAN HORMAZABAL MALAREE

Esta es una copia privada
hecha sólo para fines educativos
Prohibida su venta

BIEN JURIDICO Y ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO

El objeto protegido por la norma penal

c.01

Editorial Jurídica ConoSur

HERNAN HORMAZABAL MALAREE
Profesor Titular de Derecho Penal

BIEN JURIDICO Y ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO

(EL OBJETO PROTEGIDO POR LA NORMA PENAL)

Prólogo de
FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Editorial Jurídica ConoSur

Segunda edición, 1992

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del "Copyrigh", bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Hernán Hormazábal Malareé

I.S.B.N.: 84-7665-794-3
D.L.: B-4453-91

Impreso en los Talleres de
Editorial Jurídica ConoSur Ltda.

Fanor Velasco 16.
Teléfonos: 6955770
6971344 - 6986104
Santiago de Chile

Son muchas las personas a las cuales les tengo que reconocer estímulo, consejos y apoyo en Chile, en España y en Alemania. Son muchas las personas a las cuales quisiera dedicar este libro, a mi madre, a mi hijo Nicolás, a mi amigo Juan Bustos Ramírez. Sin embargo, creo que todos estarán de acuerdo y se sentirán incluidos si se lo dedico a todos los que en Chile con su vida y sufrimientos, luchando, están haciendo posible el retorno a la democracia.

Gerona, diciembre de 1990

HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE

ÍNDICE

Prólogo I

I. INTRODUCCIÓN 7

II. BIEN JURÍDICO Y ESTADO 13
1. El precedente iluminista. El derecho subjetivo como objeto de protección. 13
2. La Restauración. El jusracionalismo naturalista de Birnbaun. 19
3. La consolidación del concepto de Bien Jurídico como objeto de protección penal y el Estado positivista. 33
3.1. El Jusracionalismo positivista de Binding. ... 38
3.2. El positivismo naturalista de von Liszt. 47
3.3. Las teorías de Binding y von Liszt y su relación con el Estado. 54
4. La reacción antipositivista: el movimiento neokantiano y la República de Weimar. 58
4.1. La función teleológica del Bien Jurídico. 63
4.2. El Bien Jurídico como bien de la cultura. 64
5. La negación del Bien Jurídico y la irracionalidad del Estado nacionalsocialista. 68
6. La Constitución de Bonn. El retorno del normativismo y la mediatización del Bien Jurídico. 71
6.1. Hellmuth Mayer. 77
6.2. Hans Welzel. 81

7. El Estado de Bienestar y el resurgimiento de la política criminal. 90
7.1. Las teorías del Bien Jurídico con fundamento sociológico. 93
7.1.1. El funcionalismo como sociología legitimadora del Estado de Bienestar. 93
7.1.2. El interaccionismo simbólico como alternativa sociológica al funcionalismo. 106
7.1.3. Las teorías funcionalistas del Bien Jurídico. 109
7.1.4. Otras teorías del Bien Jurídico de carácter sociológico. 114
7.2. Teorías que dan fundamento constitucional al Bien Jurídico. 121
7.3. Las teorías del Bien Jurídico en España. 131

III. UNA TEORÍA MATERIAL DEL BIEN JURÍDICO. 139
1. El origen social del Bien Jurídico. 142
2. El concepto material de Bien Jurídico. 151
3. El merecimiento de protección. 153
3.1. Ideología y política penal. 155
3.2. La satisfacción de necesidades humanas. 161

IV. HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA TELEOLÓGICO DE DELITO. 169
1. Bien Jurídico y tipicidad. 171
2. Bien Jurídico y antijuricidad. 173
3. Bien Jurídico y pena. 175

V. BIBLIOGRAFÍA. 177

PRÓLOGO

En la Ciencia del Derecho penal reina desde hace tiempo acuerdo en que el Derecho penal debe limitarse a la protección de bienes jurídicos. Pero este acuerdo se rompe cuando se trata de determinar qué es lo que debe entenderse por "bien jurídico." Ya desde los tiempos de Birnbaun quien en pleno siglo XIX, fue realmente el primero en darle consistencia y nombre a este concepto básico del Derecho penal, se discuten cuestiones tales como el sustrato fáctico del bien jurídico, su adscripción al Estado y/o a la persona, su función dentro del sistema jurídicopenal y su posible trascendencia para la crítica del mismo.

Tampoco han faltado quiénes han negado a este concepto "el pan y la sal", bien en aras de planteamientos ideológicos maximalistas como los del nacionalsocialismo, bien de un funcionalismo tecnocrático que pretende sustituir el concepto de bien jurídico por el de "equilibrio funcional del sistema".

En todo caso, parece que se va imponiendo cada día con mayor evidencia que los bienes jurídicos no existen autónomamente, sino que son producidos; es decir, que son conceptos normativos, una creación artificial, productos de un acuerdo, de un proceso constitutivo en el que necesariamente son reelaborados y, a veces, manipulados y pervertidos en sus elementos esenciales. Del concepto casi inmutable, iusnaturalista, que originariamente se dio del bien jurídico no queda hoy casi nada, o quizás sólo el convencimiento de su posible manipulación.

Sin embargo, una Ciencia moderna del Derecho penal, orientada a las consecuencias, que pretende verificar conti-

nuamente el resultado de us decisiones, no puede prescindir de la base empírica, ni de la vinculación a la realidad que le da el bien jurídico.

Tampoco una Ciencia crítica del derecho penal puede prescindir de un concepto que prácticamente es el único que permite la crítica del Derecho penal positivo.

Asistimos en la actualidad a un movimiento científico y legislativo que se caracteriza por extender la intervención del Derecho penal a ámbitos muy alejados de los intereses humanos tradicionalmente protegidos por él: la vida, la integridad física, la salud, la libertad o el patrimonio. La simple puesta en peligro, incluso abstracta, de intereses económicos estatales (como, por ej., sucede en algunos delitos monetarios), o del medio ambiente (elevando a la categoría de delito simples infracciones administrativas), son la mejor prueba de esta tendencia. También se habla de "delitos sin víctimas" y dentro de la "guerra a las drogas" se preconiza la punición del consumo, haciendo de la salud un bien jurídico por encima incluso de la voluntad de su titular. El problema no es ya sólo de la idoneidad o la eficacia de las normas para proteger estos intereses, sino la consistencia de los intereses mismos como bienes jurídicos. Poco se gana, pues, con decir que el Derecho penal protege bienes jurídicos, si antes no nos ponemos de acuerdo sobre lo que entendemos como tales.

Este libro se enfrenta con la tarea, dura y difícil, de dar concreción al concepto de bien jurídico.

Su autor, el Profesor Hernán Hormazábal, aborda esta tarea: en primer lugar, desde una perspectiva histórica, analizando las diversas concepciones que en torno a este problema se han ido formulando desde los tiempos del Iluminismo; y, luego, ofrece la concepción de lo que, según él, debe entenderse por bien jurídico. Tanto en una, como en otra

parte de este libro, el autor hace gala de una profunda sensibilidad por las cuestiones filosóficas y políticas que tras el problema del concepto del bien jurídico se esconden. ¿Cómo se puede sino entender las razones últimas por las que el Estado utiliza su más contundente artillería para proteger los bienes que estima fundamentales para el orden social y juridicopolítico que le sirve de base?.

El concepto de bien jurídico, como bien afirma Hormazábal surge de una determinada concepción del poder político. Fue Feuerbach quien vinculó el Derecho penal con la protección de los derechos subjetivos del ciudadano. Pero pronto puso de relieve Birnbaum la escasa consistencia de esta relación si el derecho subjetivo no se concretaba en algo material, un "bien". Desde entonces el concepto de bien jurídico ha dado muchas vueltas, aunque girando siempre en torno a dos cuestiones fundamentales: qué tipo de bienes deben ser protegidos y en qué forma debe dispensarles el Derecho penal esa protección.

Para Hernán Hormazábal, el problema es ante todo un problema ideológico, un problema, por tanto, que sólo puede ser resuelto a través del debate y del proceso conformador de las ideologías característico de lo que Gramsci llamó "sociedad civil". Pero, al mismo tiempo procura dar una base material al proceso ideológico de construcción del bien jurídico, utilizando la satisfacción de necesidades humanas como criterio orientador que permite ilustrar al legislador sobre lo que debe proteger, advirtiendo, sin embargo, en todo momento, con razón, del peligro de manipulación tanto del proceso ideológico mismo, como del criterio de satisfacción de necesidades humanas, sobre todo cuando éstas son unas necesidades alienadas por el deseo del poder, por el egoísmo, la ambición o la riqueza. La solución a estas "desviaciones" la encuentra en el concepto de "democracia",

entendida como participación y como proceso dialéctico en el que el poder político es continuamente controlado.

El planteamiento parece teóricamente correcto, aunque inmediatamente surgen interrogantes que afectan a la esencia misma del concepto que se propone. El Profesor Hormazábal es consciente de las fisuras que tiene el instrumental teórico que maneja, pero quiere ser coherente con el esquema filosófico, político del que parte: la posición antinómica, en la más pura tradición iluminista, entre el individuo y el poder, sea éste un poder político o el poder hegemónico de algunos grupos privados. Asegurar la libertad y la dignidad del individuo frente a estos poderes no parece un mal punto de partida para una concepción del bien jurídico como la que el Profesor Hormazábal defiende. En todo caso, la discusión sigue abierta y en este libro se contienen materiales, información e ideas suficientes como para enriquecerle aún más; lo que, a la vista de lo mucho que se ha escrito y dicho ya sobre el bien jurídico en Derecho penal, constituye su mérito más destacado.

Sevilla, cinco de julio de 1990.

FRANCISCO MUÑOZ CONDE.
Catedrático de Derecho penal.

I

INTRODUCCIÓN

Como en su oportunidad señaló RUDOLPHI, el bien jurídico, a pesar de que sus contornos aun no se encuentran perfectamente delimitados, *"se ha asegurado desde hace tiempo un puesto firme en el arsenal conceptual del Derecho penal"* (RUDOLPHI, 1970, 151)[1]. Esta constatación de RUDOLPHI, válida en las décadas de los años 1960 y 1970, en la actualidad no puede ser confirmada tan categóricamente. Hoy la capacidad y utilidad de la teoría del bien jurídico está siendo cuestionada por los penalistas que colocan en la base de sus propuesta al funcionalismo en su expresión más extrema: la teoría funcionalista sistémica de LUHMANN (JAKOBS, 1983,26 y sgtes.). Si se asiente el funcionalismo sistémico con su postulado que la misión del derecho penal es asegurar por sobre todas las cosas simplemente la vigencia de la norma sin otra referencia material legitimadora que la defensa del sistema social, posiblemente el derecho penal pierda con la teoría del bien jurídico, como señala MUÑOZ CONDE (1985, 28), *"el último apoyo que le queda para la crítica del Derecho penal positivo."*

El porqué de esta situación seguramente se encuentra en la situación de crisis que atraviesa el Estado de las socieda-

(1). También POLAINO NAVARRETE (1974, 21-22): "... sin la presencia de un bien jurídico de protección prevista en el precepto punitivo, el propio Derecho penal, además de resultar materialmente injusto y ético-socialmente intolerable, carecería de sentido como tal Orden de derecho."

des postindustriales y no constituye más que un reflejo de la llamada *"legitimación"* por procedimientos técnicos de MAX WEBER y que como señala HABERMAS son seguidas tan solo por CARL SCHMITTy NIKLAS LUHMANN. Según esta tesis en el Estado moderno *"las decisiones tomadas legalmente se aceptan, por así decirlo, sin buscar motivos."* (1986, 246). El Estado en las situaciones de crisis necesita fortalecerse y el normativismo estricto amparado por el dogma hegeliano de la racionalidad de la ley, es un recurso cómodo y suficiente para legitimar la coerción.

La necesidad de un referente material para la norma penal aparece ya en los albores del Estado liberal. Primero habría de aparecer la teoría de los derechos subjetivos de FEUERBACH y posteriormente la teoría del bien jurídico con BIRNBAUM. Ambas, como se verá más adelante, han sido expresiones de la teoría del contrato social. No cabe duda, en consecuencia, el origen liberal iluminista del concepto de bien jurídico, aspecto que sin duda tuvo en cuenta el derecho penal autoritario del período nazi en su lucha por la desaparición del concepto.

En el contexto actual del derecho penal funcionalista sistémico, se aprecia un resurgir de una tendencia criminalizante en el derecho penal seguida de un imperceptible desplazamiento de la política de protección de bienes jurídicos que en años anteriores dio fundamento a una tendencia despenalizadora (HASSEMER, 1989, 277-278). De este modo surge como necesidad en el marco de los aspectos más rescatables del liberalismo político, la necesidad de revitalizar la teoría del bien jurídico para que actualizada conforme a los requerimientos del Estado social intervencionista, vuelva a constituírse en el centro de la discusión en el derecho penal y en el necesario referente material de la política penal del Estado.

El concepto desde que fuera acuñado por BIRNBAUM (1834,149 y sgtes.), ha demostrado ser poco pacífico y aparece en estrecha relación con la teoría del Estado, esto es, con las diferentes formas de legitimación que ha ido adoptando el poder a lo largo de su evolución histórica. También se pone de manifiesto su imprecisión e incapacidad para expresar lo realmente protegido por el derecho penal. Son estas carencias las que le impiden constituírse en la base de fundamentación de una política criminal coherente con los contenidos materiales de un Estado social y democrático de derecho.

Entre las diversas funciones que se han atribuído y esperado de la teoría del bien jurídico se suele señalar:

a) Una función de límite al **ius puniendi** estatal. Desde este punto de vista se manifiesta como una propuesta programática de carácter político criminal cuyo respecto se exige al legislador para que limite su actividad en la producción de normas penales que protejan exclusivamente bienes jurídicos. (BUSTOS, 1989, 44 y sgtes.; MIR PUIG, 1976, 128 y sgtes.; 1984, 74 y sgtes. SINA, 89; OTTO, 1971, 2 y sgtes.).

b) Una función de carácter teleológico en el sentido de constituir un criterio de interpretación de los tipos penales que condicionará su sentido y alcance conforme a la finalidad de protección de un determinado bien jurídico. De este modo cobra plena validez la afirmación de JESCHECK, a pesar de que no extrae de ella todas sus consecuencias, de que *"el bien jurídico es el concepto central del tipo, en torno al que giran todos los elementos objetivos y subjetivos y, un importante instrumento de la interpretación"* (1981, I, 352).

De este función del bien jurídico emana el criterio sistemático de agrupar los delitos en la parte especial según el bien jurídico protegido y la jerarquización de los diferentes

grupos según la importancia del bien jurídico lesionado o puesto en peligro y dentro de cada grupo las diferentes especies de delitos de acuerdo con la gravedad de la forma específica de ataque (ibid. 353).

c) El bien jurídico en la medida que se sitúa en la esencia misma de los diferentes tipos penales de la parte especial del código y que constituye una exigencia para el legislador penal en orden a dirigir su actividad sólo a la protección de bienes jurídicos, constituye, según RUDOLPHI, *"uno de los puntos de vista... para concebir el núcleo material de los injustos común a todo comportamiento antijurídico"* (1970, 151).

d) Una función garantizadora sólo se puede hacer efectiva en la medida que la teoría del bien jurídico sea capaz de indicar **qué y por qué** se protege. Al revelarse el qué y el por qué de la punición, se abre, al mismo tiempo, la posibilidad de una revisión crítica de la norma sancionadora y de todo el ordenamiento penal en un doble proceso de desincriminación de ciertas conductas cuyo tratamiento penal ha perdido vigencia social y, por otra parte, la incriminación de otras conductas que dentro de la dinámica del proceso social aparecen como nuevas formas de criminalidad necesitadas de tratamiento penal. (TERRADILLOS, 1981, 149).

De esta forma el bien jurídico cumple una importante función político criminal de carácter crítico al permitir de **lege lata** la revisión del ordenamiento jurídico penal y de **lege ferenda** al establecer una limitación de carácter material al ius puniendi estatal. Pero al mismo tiempo, la teoría del bien jurídico ha de ser capaz sobre la base de criterios complementarios que determinen el merecimiento de la pena, tales como el de satisfacción de necesidades (TERRADILLOS, 1981) o el de dañosidad social (BARATTA, 1978, 43 y sgtes)[2], de dar

(2) Se trata de distinguir en la teoría del bien jurídico entre del nivel de la definición y el nivel del merecimiento de protección del bien

fundamento a la tipicación de las nuevas formas de criminalidad de las sociedades postindustriales.

e) A estas funciones tradicionalmente asignadas al bien jurídico por la doctrina tendríamos que agregar, como corolario de la anterior, una función de legitimación material de la norma penal que como expresión formalizada de control necesita ser justificada racionalmente en el estado democrático.

Luego, ello quiere decir que el bien jurídico en cuanto expresión que sintetiza el objeto jurídico protegido por la norma penal, aparece indisolublemente vinculado al estado en la medida que es él el que tiene el monopolio de la coerción penal. Es el Estado el que designa los objetos a ser protegidos, la forma y la intensidad de su protección. En consecuencia, se trata de una decisión política, por lo tanto, de una decisión no neutral la que toma el Estado cuando designa los bienes jurídicos que habrán de ser protegidos penalmente, que serán naturalmente sus bienes jurídicos.

Pero, por otra parte, a la teoría del bien jurídico históricamente solo se le ha reconocido una limitada dimensión político criminal y por lo tanto externa al sistema normativo. En efecto, la dogmática penal ha dejado al margen del modelo la teoría del bien jurídico configurando un sistema categorial que coloca en la base a la acción. Ello ha significado tácitamente la renuncia a la construcción de un sistema teleológico de protección de bienes jurídicos y la reducción de la teoría del bien jurídico a un mero programa *"de exclusiva protección de bienes jurídicos"*. La construcción del sistema teleológico debe reemplazar a la *"acción"* por el *"bien jurídico"* en la base de la teoría del delito y sacar de esto todas sus consecuencias. Sólo así se podría lograr la

---

jurídico. En este último punto entran a jugar criterios complementarios como los señalados en el texto.

siempre intentada superación de los elementos que del positivismo naturalista del siglo XIX aun persisten en el derecho penal (RADBRUCH, 1930, 158 y sgtes.). Dicho de otra forma, se trata de que el bien jurídico deje de ser un *"concepto límite"* entre la política criminal y el derecho penal y se constituya en un canal de comunicación entre ambos.

El propósito de este libro es, partiendo de una teoría del bien jurídico que ya ha sido expuesta en trabajos anteriores[3], ampliarla, profundizarla y quizá rectificarla en algunos aspectos sin ningún otro propósito que el de procurar que gane en claridad. Se trata de volver a recuperar el concepto de bien jurídico para un derecho penal que reconozca al hombre frente al poder como sujeto y no como objeto. De proponer una teoría del bien jurídico que ofrezca criterios que sean útiles para la realización de una política penal esté al servicio de las necesidades reales de los ciudadanos de un Estado social y democrático de derecho.

En este libro se procurará hacer un examen crítico de las teorías del bien jurídico más significativas desde Birnbaum hasta la actualidad con el objeto de poner de manifiesto su carácter ideológico. De modo que su objetivo no es hacer una exposición de todas las posturas en relación con el bien jurídico que, sin embargo, si se podrán encontrar en la exhaustiva y documentada obra de POLAINO NAVARRETE (1974). Para la consecución de este propósito, se analizaran en el contexto socio-político de su respectivo estadio histórico poniéndolas en relación con la teoría política justificadora del poder. Esto nos permitirá constatar la invalidez actual de las respectivas propuestas en el marco de un estado social y democrático de derecho para poder hacer una proposición de carácter material.

(3) En general véanse en la Bibliografía de obras consultadas los trabajos del autor y de BUSTOS RAMIREZ.

II

BIEN JURÍDICO Y ESTADO

1. El precedente iluminista. El derecho subjetivo como objeto de protección

El derecho penal iluminista, con el precedente de la Declaración del los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 que limitaba las prohibiciones legales sólo a "*las acciones perjudiciales a la sociedad*", se expresó en la teoría jusprivatista de FEUERBACH (1832) de la lesión de un derecho subjetivo.

En términos generales, la consideración material del delito como una lesión de un derecho, no es más que la expresión de la teoría del contrato social en el derecho penal: los hombres ante la inseguridad que supone vivir aislados, deciden organizarse en sociedad y confiar al Estado la conservación del nuevo orden creado. El Estado se erige como garante de las **condiciones de vida en común.** (SINA, 1962, 9).

En consecuencia, a partir de esta premisa, la conminación penal del Estado sólo quedaría legitimada respecto de conductas que fueran dañinas socialmente, esto es, de conductas humanas, entre las que cobran singular importancia las conductas que pudieran poner en peligro la existencia del Estado que, conforme a lo expuesto anteriormente, se erigía como necesario para el mantenimiento de dichas condiciones.

Por cierto que la protección de derechos supone una limitación a la potestad punitiva del Estado. La razón sólo podría justificar la pena en la medida que esta surja como reacción a una conducta que sea lesiva de los derechos de otro o bien ponga en peligro al Estado garante de las condiciones de vida en común. Donde no hay una lesión a un "derecho subjetivo", sea de un particular o del Estado, no puede haber delito, (SINA, 1962, 11).

La ideología de la libertad del Iluminismo responde a la ideología teológica del Absolutismo. El delito ya no es más una agresión a Dios mediatizada a través de una agresión al soberano como representante de Dios en la tierra y asimilable, en consecuencia, al pecado, sino una agresión a las condiciones de vida en sociedad. El daño al orden divino es reemplazado por el daño al orden social. El delito se **seculariza,** toma carta de residencia en la tierra y entre los hombres. Del mismo modo, la pena ya no será más **expiación** del pecado cometido, sino que será **retribución.** Se trata de reparar el daño, que ahora es un daño a la sociedad y de restablecer el orden jurídico que viene a reemplazar al orden divino de la Edad Media, que ha sido interrumpido. La retribución del delito sucede a la expiación del pecado, la razón divina es reemplazada por la razón de Estado, la ley divina por la ley de los hombres. (HORMAZÁBAL-BUSTOS, 1980, 103).

En FEUERBACH, en particular, el principio de la lesión de un derecho y, en último término, del mantenimiento de las condiciones de vida en común como fundamento de legitimación de la potestad punitiva del Estado, se basa en la teoría del fin del Estado de KANT. FEUERBACH realiza su propia derivación de un principio básico kantiano: el ejercicio de la libertad de un ser racional no puede contradecir la libertad de ningún otro ser racional. La observación de este

principio constituye la condición básica de la afirmación de nuestra naturaleza racional en el campo del acontecer. Por ello es un deber erigir el Estado con el fin de realizar la libertad jurídica (AMELUNG, 1972 a, 34).

Desde este principio FEUERBACH delimita exactamente entre la potestad penal y la potestad policial del Estado, cuestión que no había sido resuelta por los Iluministas: el que se excede en el ejercicio de la libertad jurídica lesiona un derecho y al lesionar un derecho está actuando en contra del fin del Estado, el que transforma esta conducta en un delito aun cuando el probable derecho del Estado no se vea directamente afectado. Del mismo modo, será delictual una conducta si afecta un derecho del Estado como persona jurídica. Por el contrario, tratándose de acciones que primitivamente no lesionen un derecho, el Estado sólo puede prohibirlas cuando afecten en forma mediata a sus fines. Este tipo de conductas importan un perjuicio mediato a los fines del Estado y es de temer que pongan en peligro, de aquí su tratamiento, el orden jurídico y la seguridad. El que infringe el derecho de obediencia del Estado realiza una infracción de policía y se hace acreedor a una pena de carácter policial.

De esta forma, FEUERBACH logra conciliar los fines de la potestad punitiva y de la potestad policial. A ambas les corresponde evitar los daños sociales conforme éstos están presentados en el modelo social jusnaturalista. A la policía le corresponde evitar la puesta en peligro de derechos, al derecho penal su efectiva lesión (AMELUNG, 1972 a, 34).

La política criminal de FEUERBACH tomó cuerpo en el Código Penal de Baviera de 1813, que se destaca, precisamente, por la falta de incriminación de conductas en contra de la religión o de la moral, conductas que, en términos

generales, el ordenamiento legal bávaro, recogió a través de leyes especiales en la esfera del derecho administrativo y de policía.

Como puede apreciarse, los planteamientos de P. A. von FEUERBACH son una coherente expresión del Iluminismo alemán, (VACHET, 1972, I, 170). El hombre debe ser libre de cualquier autoridad porque tiene el suficiente criterio para regular su conducta conforme a los dictados de su razón. De esta forma, la libertad se concreta en reglas y normas precisas, deja de ser abstracta. No se trata de promulgar un estatuto absoluto de la libertad, sino que ésta se concreta en fórmulas legales precisas y formales, tales como declaraciones de derechos concretos, constituciones y los procedimientos para hacer valer estos derechos ante la instancia estatal que surge como su garante y realizador, tales como los Tribunales, los recursos de inconstitucionalidad, de habeas corpus, el principio de culpabilidad, la presunción de inocencia etc.

El orden jurídico aparece como expresión de esa libertad y también de los límites que a esa libertad le impone la razón. El orden jurídico para el liberalismo como es expresión de racionalidad presupone la libertad y es condición de ella. Si en el orden feudal las relaciones de dependencia eran de carácter personal y estaban establecidas por la divinidad, ésta sancionaba las jerarquías sociales; en el nuevo orden liberal las relaciones de poder no son sobre las personas, sino directamente sobre las cosas y a través de ellas sobre las personas. El derecho entra a regular estas nuevas formas de relación y a protegerlas. Como señala ENGISCH *"la protección de un derecho subjetivo significa el reconocimiento por el orden legal de una esfera de poder a un individuo, autorizándolo para que dentro de ella pueda defender sus intereses personales"* (ENGISCH, 1967, 38).

Ahora bien, la limitación del **ius puniendi** estatal a la exclusiva protección de derechos subjetivos, se tradujo en el campo del derecho positivo en una considerable disminución de lo punible, ya que conductas que hasta entonces estaban conminadas con penas, perdieron su carácter delictual o vieran atemperado su rigor penal. En el campo de los delitos en contra de la religión y de la moral muchas conductas, lisa y llanamente se despenalizaron, como el suicidio y la blasfemia, o continuaron en la esfera de lo punible en tanto que aparecieran vinculadas con la lesión de un derecho subjetivo. Tal fue el caso del perjurio, que sólo se castigó en cuanto medio comisivo de la estafa (AMELUNG, 1972 a, 21-22).

En general, estas conductas pasaron al campo de las infracciones policiales. No obstante, la teoría de la lesión de un derecho, como señala AMELUNG, no estableció una clara delimitación entre este tipo de infracciones y las de carácter penal y *"apenas puede sostenerse que sólo una acción dañina socialmente podría ser prohibida y castigada, cuando también la finalidad de bienestar público del Estado de policía se enraíza en la idea de qué misión de la función pública es también el desarrollo del bienestar común. Pero, en tanto que el daño social está precisado para la potestad punitiva penal por el modelo de contrato social, éste se equipara aquí a una agresión en contra de la salud pública del Estado absoluto." (1972 a, 24).*

Los derechos subjetivos como nuevos objetos de determinación del contenido del delito tienen, como ha podido observarse, un claro contenido liberal que, como señala P.SINA (1962, 12), se manifiesta en un doble aspecto: a) por una parte al contenido liberal **sistemático funcional** en cuanto que la punibilidad de las conductas se restringen a las que lesionen derechos subjetivos, con lo que se alza una

barrera a la arbitrariedad y a la indeterminación;y b) por otra el contenido liberal **concreto-inmanente**, ya que al llevarse su protección penal con fundamento en la antitotalitaria teoría del contracto social, se entró a proteger también el derecho de los individuos a una esfera concreta de la libertad personal.

Sin embargo, esta tesis que se presenta en forma tan atractiva por cuanto es innegable que supone un límite al ius puniendi estatal se contradice internamente, en la misma medida que la doctrina liberal lo hace al tener que crear un poder al que compete en exclusiva el uso de la fuerza justamente para asegurar la libertad de los individuos. Un poder, como se ha señalado, con tal cúmulo de facultades que sea capaz de mantener la paz y el orden a través de la mera amenaza coercitiva. De esta manera, se enfrentan dialécticamente, por una parte, la necesidad del Estado como garante de la seguridad y, por lo tanto, asegurador de la libertad y, por la otra, el temor al Estado, como amenazador y limitador de dicha libertad. De esta interrelación aparece el liberalismo como ideología política y el Estado liberal como expresión concreta de dicha fórmula política (VACHET, 1972, I, 193 y sgtes).

Así es, como asumiendo esta contradicción es que al Estado liberal le corresponde asegurar la paz y el orden social burgués. Lo hace regulando normativamente un marco concreto de relaciones sociales y excluyendo toda otra forma de relaciones sociales que sobrepasen dicho marco normativo.

Lo expresado anteriormente no debe ser entendido como una descalificación global del liberalismo que indudablemente significó un salto cualitativo en la historia de la humanidad al establecer límites materiales al poder pero que, no obstante, hay que examinar en su fundamento, la libertad originaria del hombre, y en las contradicciones que se cons-

tatan cuando este fundamento se pone en relación con el marco social concreto.

En efecto, si bien es cierto que la concepción de la libertad del liberalismo parte de la libertad originaria del hombre en estado de naturaleza, ésta se encuentra sometida dentro de un espacio o marco u orden normativo que la limita en aras de la libertad de los demás o de las condiciones de su ideología política en el campo del derecho. Su identificación del objeto jurídico protegido por el derecho penal con el concepto jusprivatista del *"derecho subjetivo"* es la exaltación de la libertad individual sobre la cual se construye el modelo económico liberal del mercado. Constituyen la continuación en el campo del derecho penal, de la filosofía kantiana que, junto con la hegeliana, habrían de dar en Alemania el apoyo ideológico para el establecimiento del nuevo orden burgués. Se corresponden, en consecuencia, a una situación histórica muy concreta y determinada. Fue precisamente cuando cambiaron estas condiciones políticas que las críticas a sus tesis, que por lo demás empezaron desde muy temprano pero sin trascender del campo de lo académico, se transformaron en realidades. En otros términos, como ha sucedido siempre, fue sólo entonces que la crítica doctrinal se transformó en realidad jurídica, esto es, cuando el producto ideológico se puso al servicio de una necesidad política contingente.

2. La restauración. El jusracionalismo naturalista de Birnbaum.

El período histórico que habría de seguir en Europa al Iluminismo inmediatamente después de la derrota de Napoleón y del Congreso de Viena, se conoce como el nombre de

Restauración. En Alemania esta reacción en contra de los principios del Iluminismo dio lugar a *"un movimiento antirracionalista, de carácter romántico, irracional y vehementemente nacionalista que encontró expresión en la literatura, el arte y la teoría política"*, que debe entenderse no como un movimiento de reacción contrarrevolucionaria en contra del nuevo orden burgués inspirado y conducido por la antigua nobleza, *"sino como reacción frente a la revolución y en este sentido como expresión de un compromiso."* (MENÉNDEZ, 1979, 57).

Es una época en que la burguesía ya ha logrado una cierta hegemonía política, económica y social y busca su consolidación en el poder: de revolucionaria pasa a ser conservadora. Se trata, como señala GONZÁLEZ VICEN, de consolidar el presente no de destruírlo. La burguesía conservadora de la Restauración no quiere ya aniquilar el presente para edificarlo según cánones racionales abstractos; sus esfuerzos están dirigidos, al contrario, a revestir el valor absoluto y a prestar una justificación inmanente a este presente en el que ella detenta el poder político, económico y social". (1969, 29; HOBSBAWM, 1974, I, 209; WOLFE, 1980, passim).

De esta forma, en la teoría política el movimiento de la Restauración opuso el planteamiento Iluminista de la soberanía del pueblo como fuente del poder, el de la soberanía del príncipe, cuya formulación se conoce con el nombre de **principio monárquico.** Su planteamiento está situado, precisamente, en el extremo más opuesto a la soberanía del pueblo, base de toda organización política del Iluminismo revolucionario. En el príncipe reside la soberanía y la unidad del poder. Este lo ejerce limitado por la Constitución, pero constituye un poder *"autolimitado"* por una Constitución **otorgada** por el soberano. A este respecto JESCH señala

que *"políticamente la brújula estaba claramente orientada: señalaba de nuevo hacia el absolutismo, el menos en el contexto central, y por hacer que pasara al siglo XIX"*. (JESCH, 1978, 100).

Efectivamente al s. XIX pasan las fórmulas políticas del Absolutismo, pero vacías de contenido como simple formulaciones de carácter testimonial al estar situadas fuera de su contexto originario. De esta manera, la fórmula teocrática del principio monárquico está lejos de ser un fundamento del origen divino de un poder incuestionable, sino simplemente, una concesión al principio cristiano del origen divino de la autoridad.[1]

La fórmula teocrática subsiste, pero la cuestión de fondo de si la soberanía residía materialmente en el pueblo o en el príncipe, era aun una cuestión no resuelta por la Teoría del Estado y no era fácil resolverla por cuanto estas constituciones habían nacido ya sea como consecuencia de un pacto entre el monarca y los estamentos, o bien, por la presión política de la burguesía, siendo en definitiva, ambos casos, casos de una transacción política (JESCH, 1978, passim).

El derecho positivo recogió el principio monárquico a partir del artículo 57 del Acta Adicional de Viena de 1820, desde donde se volcó a los diferentes textos constitucionales y, por lo tanto, con fuerza vinculante.[2] En lo que respecta a la Constitución bávara de 1818, el principio monárquico se expresó en el artículo 18 que señalaba: *"El rey es el jefe supremo del Estado, reune en sí todos los derechos del poder estatal y los ejerce con sujeción a las distinciones por*

(1) La teoría del derecho divino de los reyes se basó en forma especial en la Epístola a los Romanos de San Pablo (XIII 1-7).
(2) También lo recoge la Constitución prusiana, Cfr. MENÉNDEZ (1979, passim).

él dadas y fijadas en el presente instrumento constitucional. Su persona es sagrada e inviolable".

Según veremos más adelante, el principio monárquico iba a constituírse en el futuro, más o menos reformulado, en tanto que fundamentador y legitimador del poder estatal, en la piedra angular del formulismo jurídico que en el campo del derecho penal iba a encontrar su máxima expresión en K. BINDING.

La ideología de la Restauración se iba a encarnar en lo jurídico en la Escuela Histórica del Derecho de SAVIGNY y PUCHTA.[3] Desde luego, esta teoría jurídica iba a negar, al poner el acento en el hecho de que el derecho constituye una creación histórica del pueblo propia de su carácter nacional y de su espíritu peculiar , el carácter racional del derecho y, por ende, su raíz contractualista, precisamente por su ahistoricidad (AMELUNG, 1972 a, 40 y sgtes.; GONZÁLEZ VICEN, 1969, passim).

Si los filósofos jusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII, antes estaban preocupados en construir un nuevo orden que de mirar el pasado, los de la dirección histórica del derecho buscaban sus raices en ese pasado. Para esta corriente el derecho es un producto histórico nacido del espíritu del pueblo y como tal no cabe afirmar que sea un producto de la razón o que el derecho natural sea algo invariable y eterno a descubrirse por la razón.

Pero, del mismo modo como la Restauración no significa una ruptura política con la Revolución burguesa, en el derecho la Escuela histórica no es simplemente una reacción contra el pensamiento de la Ilustración, sino, *"en realidad,*

(3) En general sobre la Escuela Histórica del Derecho, véase número monográfico "Savigny y Ciencia Jurídica del s. XIX", Anales de la Cátedra Fco. Suárez, Granada, (1978-1979)

una reacción contra una de las formas importantes de pensamiento de la época. Y lo que es más importante: una reacción que se instrumenta con categorías que había elaborado y formulado la reflexión sobre el mundo histórico de la misma Ilustración. *Lo que aquí se da no es una cisura radical, sino más bien continuidad...*" (GONZÁLEZ VICEN, 1978-1979, 4).

Como dice GONZÁLEZ VICEN: *"La Escuela Histórica no sólo no es la refutación del pensamiento ilustrado tomado en bloque, como podría parecer a primera vista, sino que es la heredera legítima de la época, en tanto que ella revive —con acentos nuevos, es verdad— la antinomia fundamental que había recorrido durante cerca de cien años la filosofía de la Ilustración: la antinomia entre pensamiento racional abstracto y comprensión del mundo histórico y sus formas. De estos dos polos, la Escuela Histórica sitúa uno de ellos, la comprensión del mundo histórico, en el centro mismo de su reflexión, enfrentándolo conscientemente al principio formal-abstracto tradicional en el racionalismo moderno desde Descartes"* (ibid).

La Escuela Histórica iba a oponer al derecho natural, el derecho positivo. A la concepción de la ciencia del derecho como ciencia especulativa, el derecho como una ciencia constructivo-formal. El derecho positivo pasa a ser la única realidad y objeto para la ciencia del derecho, pero lo que es más, por su propia naturaleza histórica y singularidad, el derecho lleva en si mismo su propia justificación, *"una justificación inmanente y absoluta."* (ob. cit.,41).

De esta forma, el Romanticismo, el Principio Monárquico y la Escuela Histórica del derecho deben ser entendido como producciones espirituales ideológicamente vinculadas al Estado de la Restauración. No se trata de alternativas de reemplazo del nuevo modelo de sociedad

que habían traído consigo las revoluciones burguesas, sino, por el contrario, de fórmulas coherentes de justificación de ese nuevo orden en las nuevas condiciones sociopolíticas. La ideología de la Ilustración, el método racional abstracto, la aceptación de la existencia de un derecho natural absoluto e inmutable, habían sido fórmulas de ruptura con la historia, habían tenido por objeto la implantación de un nuevo marco de relaciones sociales. Establecido el nuevo orden, se trataba de buscar la reconciliación con la historia, la continuidad y la permanencia. En estas condiciones políticas e ideológicas, las tesis de FEUERBACH difícilmente podían sostenerse. Como advierte SINA, *"eran principalmente tres los factores que determinaban la postura de los criminalistas entre 1820 y 1840: el desencanto por el racionalismo especulativo de la dirección filosófico iluminista del cambio de siglo; la preocupación por la inseguridad de la base en que se realizaba la praxis y el despertar de un sentido histórico positivista"*. (1962, 15-16).

La crítica inorgánica de un heterogéneo grupo de juristas habría de dirigirse, como era de esperar dados los vientos políticos de la época y la nueva orientación metodológica que había tomado la ciencia del derecho, a la *"nociva tendencia hacia la generalización"* de los planteamientos de FEUERBACH, destacando que la existencia de la lesión de un derecho como necesario elemento del delito, era válida sólo en algunos casos, por lo que no podía, en consecuencia, pertenecer al concepto de delito.

No se podía aceptar que desde la abstracción y generalización que significaba el concepto de lesión de un derecho subjetivo, acciones que históricamente aparecían como meras infracciones policiales o no lo fueran en absoluto, como

sucedía con las conductas en contra de la moral y de la religión.[4]

Lo que para FEUERBACH desde su perspectiva kantiana queda fuera de los fines del poder coactivo del Estado, en el nuevo contexto sociopolítico no queda tan claro. Obviamente las nuevas condiciones exigían la intervención del derecho penal en ámbitos vedados para la restrictiva doctrina de los derechos subjetivos inspirada en Kant, pero no, sin embargo, para los planteamientos hegelianos en el derecho penal que no entraban en conflicto con estas nuevas condiciones.

En efecto, los planteamientos hegelianos si bien coincidían con los de los jusnaturalistas en cuanto que era la razón la que gobernaba el mundo, matizaban que ésta no era una razón absoluta e inmutable sino una razón portada por la historia, por lo tanto, cambiable según las distintas épocas.

La preocupación central de Hegel era la reconstrucción nacional de los paises de Europa destruídos por la violencia y el terrorismo exportados por la Revolución Francesa y las guerras napoleónicas. Su objetivo era, como señala SABINE, *"el restablecimiento de la continuidad de las instituciones nacionales, la busca de fuentes de solidaridad nacional en el pasado y la afirmación de la dependencia del individuo en relación con su herencia de cultura nacional."*

Sobre estas condiciones, los autores que expresaron las ideas de Hegel en el ámbito del derecho penal y que habrían de dominar la doctrina hasta el último tercio del s. XIX.,

(4) Como muy bien dice M. POLAINO NAVARRETE (1974, 99): *"...en numerosas figuras legales la realidad valorada por el legislador como digna de garantía penal tiene que ver, en esencia, con el concepto estricto de derecho subjetivo: piénsese, v., gr., en los delitos en que se protege la seguridad interior o exterior del Estado, la economía política, la solidaridad humana, la salud pública..."*

construyeron un sistema del delito partiendo de la base de que el delito constituye una insurrección consciente en contra de la voluntad general. No tuvieron inconveniente en expresar que el objeto de la lesión es dicha voluntad general, salvando con ello los problemas que actualmente presentaba la teoría del delito del racionalismo iluminista para la incriminación de conductas que no pudieran ser comprendidas como derechos subjetivos.

Sin embargo, en este contexto, en 1834 J.M.F. BIRNBAUM publicó una obra en la que planteaba una tesis de claro contenido liberal y, por lo tanto, restrictiva del **ius puniendi** del Estado de la Restauración, conforme a la cual la conducta delictiva no lesiona derechos subjetivos, sino que lesiona *"bienes"*, concepto que le permite salvar el obstáculo que suponían la doctrina de FEUERBACH para la incriminación de conductas en contra de la religión y de la moral.

BIRNBAUM desde una nueva teoría del delito apunta a la solución del problema práctico que representa la no incriminación de conductas lesivas a la moral o a los sentimientos religiosos. Así señala: *"...no hemos asumido como tarea principal investigar si, de acuerdo con la naturaleza de las cosas sólo tienen que castigarse como delitos lesiones a derechos, sino que queremos considerar la cuestión desde otro punto de vista que afecta más a la aplicación del derecho que a su dictación y, desde este punto de vista, nuestra primera pregunta es si es correcto que en un sistema de derecho penal positivo, concretamente en el derecho penal alemán común, sin una mayor distinción entre un concepto natural y uno positivo de derecho, se presente una definición de delito de acuerdo con la cual éste sea la lesión de un derecho contenida en la ley penal."* (1834, 158).

En esta dirección, en primer lugar, era necesario que BIRNBAUM excluyera del campo del derecho penal el principio de la exclusiva protección de derechos subjetivos, para lo cual pone en evidencia las incongruencias sistemáticas del sistema de FEUERBACH al considerar estas conductas como infracciones del derecho de policía y sobre todo, vinculando la lesión no con un derecho, sino con un *"bien"* [5] diciendo expresamente: *"... de acuerdo con mi parecer, si se quiere tratar el delito como lesión, lo esencial es, y pongo el acento en ello, relacionar necesariamente este concepto con arreglo a su naturaleza, no con un derecho, sino con un bien"*. Así según BIRNBAUM, lo que realmente lesiona el delito no son derechos, los que permanecen incólumes, sino *"bienes"*: *"Supongamos que perdemos algo o que somos despojados de una cosa que para nosotros es un bien al cual tenemos jurídicamente derecho, éste será el objeto de nuestro derecho y si nos es sustraído o se ve disminuido, nuestro derecho no se verá disminuído ni sustraído"*. (1834, 166).

Con estos planteamientos BIRNBAUM pudo de forma impecable salvar el primer obstáculo que suponía para la incriminación de las conductas lesivas a la moral y a la religión, la restricción del poder punitivo del Estado a la lesión de derechos subjetivos. Pero, indudablemente que no bastaba simplemente con señalar que lo que lesiona el delito no son derechos sino bienes. Y es precisamente en este

(5). cnfr. P. SINA (1964, 21). Este autor opina que en la medida que BIRNBAUM señala que la lesión de un bien está referida *"a una persona o a una cosa"*, se podría interpretar que sólo serán bienes los objetos que queden comprendidos dentro de estas dos categorías. Sin embargo señala en que su opinión, la mención a personas o cosas es sólo a título de ejemplo *"sin que quisiera decir que bienes tenían que ser siempre personas o cosas"*. La opinión contraria en relación con BIRNBAUM la mantiene AMELUNG (1972 a, 43).

punto donde hace un viraje metodológico hacia el jusnaturalismo.[6]

En efecto, al fundamentar la protección estatal de bienes, señala que estos les han sido dados al hombre *"por la naturaleza o son precisamente el resultado de su revolución social y de la sociedad burguesa"*, pese a que evita pronunciarse *"si el hombre fuera el ámbito estatal, en el llamado estado de naturaleza tenía ya derechos o no"*. Esto le permite clasificar los delitos en *"naturales y sociales"* y también en *"delitos en contra del ser colectivo y en contra del individuo"*, según si la conducta afecta a un bien de la colectividad o a uno de una persona determinada. (1834, 177-178).

Como puede apreciarse lo que hace BIRNBAUM es colocar el *"bien"* en la esfera prejurídica de la razón o de la naturaleza de las cosas y desde allí lo vuelca al concepto de delito, al que define como *"toda lesión puesta en peligro de bienes atribuíbles al querer humano"*, *"señalando que dichos bienes"* *"deben ser garantizados de forma equivalente a todos por el poder estatal, en tanto que una garantía general no puede ser conseguida de otra forma que no sea por la conminación de una determinada pena y por la ejecución de la amenaza legal a todo infractor"*. (1834, 179)

De esta manera, el camino para fundamentar la incriminación de conductas inmorales y antirreligiosas se vislumbró definitivamente libre de obstáculos. Así señaló: *"...siempre podrá ser vista una suma de ideas religiosas y morales bajo la garantía general de un bien colectivo esta-*

(6) Por ello es bastante discutible que se pueda clasificar a BIRNBAUM, como lo hace SINA, como un positivista moderado. En su obra hay continuas referencias a categorías del racionalismo jusnaturalista.

blecido del pueblo, cuyo mantenimiento está en tan estrecha relación con el mantenimiento de la estructura constitucional, que también... deben ser previstos como antijurídicos ciertos tipos de conductas inmorales o irreligiosas..." por "*ofender los sentimientos éticos de todo un pueblo.*" (1834, 167).

Esta nueva fundamentación de la potestad punitiva del Estado ha dado origen a una discusión académica entre P.SINA, al que sigue M.MARX, y K.AMELUNG.

Para SINA y MARX, la teoría del "*bien*" de BIRNBAUM tenía del mismo modo que la de protección de un derecho subjetivo, un contenido liberal sistemático funcional, por lo que debía ser evaluada simplemente como una **corrección** de la teoría de la lesión de un derecho "*que deja incólume el esencial principio liberal y como la continuadora de los principios filosóficos del Iluminismo*".

Por el contrario, para AMELUNG y MIR PUIG (1976) el concepto de "*bien*" está lejos de ser un postulado liberal limitador del **ius puniendi**, sino que aparece como ruptura de dichos principios. Para llegar a esta conclusión AMELUNG argumenta que la teoría de la protección de los bienes jurídicos carece del componente organizativo de la sociedad que significaba la teoría del contrato social del Iluminismo. En tanto, para la tesis del "*bien*", lo que efectivamente lesiona el delito son objetos y a lo sumo intereses. En segundo lugar, agrega AMELUNG, para el Iluminismo la cuestión de la conducta dañina socialmente se reconoce **objetivamente**. La teoría del contrato social, que es de claro entendimiento para cada ser racional, enseña derechamente a todo lo que es dañino socialmente y lo que no es. En cambio, los bienes son un problema de valoración. MIR PUIG en apoyo de AMELUNG señala que el bien es un producto de la pérdida de pureza de los principios liberales tras los movimientos sociales de los años 1813 y 1848

"y una consecuencia de la crítica formulada por la Escuela Histórica y el positivismo jurídico al derecho natural en que se basaba la ideología de la Ilustración y su concepción del delito como lesión de un derecho subjetivo" (1976, 129)

Ahora bien, a mi juicio para tomar una postura frente a este problema es necesario previamente tratar de determinar del texto de BIRNBAUM cuál era su concepto de bien y, sobre todo, averiguar su fundamentación ideológica tomando en cuenta las circunstancias sociopolíticas en que se produjo su formulación.

Como primera observación hay que señalar que el texto de BIRNBAUM en que formula su teoría del *"bien"* no contiene en ninguna parte una definición del concepto ni se sujeta a ningún orden sistemático, lo que dificulta su lectura y comprensión.

En todo caso, lo que si está claro es que su tesis del *"bien"* es un intento de solucionar el problema práctico que representaba la imposibilidad de incriminar en el período de la Restauración las conductas inmorales *"en tanto que todos los pueblos están unánimemente conformes en colocarlas bajo pena"*. Pero, al mismo tiempo se observa en su intento de fundar una teoría del delito basada en la protección de un *"bien"* cuyo origen está en la esfera prejurídica de la iluminista de la *"naturaleza de las cosas"*.

En efecto, para BIRNBAUM el *"bien"* aparece en relàción con un *"concepto natural de lesión...que vinculamos con una persona o una cosa que la concebimos como de nuestra pertenencia o sobre algo que para nosotros es un bien y que nos puede ser disminuído o sustraído por la acción de otro"* (1834,150).

De esta forma, pareciera que el concepto de bien contiene sólo personas o cosas que pueden ser objeto de una lesión, es decir, objetos corporales, impresión que desmiente el exa-

men de los ejemplos de BIRNBAUM cuando señala *"que en el mismo sentido se habla en nuestras leyes más recientes de lesiones corporales, a la propiedad, al honor..."* y, por supuesto, también, las conductas inmorales e irreligiosas. (1834, 150).

En otra oportunidad, BIRNBAUM señala que *"...el bien es el objeto de nuestro derecho que jurídicamente nos corresponde..."* (1834, 172) lo que permite aclarar a SINA que ello significa un *"cambio de acento"* en la discusión sobre el delito, que lo esencial deben ser objetos, los bienes que *"nos corresponden" (la relación con personas tiene, luego, base jurídica) pero, no obstante, con acentuación en el carácter concreto, objetivo y positivo de los "bienes"*. (SINA, 1962, 22). En otras palabras, el bien está establecido en relación con una persona que es titular de él, constituye una objetivación de lo que antes se encontraba en la esfera de lo espiritual, esto es, de los derechos subjetivos. El poder estatal entra a garantizar esta relación objetivada de las personas con los bienes *"de forma equitativa a todos de acuerdo a la naturaleza de las cosas o conforma a la razón de toda lesión o puesta en peligro"*. (BIRNBAUM, 1834, 179).

Conforme a lo anterior, la dañosidad social de una conducta ya no estará determinada por los entorpecimientos a las condiciones de vida en común, sino que por la lesión o puesta en peligro de los bienes. Y los bienes son objetos valorados y dados ya sea por la naturaleza, o por la evolución social y la sociedad burguesa. Como señala AMELUNG, "los bienes son objetos respecto de los cuales un sujeto estima que tiene un valor". Luego, determinar que un objeto es merecedor de protección penal y, por consiguiente su elevación a la categoría de *"bien"* depende del sujeto valorante e importa una decisión de carácter político. (AMELUNG, 1972 a, 48; 1972 b, 1020).

Ahora bien, la verdad es que el análisis de la tesis de BIRNBAUM en el solo contexto de su publicación, sin considerar las circunstancias socio-políticas en que fue formulada, no lleva a ninguna conclusión respecto a si efectivamente constituye el concepto de *"bien"* un límite al **ius puniendi** estatal siendo, por lo tanto, una continuación del principio liberal contenido en la teoría de la lesión de un derecho, o si, por el contrario, significa una ruptura con esa tradición liberal.

Pareciera difícil sostener bajo la ideología hegemónica de la Restauración y del Estado soberano en cuanto expresión del *"principio monárquico"*, que en su aplicación efectiva la teoría de BIRNBAUM, hubiera constituído un límite político criminal efectivo. Más aun si comprobamos que el *"bien"* de BIRNBAUM no es más que un objeto valorado y que el sujeto valorante es el propio Estado. En estas circunstancias políticas, el *"bien"* aparece más como un **instrumento restaurativo** del Estado que le va a permitir incriminar toda conducta que pueda perturbar las nuevas condiciones sociales que se conformaron con la Restauración.

El *"bien"* encierra las condiciones de vida en común, pero objetivadas y singularizadas. Será el Estado el que las fijará en cuanto poder, en cuanto titular de la soberanía. El Estado de la Restauración cumple una función de equilibrio social entre la antigua y la nueva clase.

La teoría del *"bien"* de BIRNBAUM, aun cuando éste la formulara consecuentemente con su postura política, lleno de escrúpulos liberales, en el hecho representó un intento de volcar en el campo del derecho penal *"el principio monárquico"*. Es un concepto que está en coherencia con la forma de Estado de las monarquías constitucionales.

No obstante, la constatación de la circunstancia de que una teoría del bien jurídico como objeto de protección del

derecho penal sólo iba a encontrar arraigo en la ciencia penal en el último tercio del siglo XIX, de que en los hechos la teoría jurídica dominante habría de ser la inspirada en los planteamientos hegelianos y de que la teoría del bien y del delito de BIRNBAUM a pesar de permitir la extensión de la punibilidad a los delitos en contra de la moral y de la religión, nos lleva a la conclusión de que fue por su impronta jusnaturalista que no pasó de tener una relevancia meramente académica y que tuvo que ceder ante los planteamientos hegelianos mucho más de acorde con el espíritu de la Restauración.

En efecto, en la doctrina jurídica alemana durante mucho tiempo más habría de imperar el pensamiento racionalista, pero un pensamiento racionalista histórico liberado del contractualismo y profundamente conservador, que en perfecta coherencia con la política restaurativa, iba a dar el derecho penal los instrumentos ideológicos para superar los inconvenientes de la teoría de la lesión de un derecho.

La tesis del *"bien"* como objeto de protección y como núcleo del injusto iba a tener que esperar hasta K.BINDING, que habría de tomar, reformulándola, la idea de BIRNBAUM.

3. La consolidación del concepto de bien jurídico como objeto de protección penal y el estado positivista

El desarrollo del modelo de sociedad de las revoluciones burguesas habría de consolidarse definitivamente con el fracaso de las revoluciones sociales de 1848. A partir de entonces se rompió el equilibrio que había existido entre el componente político y económico de dichas revoluciones y entra

a cobrar preeminencia este último aspecto. El factor económico se constituye en el factor condicionante de las existencias del modelo y de la estructura política. pero no en cuanto significa la posesión de un capital, esto es de una suma de dinero, sino en su utilización para la extracción de plusvalía de la fuerza de producción. En otras palabras, el núcleo esencial de modelo social se estructura a partir de las relaciones sociales que se conforman en el proceso se extracción de plusvalía a partir de un capital. El Estado como estructura política, no es un factor ajeno al proceso productivo como sucedía en el estadio anterior en que se limitaba única y exclusivamente a vigilar el mantenimiento de las condiciones *"naturales"* del modelo, sino de un Estado *"defensista"* del modelo y plenamente identificado con él.

Estas nuevas condiciones son a las que se refiere MIAILLE cuando analizando las relaciones entre el capital y el Estado, señala que "si es verdad que el **capital** no es una suma de dinero, sino una relación social, esto significa que el **Estado es inherente a esa relación social** y no exterior: no se puede tratar al Estado como *"alguna cosa"* diferente y exterior al sistema capitalista. El es el sistema."(1978, 20).

Por su parte, el progreso de la ciencia que se coloca exitosamente al servicio de la industria, lleva hacia un retroceso del pensamiento metafísico hasta tal punto que el propio HEGEL perdió el prestigio que lo había llevado a encabezar el movimiento filosófico alemán durante más de dos tercios de siglo. A la hegemonía del racionalismo hegeliano iba a sucederle el positivismo, movimiento filosófico asociado a COMPTE que habría de convertirse en una justificación filosófica de las ciencias experimentales. El método del positivismo era el propio de las ciencias naturales y se convertiría también en el de las sociales. El método de las ciencias sociales pasa del deductivo al inductivo y el objeto

pasa de la idea a la materia. El pensamiento es acrítico, exento de toda valoración. Los fenómenos son lisa y llanamente aceptados como realidades y ya no se trata de cuestionarlos, sino que de explicarlos. (MIR PUIG, 1976, 208 y sgtes).

Hacia el último tercio del s. XIX. Alemania era un país desmembrado en numerosos estados con una estructura económica agraria poco sólida, escasa industria y sobre todo con un retraso económico significativo en relación con el resto de Europa. En lo social, la estructura era la de un sistema de fuerzas feudales estamentales que, ante el fracaso de las revoluciones burguesas, llevaron a una burguesía poco significativa a plantear reivindicaciones moderadas limitadas a *"exigir un sistema constitucional y la unidad de Alemania, necesaria ante todo desde el punto de vista económico"*. (KUHN, 1971, 49 y sgtes.)

La tarea de la unificación alemana fue emprendida por Prusia, estado que en su Constitución de 1850 había recogido el *"principio monárquico"* y las tesis conceptuales de la *"monarquía limitada"* de STAHL. (MENÉNDEZ, 1979, 76).

Sería, en consecuencia, el Estado prusiano el que en Alemania habría de realizar la revolución burguesa en su aspecto económico. La burguesía alemana no necesitó de una ideología política liberal para legitimar el nuevo modelo económico social, sino que el cambio se realizó al amparo de un poder estatal fuerte y autoritario resultado de un compromiso entre una burguesía que no había sido capaz de provocar un cambio de las estructuras y las concesiones de una nobleza feudal presionada por una realidad. (JELLINEK, 1978, 53 y sgtes; AMIRANTE, 1973, passim).

El Estado se tenía que fortalecer para poder protagonizar los cambios que eran necesarios para aproximar a Alemania al resto de los paises de Europa occidental. Sus facultades

tenían que equipararse a las de los individuos. Para ello, la teoría política reconoció su autonomía, su personalidad moral o jurídica y también el poder público, o sea el poder de dominar como un **derecho** que se fundamentaría, precisamente, en su capacidad de autolimitarse. Se le reconoce al Estado y con ello se le equipa con los individuos, la titularidad de derechos subjetivos, derechos subjetivos públicos, como el derecho subjetivo del Estado a exigir la obediencia. (DE LOS RÍOS, 1978, passim).

El pensamiento liberal se formaliza y con ello el principio iluminista del fin del Estado de asegurar las condiciones de vida en común, deja de tener sentido. El estado ya no tendrá fines, es en si mismo un fin. Ello se traduce en el campo del derecho penal en una ampliación de su ámbito de intervención. Ya no quedará circunscrita al castigo de las situaciones que afecten a dichas condiciones, sino que podrá ampliarse a toda conducta que el Estado considere necesaria colocar bajo pena. La irrupción del pensamiento naturalista exige una **objetivación** del objeto del delito. Ya no pueden ser derechos subjetivos o el derecho objetivo como expresión de una voluntad general fundada en un racionalismo histórico, sino debe salir del mundo de lo espiritual al mundo de lo real. El derecho penal debe entrar a proteger objetos del mundo exterior, cosas concretas, valores concretos. No se trata ahora de evitar conductas perturbadoras de las condiciones de vida en común, sino de proteger *"bienes jurídicos"* cuya mayor o menor extensión puede ser fijada arbitrariamente por el legislador.

El bien jurídico, de esa forma, en el Estado positivista es el resultado de un liberalismo vacío de contenido, que sólo ha quedado reducido a la expresión formal de sus principios ideológicos. Como señala AMELUNG, *"un liberalismo que*

por cierto señala que las normas penales deben proteger algo, pero que esa función de protección no se puede relacionar más con las condiciones de la vida humana en común porque eso no le corresponde a la legislación y que, en vez de eso, eleva a objeto de protección "objetos del mundo exterior, estados, intereses y otras cosas". (AMELUNG, 1972 a, 60).

El objeto directo del método positivista en el derecho pasa a ser el derecho positivo, el que es tomado acríticamente como una realidad dada, liberado de todo juicio de valor y de toda especulación metajurídica o filosófica que en el caso específico del derecho penal, se concreta en el Código Penal de 1871. Este Código que habría de responder a las exigencias del liberalismo y también a las especiales circunstancias políticas del Imperio, habría de constituírse en el objeto exclusivo de la ciencia penal positivista y por ello, como señala MIR PUIG, se hallaba lejos de resultar políticamente indiferente. (1976, 210).

Por ello, nada más de acorde con un Estado como el prusiano, conservador en lo social pero revolucionario en lo económico, que el derecho limitara su estudio a un código que expresa la ideología de ese Estado y el modelo social que ampara dicho Estado y, por lo mismo nada más lógico que centrar el objeto del delito en la defensa de *"bienes jurídicos"* en tanto que objetos concretos que habrían de derivarse de los propios preceptos que conforman dicho código y que al mismo tiempo habrían de ser fuente de legitimación de dichos preceptos.

El positivismo en derecho penal habría de tomar dos direcciones metodológicas diferentes, encabezadas por BINDING y von LISZT respectivamente, y formalmente enfrentadas pero que en último término habrían de coincidir en el reconocimiento del derecho a mandar y de exigir obediencia con el que necesariamente tenía que contar el

Estado positivista alemán para poder llevado a cabo su revolución económica.

3.1. *El jusracionalismo positivista de binding*

En la historia del derecho penal la obra de KARL BINDING significa la culminación de racionalismo heredado de la Ilustración -y en este sentido es el legítimo continuador de la Escuela clásica del derecho penal- pero, de un racionalismo centrado exclusivamente en el derecho positivo libre de toda consideración filosófica o metajurídica. Luego, ya no se trata del racionalismo de contenido revolucionario que sirvió de base para la revisión del orden socio-económico del Absolutismo, sino de un racionalismo despojado de toda capacidad crítica y que conserva de él única y exclusivamente el dogma hegeliano de la racionalidad incuestionable de la ley en tanto que es producto del Estado.

De esta forma, al ser el objeto de estudio simplemente la ley como realidad dada y fuera de todo cuestionamiento, es más propio enmarcar el pensamiento de BINDING dentro de una de las corrientes que el positivismo ha originado en el campo del derecho.

A partir del derecho positivo, BINDING construyó todo un sistema armónico y coherente no sólo hacia el interior del derecho penal, sino que también con la doctrina política que daba legitimación al modelo de Estado prusiano del último tercio del siglo XIX.

En efecto, según BINDING,la esencia del derecho penal está conformada por normas que son **deducibles** de la ley penal y conceptualmente anteriores a ellas, consistentes en un imperativo en orden a prohibir la realización de una conducta o bien de realizarla. BINDING con un rigor

lógico impecable, señala que el delincuente no contraviene la ley penal sino que, por el contrario, cumple con lo señalado en ella. Así expresa, refiriéndose al hurto: *"La pena sólo puede ser declarada porque la acción descrita en aquella disposición legal y la del hurto conceptualmente se cubren. Luego, está lejos aquello de que el delincuente infringe la ley penal según la cual es enjuiciado; mucho más, para que pueda ser castigado tiene que, en primer lugar, haber actuado siempre conforme y en consonancia con ella."* (1916, 4; KAUFMANN, 1954, 3). Para BINDING el delincuente infringe o contraviene las disposiciones previas a la ley penal y que se deducen de ellas y que en forma imperativa pueden mandar o prohibir una conducta. Estas disposiciones son las normas y tratándose de la prohibiciones se manifiestan en expresión como *"no debeis hurtar"*, *"no debeis robar"*, *"no debeis matar"*, etc. De esta manera, la acción realizada por el delincuente cumple justamente todo aquello que se expresa en la ley penal y que la norma quiere que se omita tratándose de las normas prohibitivas, o bien, quiere que se realice, si se trata de mandatos. (BINDING, 1916, 42).

En consecuencia, la norma como dato real estrictamente sujeto al mundo de lo jurídico y de lo racional, con exclusión por lo tanto, absoluta de lo natural y de lo sobrenatural, es lo que sirve de base a BINDING para la elaboración de un sistema de derecho penal que habrá de servir de sustentación al pensamiento dogmático. El jurista tiene suficiente con las normas que constituyen su objeto al cual accede a través del método lógico- deductivo. (MIR PUIG, 1976, 209).

A partir de su teoría de la norma y en armonía con el pensamiento político y la teoría del Estado de la época, el delito es para BINDING una contravención de la norma *"cuya principal tarea es fundamentar deberes de actuar o*

de omitir altamente personales de las personas físicas" y también, por lo tanto, una lesión de un derecho subjetivo porque "un deber jurídico no puede ser pensado sin la contrapartida de un derecho subjetivo"[7] Este derecho subjetivo es *"un derecho de mandar, sin mayor contenido, apto para exigir la obediencia y ejercer el imperio"*. El titular de este derecho subjetivo es el Estado: *"El titular del derecho de obediencia coincide regularmente con el creador de la norma. De las normas del "Reich" nace el "Reich"; de las normas del Estado, los estados federales en particular; de las ordenanzas de las autoridades y de los magistrados, de los órganos del Estado y de las ciudades, el derecho de mandar"*. (1916, 96).

Finalmente, llega también a conceptualizar el delito como una lesión, pero como una lesión de un derecho subjetivo del Estado: *"El rehusar la obediencia es, por lo tanto, siempre negación del querer público, siempre contravención de un derecho público establecido exclusivamente a favor del Estado, pero, sin embargo, a menudo delegado. La "lesión" de este derecho subjetivo de mandar es la única llamada lesión de un derecho que es esencial en todos los delitos".* **(1916, 98)**

En estas circunstancias, al concebir BINDING en forma tan amplia el delito como una lesión de un derecho subjetivo del Estado, se vio en la necesidad de buscar un elemento material que le permitiera diferenciar en forma clara las infracciones administrativas de los delitos, ya que dentro de su concepción formal y tan abierta de delito quedaban comprendidas dentro de ella tanto unas como otras.

---

(7) BINDING (1916, I, 96). El derecho subjetivo a que se refiere Binding no es el derecho subjetivo de Feuerbach, sino el que de acuerdo a la teoría política le asiste al Estado de mandar y exigir obediencia.

En la búsqueda de ese elemento material dirige su atención hacia el fin de las normas. Señala que *"el legislador busca las condiciones concretas para una sana vida en común, fijando su vista con mucho más energía que en los derechos, en personas, objetos y estados. Busca más en dichas condiciones lo que yo llamo el lado contrario: la sustancia que la agresión perturbadora del derecho realza y atrae. Y con ello se ha encontrado el objeto de la inmediata necesidad de la pena: este se trasforma en objeto de la norma y su lesión se acuñará como hecho punible"*. A estos objetos los denomina BINDING bienes jurídicos *"por su calidad de bienes para la vida jurídica"*. (1916, 340).

Precisando al concepto de bien jurídico y procurando desmarcarlo de los derechos subjetivos tanto públicos como privados y en la vía de llevarlo al mundo de las percepciones, señala que *"la prohibición de lesión y de puesta en peligro está referida ya sea a determinadas agresiones a derechos subjetivos (el derecho de propiedad, el derecho de propiedad intelectual, etc.) o sobre los llamados bienes jurídicos. Ampliamente, la mayoría de los delitos y los más graves son lesiones y puestas en peligro sólo de bienes jurídicos. Pero, también, ahí donde para el delito es esencial la agresión a un derecho subjetivo distinto al de mandar, la agresión al derecho subjetivo de esta naturaleza sólo podrá ser ejecutada a través de bienes jurídicos.* ***Así el bien jurídico es el principial objeto del delito".*** **(1975, 113).**

A continuación, define el bien jurídico como *"todo lo que en si mismo no es un derecho, pero que en los ojos del legislador es de valor como condición de la vida sana de la comunidad jurídica, en cuyo mantenimiento incólume y libre de perturbaciones tiene interés desde su punto de vista y que por ello hace esfuerzos a través de sus normas para asegurarlo ante lesiones o puestas en peligro no deseadas"*. (1975, 113).

Como puede apreciarse, BINDING admite que los derechos subjetivos pueden ser objetos de la agresión delictuosa, pero no en forma inmediata. La agresión, según BINDING, afecta a sus "presupuestos concretos, a sus objetos, a sus sujetos, al querer... luego, para BINDING, el derecho subjetivo del mismo modo que la norma, no puede ser objeto de una ofensa. El derecho ante la lesión permanece inalterado. *"Bienes jurídicos son todos los objetos cosificados de los derechos, son la vida, la salud, la libertad, el honor"* (1975, 113)

Ahora, la determinación de qué cosas, personas, estados, constituyen "las condiciones concretas para una sana vida en común, se realiza para BINDING, en un juicio de valor del legislador que les da la categoría de bienes jurídicos, sin otra limitación que su propia consideración y la de la lógica. (1916, 340).

De esta forma, para BINDING, el bien jurídico no es algo natural que vaya más allá del derecho, simplemente es una creación del legislador. Los bienes jurídicos son el objeto de la lesión, en ellos se concreta la lesión de los derechos subjetivos. El derecho subjetivo permanece alterado ante el delito, el objeto inmediato de la lesión es siempre un bien jurídico que puede presentarse como *"realmente lesionable"* u otras veces, puede constituir en estados o valores de acción. (KAUFMANN, 1954, 69).

Luego, del contexto de toda la teoría jurídica penal de BINDING lo que se desprende en esencia es que antes que nada el delito importa una infracción al deber de obediencia que el ciudadano tiene frente al Estado como titular de un derecho subjetivo público: el poder de exigir dicha obediencia. No obstante, matiza que lo que se lesiona con el delito no es la norma ni el mencionado derecho subjetivo, sino el bien jurídico, que expresa concreta, material y objetivamente lo que realmente se lesiona o pone en peligro por la acción delictiva.

De ahí que cuando expresa que *"en la superficie de la desobediencia se esconde como núcleo la lesión de un bien"*, en definitiva está señalado que toda norma encierra en sí un bien jurídico y que toda desobediencia a la norma constituye una lesión al bien jurídico que ella contiene. (1916, 365)

Ahora bien, desde luego una evaluación de los planteamientos de BINDING en torno al objeto de protección del derecho penal, sólo adquiere validez en la medida que se haga teniendo presente el contexto político social de la época y sus relaciones con la teoría legitimadoras del poder y de la forma concreta del Estado.

Un examen global de la teoría de BINDING, aun cuando pareciera ser lo contrario, sitúa, en una linea de pensamiento que representa la continuación de la que se iniciara con FEUERBACH y siguiera con HEGEL, el punto extremo de la evolución del racionalismo en el derecho. Mirado su planteamiento desde el punto de vista del ciudadano frente al Estado, su teoría de la norma, su concepción del bien jurídico y su preocupación desde un estricto retribucionismo por la pena justa, puede ser calificado como el de un liberal preocupado por plasmar un sistema de garantías. Del mismo modo como en los planteamientos kantianos de FEUERBACH, la portadora de la razón era la ley natural, en los de HEGEL era la historia, en los de BINDING pasa a ser continente y contenido de la razón exclusivamente la norma. Es la culminación del racionalismo, su positivación extrema, su reducción a la estricta juridicidad, la prescindencia absoluta de lo natural y, desde luego, de lo sobrenatural, en suma, la definitividad secularización del derecho penal en las decisiones de la instancia política, lo que él llama los *"juicios de valor del legislador"* (HASSEMER, 1973, 42-50).

La piedra angular de todo su pensamiento está conformada por la teoría de la norma, según la cual, como señala irónicamente MERKEL, *"las normas jurídicas consideradas desde el punto de vista del Estado que castiga, aparecen desempeñando un papel característico, el papel del sombrero de Gessler (Thon), al cual deben las gentes prestar obediencia ostensible, por cuanto la diferencia real que exista entre las normas y el sombrero colgado es cosa que no debe ser tenida en cuenta desde este punto de vista."*[8] (MERKEL, s/f,).

Según la teoría política, la existencia de obediencia ante la norma es antes que nada un derecho del Estado sobre los ciudadanos, la expresión de un derecho subjetivo público. Constituye en el derecho penal el precipitado de las doctrinas del Estado personal moral y titular de derechos subjetivos formuladas paralelamente en el ámbito del derecho político.

La soberanía del Estado había superado los problemas que en su momento había planteado la dicotomía soberanía del príncipe y soberanía del pueblo sustituyéndose la soberanía del monarca por la soberanía del Estado independientemente de lo que establecieran a este respecto las Constituciones. Tanto el pueblo como el monarca pasan de este modo a ser órganos del Estado. La soberanía se constituye como un elemento del poder estatal que emana, como lógica consecuencia, del propio Estado. Por ello

(8) Merkel se refiere a la Tercera Escena del Primer Acto de la obra de Schiller "Wilhelm Tell": Ihr sehet diesen Hut, Männer von Uri:/ Aufrichten wird man ihn auf hoher Säule, / Mitten in Altorf, andem höchsten Ort, / Und dieses ist des Landvogts Will Und Meinung:/ Dem Hut soll gleiche Ehrewie ihm selbst geschehn./ Man soll ihn mit gebognem Knie und mit/ Entblösstem Haupt verehren. Daran will/ Der König die Gehorsamen erkennen./ Verfallen ist mit seinem Leib und Gut/ Dem Könige, wer das Gebot verachtet".

JELLINEK habría de señalar que *"poder soberano de un Estado es, por tanto, aquél que no reconoce ningún otro superior a sí; es, por consiguiente, el poder supremo e independiente"*. Más adelante expresa que *"según el aspecto positivo, consiste la soberanía en la capacidad exclusiva que tiene el poder del Estado de darse, en virtud de su voluntad soberana, un contenido que le obligue, y en la de determinar en todas las direcciones su propio orden jurídico"*. (1978, 356-361).

El Estado entendido como poder absoluto no podía estar más conforme en las tareas de cambio social y de consolidación que desde el Estado se estaban realizando en Alemania.

Evidentemente que constituye el gran mérito de BINDING el de haber sabido elaborar una teoría penal coherente y funcional con el sistema político de la Alemania de Segundo Imperio, que sin ser una ruptura, superara los inconvenientes que ahora suponían en la doctrina los principios del Iluminismo y del liberalismo primitivo. Esta finalidad la logra vaciando de todo contenido político los principios jurídicos penales y reduciéndolos al más estricto formulismo jurídico. (VON LISZT, 1905 c, 212 y sgtes; ROCCO, 1932).

Precisamente, su concepto de bien jurídico, en cuanto que expresa los objetos que desde el punto de vista del legislador son significativos para una sana vida en común, puesto en relación con la teoría Iluminista del daño social, reduce este concepto abstracto metajurídico a juicios de valor del legislador que se objetivizan en el mundo de lo jurídico. La sana vida en común se asegura protegiendo los bienes jurídicos, objetos, en que se singulariza. La dañosidad social, de esta forma, viene a determinarse por la lesión o puesta en peligro de dichos objetos cuya calidad de bienes jurídicos la adquieren por un juicio de valor del legislador, esto es, por una decisión política.

Profundizando en esta línea de pensamientos BINDING llega a señalar que *"la esencia de los bienes asegurados por las normas conforma el capital de bienes del orden jurídico"*, esto es, en otras palabras, que el modelo de sociedad ideal está constituído por la suma de los juicios de valor objetivados del legislador, sentando con ello las bases para el desarrollo de una política de defensa social centrada en la exclusiva consideración del derecho positivo. (1916, 353).

A mi entender, la crítica más demoledora a la teoría de BINDING no proviene de sus consideraciones de carácter dogmático y de las contradicciones lógicas de su sistema, sino de su excesivo normativismo y de la absoluta exclusión del individuo que conlleva. (BUSTOS, 1986).

En efecto, en el sistema de BINDING el individuo queda frente al Estado en una situación de total sometimiento, bajo el riesgo de la arbitrariedad y privado de los recursos que pudiera brindarle una perspectiva jusnaturalista o las ciencias sociales en general. En su propuesta normativista el Estado pasa a constituírse en el núcleo en torno al cual todo converge. Todas las fases de la incriminación, desde la creación de la norma, la selección de los bienes jurídicos y la ejecución penal, están en función de las proyecciones políticas de ese Estado. El individuo es sólo el destinatario de la norma y el destinatario de una pena esencialmente retributiva. La creación de la norma, luego del bien jurídico que toda norma contiene, en definitiva, la conformación del sistema social, depende de una decisión política del Estado frente a cuyo mandato el ciudadano no tiene más remedio que obedecer si no quiere sufrir el castigo.

La norma y el bien jurídico como unidades inseparables en el sistema de BINDING, entran a cumplir una función de legitimación del poder coactivo del Estado, pudiendo a llegar a cubrir con un manto de legalidad a la arbitrariedad estatal. En esta situación extrema cabe preguntarse si en este

Estado absoluto, es suficiente garantía de un Estado de derecho el sometimiento a reglas que el mismo dicta. (AMELUNG, 1972 a, 81).

Los planteamientos de BINDING habrían de dar base de sustentación a la dogmática penal y a todo el desarrollo del pensamiento penal actual al haber recuperado y reformulado el olvidado concepto de bien jurídico que en su época colocara BIRNBAUM como núcleo del injusto. Con razón se ha dicho que la verdadera historia del bien jurídico comienza con KARL BINDING.

3.2. *El positivismo naturalista de von liszt*

La expresión integral del positivismo en el derecho, que con tanta fuerza se había arraigado en Italia, también se dio en Alemania aunque no de manera tan lineal, a través de FRANZ von LISZT. (LISZT s/f).

En efecto, en von LISZT en ningún momento se aprecia como en el positivismo italiano una tendencia a suprimir o reemplazar el derecho penal, sino que por el contrario lo entien de como el núcleo en torno al cual deben integrarse todas las demás ciencias que se ocupan del delito y del delincuente y que conjuntamente con él conforman lo que él llama *"die gesamte Strafrechtswissenschaft"*.

VON LISZT distingue muy claramente entre una ciencia normativa cuyo método es el dogmático y las demás ciencias penales, entre las que destaca la **política criminal** (s/f, I,7 y sgtes.) Para él la política criminal en cuanto es un *"compendio sistemático de aquellos principios de acuerdo con los cuales el Estado lleva adelante la lucha contra el delito..."* (1905 a, 291-292), le correspondería la revisión crítica del derecho vigente y la tarea de proponer su reforma según las exigencias que surgieran de esa revisión crítica.

Ambas disciplinas, la política criminal y el derecho penal, son para von LISZT ciencias independientes. El derecho penal cumple antes que nada una función garantizadora, al establecer los presupuestos cuya concurrencia autorizan al Estado para castigarlo sobre fundamentos estrictamente normativos que a la política criminal le son absolutamente infranqueables. (1905 b, 80)

Precisamente en ese límite, el de la política criminal y el derecho penal, según von LISZT, está el lugar donde se sitúa el bien jurídico. Luego, para von LISZT el bien jurídico está más allá del derecho penal, se radica justamente en el punto de unión del derecho penal con las otras ciencias penales a través de la política criminal. (1888, 139).

En consecuencia, para von LISZT, el bien jurídico no es como para BINDING un concepto exclusivamente jurídico, una creación del legislador contenida en la formulación de la norma, sino una creación de la vida y como tal un interés vital del individuo o de la comunidad a la que la protección del derecho le da la categoría de bien jurídico. (s/f., I, 6).

Por ello, von LISZT expresa con coherencia que el bien jurídico es un concepto perteneciente 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. (s/f, II, 7).

Al ordenamiento jurídico, según von LISZT, le corresponde regular las esferas de acción de cada una de las voluntades individuales delimitando, exigiendo o denegando determinadas formas de relaciones y también dando protección jurídica por las normas a los intereses vitales del individuo jurídicamente protegidos o, en otros términos, a los bienes jurídicos, con lo que coloca, como el mismo

señala, al *"bien jurídico"* y a la *"norma"* como los dos conceptos fundamentales del Derecho. (ibid.)

Estos dos conceptos fundamentales le sirven de base a von LISZT para construir desde un punto de vista sistemático, una teoría del delito a partir de un concepto general de acción omnicomprensivo de todo lo que se puede realizar, respecto del cual la antijuricidad y la culpabilidad aparecen como elementos reductores e individualizadores. (SCHMIDTHÄUSER, 1975, 33-46)

El injusto, de esta manera, en el sistema de von LISZT, no sólo es una acción imputable, sino también ilícita. Será **formalmente ilícita** en cuanto esté simplemente reducida a una transgresión de una norma estatal, de un mandato o de un deber, y será **materialmente ilícita** cuando constituya una lesión o una amenaza a un bien jurídico, esto es, a un interés vital protegido por la norma. (s/f; SINA, 1962, SO; AMELUNG, 1973, 85).

En los planteamientos de von LISZT se observa la influencia de la Escuela Positivista Italiana y sobre todo los de RUDOLPH von IHERING, especialmente en lo que se refiere a sus puntos de vista en el terreno filosófico. Según von IHERING, los intereses constituyen el motor que mueven al mundo social, lo que implica la tendencia hacia la consecución de un fin. De este modo, las normas en cuanto que están referidas al mundo social y, en general toda manifestación jurídica, hay que entenderlas e interpretarlas desde el fin que quieren lograr, que no es otro que asegurar las condiciones de vida de la sociedad. (V. LISZT, 1905 d, passim).

El discurso de IHERING, en relación al que hizo respecto de otras ramas del derecho, en el derecho penal no presenta diferencias sustanciales. Las disposiciones penales también persiguen asegurar las condiciones de vida de la sociedad por lo que no podía estar de acuerdo con la simple definición del

delito como una conducta conminada con pena ya que, a su juicio, una tal definición sólo se refería a su aspecto externo y no a su esencia. La pena para IHERING era sólo un medio subsidiario de protección social a la cual únicamente podía acudirse cuando no era posible evitar de otro modo la agresión a las condiciones de existencia social. En consecuencia, con su pensamiento propone una definición prepositiva de delito: el delito sería una puesta en peligro de las condiciones de vida de la sociedad sólo evitable por la pena. En todo caso, la apreciación de la situación de peligro queda en manos del legislador. A partir de esta conceptualización puede von IHERING jerarquizar la gravedad de los delitos de acuerdo con el rango de la condición de vida o del bien ofendido y graduar consecuentemente la pena.

Así, la pena pasa a ser el indicador del valor del objeto ofendido. También esta definición le permite clasificar los delitos de conformidad con el titular de la condición de exis-tencia puesta en peligro, en delitos en contra del individuo, del Estado y de la sociedad en sentido estricto, o sea, en contra de un número indeterminado de personas. En esta línea de pensamiento, von IHERING tenía que pronunciarse y se pronunció en contra del carácter retributivo de la pena y a favor de una teoría relativa en la que no sólo puso el acento en el carácter preventivo de la pena, sino que también en el papel de la prohibición penal en el mantenimiento del orden social, de las condiciones de vida de la sociedad. (IHERING, 1916, passim).

En el pensamiento de von LISZT la progresión de von IHERING interés-fin-protección de las condiciones de vida social se expresa sintéticamente en su concepto de bien jurídico que es formulado con una pretensión de materialidad a fin de superar el formalismo de BINDING, como *"un interés jurídicamente protegido"*, esto es, las condi-

ciones vitales del individuo o de la sociedad amparadas por el derecho. El fin del derecho penal, de la norma penal y de la ejecución penal está precisamente en la protección de bienes jurídicos. Ellos expresan en el derecho penal la idea "fin de protección" de los presupuestos del orden social y el pensamiento *"defensista"* del Estado positivista. Todo gira en torno a la protección de bienes jurídicos, la norma y la pena tiene por objeto defender bienes jurídicos y también persigue el mismo fin la ejecución penal. (V. LISZT, 1905 d; SINA 1964, 48; AMELUNG, 1972 a, 82-83).

En estas condiciones, el bien jurídico en la teoría de von LISZT aparece colocado en el centro mismo de la discusión como el elemento que le daría materialidad al delito y que al mismo tiempo expresaría el fin del ordenamiento jurídico penal. En otras palabras, permitiría romper la barrera lógico formal que impone un tratamiento puramente normativo del delito y dar fundamento a un sistemas teleológico, pero ello sólo se ve posibilitado en la medida que está concebido no como un *"bien del derecho"*, sino como un *"bien de los hombres"*, por lo tanto, como un reflejo de la realidad social en el mundo de lo jurídico. El bien, por lo tanto, se encuentra originariamente dentro de la realidad social y está sujeto por ello permanentemente a la contingencia de su revisión crítica, de su desaparición, de su mantenimiento, de su integración o de su modificación que dependerá de la mayor o menor fluidez de los canales de comunicación entre la sociedad civil y la sociedad política. La sacralización de la condición de existencia humana como bien jurídico es y sigue siendo una decisión política del Estado. Por eso y en esto muy de acorde con el espíritu defensista y la forma de Estado de la época, von LISZT identifica las *"condiciones de existencia social"* con las *"condiciones de la comunidad*

estatal". Unas y otras son equivalentes ya que el Estado no se presenta como un Estado neutral, un Estado **dentro** del sistema, sino que el Estado **es** el sistema. Como tal fija el marco de las relaciones sociales y singulariza los bienes jurídicos que colocará bajo protección penal. (V. LISZT, 1905 d, passim)

Conforme a lo expuesto, von LISZT sólo puede oponer a los bienes de los individuos los bienes del Estado en los que incluye, desviándose con esto de von IHERING, los bienes de la sociedad en sentido estricto.

De esta forma, el Estado para von LISZT expresa la síntesis de las condiciones de vida de la sociedad. Un delito en contra del Estado es un delito en contra de dichas condiciones. Por eso habrá de sostener a pesar de su discurso penal centrado en la protección de bienes jurídicos, que el Juez en la disyuntiva de castigar o no castigar cuando se presente una mera antijuricidad formal, esto es, simplemente una conducta antinormativa sin lesión de un bien jurídico, *"está ligado a la ley"*. (AMELUNG, 1972 a, 82; SINA, 1962, 51)

El concepto de bien jurídico de von LISZT fue en su época objeto de numerosas críticas, principalmente las que se centraban en la dificultad que su sistema presentaba para distinguir entre el objeto de interés y el interés mismo. A este respecto señaló que *"si queremos distinguir podemos decir que el* ***interés*** *es el valor que tiene para el afectado la irrupción o la no irrupción de un determinado cambio; un bien, por el contrario, es de aquellos intereses* ***para los que*** *todo cambio tiene valor. Pero lo que para todos* ***algo*** *es, en cuyo interés reside la irrupción o la no irrupción de un cambio en el mundo exterior, el actuar o el no actuar de los miembros de la comunidad jurídica nos lo dice el principio: todo derecho está por la voluntad humana, todo derecho protege intereses de los*

hombres. La existencia humana es por lo tanto el bien jurídico; de las diferentes formas de esta existencia se da la división de los bienes jurídicos." (V. LISZT, 1888, 134 y sgtes.)

Von LISZT trató el delito desde dos puntos de vista diferentes, como un problema técnico jurídico y como un problema científico-naturalístico. Desde este último punto de vista lo abordó como un problema de pura lógica formal en el ámbito de las abstracciones conceptuales y de las relaciones lógicas de condición y resultado, trasladando al campo de lo jurídico las leyes de las llamadas ciencias naturales. En este sentido el hecho punible es algo real, una acción que produce un cambio en el mundo exterior, cambio que se concreta en algo manifiesto, aprehensible, en un objeto *"una persona o una cosa en que este resultado... irrumpa"*. A este objeto lo denomina *"objeto de la acción"* que debe diferenciarse tajantemente del bien jurídico. Este sólo se pone en la mira cuando el delito es considerado no como un cambio manifiesto del mundo exterior, sino como la lesión de un derecho en cuyo caso no son admisibles las categorías de la causalidad por lo que también debe deducirse que el bien jurídico no puede lesionarse por la vía causal ya que al ser sólo un concepto es invulnerable. Von LISZT hace que el bien jurídico tome cuerpo, se *"cosifique"* en el objeto de la acción. Es precisamente en el objeto de la acción en el que se realiza el resultado perceptible por los sentidos. El bien jurídico, por el contrario, permanece incólume. Como señala von LISZT, el fin de la propiedad o del honor sólo podrá venir cuando se derogue la propiedad privada o se establezca el amor libre. (RADBRUCH, 1930, 158 y sgtes.; V.LISZT, 1905 a; 1888, 693).

El concepto natural de acción de von LISZT concebido como un acontecimiento del mundo exterior que ha de cau-

sar un cambio, un resultado en dicho mundo, esto es, sobre personas o sobre cosas, conduce a una separación entre el mundo de lo social protegido por el derecho, que él se lo presenta como el mundo de los intereses, y el mundo exterior. El mundo de lo social no está afectado por el mundo causal, los intereses no se ven vulnerados por los acontecimientos del mundo exterior. La causalidad no es un problema del mundo de los objetos. El bien jurídico, en cambio, está en un ámbito sin efectos causales, en el ámbito de lo espiritual, en una esfera a la cual no alcanzan a llegar los efectos de las acciones causales de los hombres.[9]

3.3. *Las teorías de binding y von liszt y su relación con el estado.*

Las tesis de BINDING y VON LISZT representan en el derecho penal a las dos corrientes principales que habría de seguir el positivismo. Como hemos visto, BINDING representa el positivismo normativista centrado en el exclusivo estudio acrítico de un derecho positivo amparado de legitimidad por el dogma de la racionalidad, y VON LISZT representa al positivismo naturalista en la ortodoxia positivista de la sumisión de las ciencias del espíritu a las ciencias de la naturaleza, de las consideraciones metajurídicas, de la búsqueda de las causas de la criminalidad, de la negación de la pena retributiva y de su reemplazo por una prevención general y especial científica, selectiva y especializada según la categoría de delito que se realiza en la ejecución penal.

(9) AMELUNG K. (1972 a) señala como antecedentes de la espiritualización del bien jurídico en el período neokantiano a la distinción que hace von Liszt entre éste y el objeto de la acción.

En lo que se refiere al bien jurídico, sin bien es cierto que ambos presentan grandes diferencias especialmente en lo que respecta a su origen social o normativo y a su situación o no en el mundo causal, en último término viene a coincidir en su fin último de brindar al Estado como expresión de un modelo de sociedad que buscaba su consolidación, el instrumento legitimador del **ius puniendi** que el contenido revolucionario del pensamiento iluminista no estaba en condiciones de darle. Los planteamientos de ambos juristas, según veremos, sirven para los mismos propósitos y que son los del Estado positivista alemán que había tomado sobre si la tarea de revolución industrial que la burguesía como clase social no había sido capaz de realizar.

Para BINDING, la legitimación del *"ius puniendi"* del Estado se encuentra contenida en la propia autoridad de la norma, ella se basta a sí misma y no necesita de ningún otro presupuesto que el de ser expresión de la soberanía del Estado. Por ello, señala que toda norma encierra la protección de un bien jurídico como producto de una decisión política del Estado y que su lesión constituye una infracción al derecho subjetivo de obediencia que el Estado puede exigir a sus súbditos y es, al mismo tiempo, un delito. El bien jurídico es, en consecuencia, un bien del derecho.

En cambio, VON LISZT sostiene que el derecho penal se encuentra legitimado por su fin, esto es, la protección de intereses que son la expresión de las condiciones necesarias para una vida en común. El interés que al ser objeto de protección por el derecho penal toma el nombre de bien jurídico, originariamente se encuentra en la sociedad, *"lo que crea la vida"*, dice VON LISZT. Luego, el bien jurídico no es sólo el producto de una decisión política, sino antes

que nada, un juicio de valor del Estado, un interés del Estado.

De esta forma, para VON LISZT el delito es una contravención de la norma objetiva porque ofende el interés del Estado.[10]

De lo expuesto se desprende que lo que es dañino socialmente para von LISZT está definido por la contravención de un interés de los individuos o del Estado, o bien, de las condiciones vitales del individuo o del estado-sociedad singularizadas en un interés. Para BINDING, según se ha señalado, lo socialmente dañino esta expresado por la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico cuyo mantenimiento, desde el punto de vista del legislador, es significativo para una sana vida en común.

Esto significa que el establecimiento de una norma es indicio concluyente de que la acción que ella prohibe en el caso de la tesis de BINDING necesariamente es dañina socialmente porque afecta al bien jurídico que toda norma encierra. Tratándose de la tesis de VON LISZT, de acuerdo con lo que él plantea de que hay normas que al no contener un bien jurídico sólo expresan una antijuridicidad formal, será necesario para acreditar que no hay dañosidad social, demostrar que no protege un interés, lo que es indemostrable, pues el solo ejercicio del **ius puniendi** estatal indica que hay un interés del Estado que en cuanto expresión del interés social, comprende también el interés de los particulares. Además, no hay ninguna limitación de estos intereses que protege la norma penal en cuanto a su objeto, por lo que el Estado puede otorgarles su protección discrecionalmente.

(10) VON LISZT (1888) señala que el Estado es el representante de la sociedad.

De lo expuesto anteriormente puede concluirse que la tesis del VON LISZT conduce, aunque por una vía más larga, objetivamente a la misma situación que la de BINDING en cuanto al objeto de protección del derecho penal. En efecto, en la medida que de acuerdo con sus planteamientos, siempre una norma habrá de expresar un interés del Estado en último término siempre la decisión de penalizar una conducta o no, estará sujeta a una decisión política del mismo Estado.[11]

En estas circunstancias y confrontado el contenido de ambas tesis desde la perspectiva de limitar la potestad punitiva del Estado, se puede observar que ninguna tiene capacidad siquiera para ofrecer un criterio que oriente la política criminal de ese Estado. El Estado conforme a estas tesis, se constituye en el árbitro absoluto regulador de la conducta de los individuos y en el conformador y defensor de un modelo social.

Las teorías sobre el objeto de protección penal que hacia el cambio de siglo fueron propuestas por BINDING y VON LISZT, si bien es cierto que permitieron dar un sustrato ideológico a la política penal del Estado del Segundo Imperio Alemán, de ningún modo puede señalarse que constituyeron planteamientos acabados. Tanto es así que ellas dieron lugar a diferentes posturas según si el centro de la discusión estaba en el interés, el bien jurídico, el objeto de la acción, el objeto del delito o la titularidad del objeto protegido, a las que no cabe hacer referencia teniendo en cuenta que constituye matizaciones de las posturas de BINDING y

(11) VON LISZT (1888, 130) sostiene que el Estado como representante de la generalidad es titular de intereses y bienes jurídicos. MIR (1976): *"la pretensión de v. LISZT de atribuir al bien jurídico la función de límite al legislador no pasa, por ello, de constituir un programa*

VON LISZT y la finalidad de este capítulo, que es poner de manifiesto la correspondencia de las teorías del bien jurídico con la ideología que sirve de sustrato a la política del Estado de su época.[12]

Sin embargo, las tesis penales de VON LISZT si bien es cierto que sufrieron una significativa postergación inmediata, presentaban una perspectiva mucho más rica que la de BINDING y habrían de culminar con posterioridad a la II Guerra Mundial dando lugar en el moderno derecho penal a las corrientes políticas criminales.[13]

Entre el fin de la Primera Guerra Mundial y el comienzo de la Segunda, el bien jurídico como consecuencia del relativismo neokantiano iba a experimentar un proceso de espiritualización que habría de allanar al camino hasta su desaparición con las Escuelas penales nacionalsocialista.

El bien jurídico habría de resurgir posteriormente con WELZEL, aunque mediatizado, cuando las condiciones sociales y políticas podían admitir dentro del derecho penal una categoría de carácter liberal, que de un modo u otro por lo menos condicionaba la potestad punitiva del Estado.

4. La reacción antipositivista: el movimiento neokantiano y la república de weimar

Históricamente la ideología positivista habría de suceder, con la finalidad de superar su disfuncionalidad con el grado de desarrollo a que había llegado el nuevo orden socioeconómico, a la ideología del Iluminismo. Mientras la primera

(12) Para una completa información ver AMELUNG (1972 a); SINA, (1964); POLAINO (1974)

(13) Esta corriente ha tenido especial significación en Alemania sobre todo en el Proyecto Alternativo y en el Nuevo Código Penal de 1975. Véase ROXIN CLAUS (1976 b, 37 y sgtes.)

tiene un carácter defensista, se trata de consolidar un nuevo orden económico no de cambiarlo, la ideología del Iluminismo tiene un carácter rupturista, se trataba de romper con el orden teocrático del Estado absolutista y de fundar otro sobre la base de la razón. En estas condiciones el pensamiento Iluminista que en la teoría política se traduce en el liberalismo que rechaza toda intervención del Estado en la relación social como no sea para el mantenimiento de las condiciones de libertad de mercado, iba a ser reemplazado por otro de carácter universalista que legitimaba una intervención del Estado en la relación social no sólo para el mantenimiento de esas condiciones, sino también activamente toda vez que se apreciara un peligro para el modelo socioeconómico.

El positivismo sobre la base de lo científico comprobable empíricamente y por lo tanto pretendidamente objetivo y neutral, se presenta como una teoría del saber de carácter universal con el recurso de trasladar la necesidad de los juicios de las ciencias naturales a todos los campos del saber humano, no dando lugar al relativismo ni al escepticismo. No hay otra realidad que no sean los hechos y no hay otro objeto de estudio que no sean las relaciones entre esos hechos. Se trata de averiguar exclusivamente el **cómo** de los hechos rechazándose por metafísicas y, por lo tanto no científica, toda otra pregunta en relación con dichos hechos.

Los fenómenos sociales son también observados y estudiados con los métodos científicos de las ciencias naturales y reducidos a hechos naturales sujetos a las leyes de la causalidad.

Así en el campo del derecho penal son rechazadas categorías que tienen un fundamento metafísico como la culpabilidad y la retribución, y son reemplazadas por otras deriva-

das de las observación del fenómeno criminal como la peligrosidad y el tratamiento.[14]

Ahora bien, según se ha destacado anteriormente, en la Alemania del II Imperio, con el amparo de la ideología positivista, tuvo lugar el proceso de transformación de las relaciones de producción. Se realizó el aspecto económico de la revolución burguesa bajo la conducción del Estado. La revolución social que conllevó la hegemonía de una nueva clase social, se había ya efectuado mucho tiempo antes bajo la inspiración de las ideas del Iluminismo recogidas y desarrolladas por KANT primero y posteriormente por HEGEL.

El proceso de industrialización, en cuanto expresión del nuevo orden, se iba a realizar, ya superado el Iluminismo, con el apogeo del pensamiento positivista cuando precisamente en otros paises esta ideología se había colocado no al servicio de la transformación del sistema, sino de su consolidación. Por el contrario, en Alemania el cientifismo positivista se constituyó en el instrumento de apoyo ideológico al Estado para la realización de la revolución económica, de la transformación de las relaciones de producción y para la plena incorporación de Alemania al modelo económico de la Europa occidental.

(14) En toda esta introducción hay evidentemente un reduccionismo y sólo tiene valor en cuanto pueda facilitar la comprensión y la exposición de la reacción antipositivista. Todo estudioso del derecho penal sabe que los cambios no fueron así de radicales y que en los hechos se tradujo en un modelo punitivo portador de categorías iluministas y positivistas. Incluso el modelo Liszt-Beling para la teoría del delito por el solo hecho de constituir un sistema debiera ser rechazado desde un positivismo ortodoxo. Sin embargo, nadie puede negar su impronta positivista en la medida que está construído sobre la base de una acción naturalista y consecuentemente del dogma de la causalidad.

Por eso es que realizadas estas transformaciones no es de extrañar que aparecieran como reacción a la certeza científica de las *"leyes naturales"* del pensamiento positivista una escalada que comienza con el relativismo del pensamiento de KANT reformulado en la corriente filosófica que se denominó neokantismo. La idea kantiana resurge reaccionando en contra de la postergación a que se vio sometida por el positivismo, como una expresión de la filosofía pura dispuesta a desprenderse de la descomposición a que la había sometido la *"cientificidad"*. (HORKHEIMER, 1970; MIR PUIG, 1976, 331).

Al finalizar la Primera Guerra Mundial, llegó también a su término el Segundo Imperio y con él el modelo de Estado que bajo la inspiración de BISMARCK había conducido a Alemania hasta la Europa occidental,[15] surgiendo en su reemplazo un nuevo modelo de Estado que es el que queda perfilado en la Constitución de Weimar.

Este modelo de Estado fundado en la idea de libertad, en el que se reconocen los derechos económicos y sociales de los ciudadanos, contrasta violentamente con lo que el modelo anterior de Estado entendía que debían ser sus fines, La Constitución de Weimar habría de recuperar los principios de libertad del Iluminismo y, al mismo tiempo, al constatar las desigualdades sociales que había acarreado la industrialización, de incorporar en su texto un programa económico social tendiente a nivelar esas desigualdades.[16]

---

(15) Sobre la modernización de Alemania y el papel del Estado y de la burocracia en dicha modernización y la debilidad de la burguesía en dicha tarea ver AMIRANTE (1973).

(16) Con la Constitución de Weimar se introdujo con la democracia un sistema de relativismo político que le habría de costar muy caro a Alemania. Así KELSEN (1959, 472): *"Más quien estima que el conocimiento humano no puede alcanzar verdades ni valores absolutos, no sólo ha*

En el ámbito del derecho penal, el neokantismo habría de inspirar una serie de reformas y proyectos de reforma, constituyéndose en el tronco común de la Constitución de Weimar y de las nuevas corrientes jurídico penales.[17]

Habría de ser en particular la corriente neokantiana de la Escuela Sudoccidental alemana la que se habría de expresar específicamente en el campo del derecho penal (MIR, 1976, 227; SINA, 1964, 74 y sgtes.; AMELUNG, 1972 a, 125 y sgtes).[18] Esta corriente, destacando la diversidad de **método** de las ciencias de la naturaleza y las ciencias del espíritu, colocó como fundamento de estas últimas a la filosofía de los valores pudiendo con ello dar fundamento a una reestructuración de toda la teoría del delito.[19]

En la teoría del bien jurídico el relativismo neokantiano habría de traer como consecuencia la pérdida para el concepto de todo contenido real y concreto, preparándose con ello el camino de su desaparición con las corrientes del derecho penal del nacionalsocialismo.

---

de estimar posible, cuando menos, la propia opinión sino la ajena, y aun la opuesta. Por eso, el relativismo es la concepción del mundo que presupone la idea democrática. La democracia concede igual valor a la voluntad política de cada cual, respetando por igual toda creencia, toda opinión en que aquella se manifiesta".

(17) AMELUNG (1972 a, 214): *"sería un error admitir que el cambio constitucional del año 1919 hubiera tenido alguna influencia en la formación de la nueva concepción del objeto de protección penal".* Para este autor la Constitución de Weimar no habría tenido ninguna significación directa en las ideas sobre el bien jurídico de los neokantianos.

(18)Los juristas que se sitúan en esta línea son ERICH SCWINGE, GUSTAV RADBRUCH, MAX ERNST MAYER, WILHELM SAUER y EDMUND MEZGER. Amplia información y bibliografía en POLAINO (1974).

(19) WELZEL (1975, 29 y sgtes.) califica a la filosofía de los valores como una teoría complementaria del naturalismo positivista.

No obstante, en relación con el bien jurídico y el pensamiento neokantiano, cabe observar dos direcciones que poco contribuyen en darle contenido al concepto. Se trata, por una parte de la dirección que reduce al bien jurídico a una función meramente teleológica y por la otra, la que concibe el bien jurídico como un bien de la cultura.

4.1. *La función teleológica del bien jurídico*

El punto de partida básico de esta dirección, que pone en evidencia la influencia de la metodología de la filosofía neokantiana en el derecho, es el de equiparar valor y fin. Así, esta dirección renuncia a la búsqueda de la función garantista liberal del bien jurídico y centra su atención en el rendimiento teleológico del concepto, esto es, su capacidad de erigirse en un criterio de interpretación a partir de su fin de protección o lo que es lo mismo, del valor protegido.

En el año 1919 RICHARD HONIG publica una obra referida el consentimiento del ofendido en el derecho penal, repasando la historia del concepto busca probar el fracaso de todos los intentos de determinar un concepto material de delito, fracaso que él atribuye a la incapacidad del objeto protegido de ser determinado materialmente.

Para HONIG el fin de los principios penales es la protección de los valores sociales, que son los que se constituyen en el objeto de protección del delito. Con ello deja en claro que para él, desde el punto de vista de la protección de bienes jurídicos, la ciencia penal tiene por objeto proteger aquellos valores que en la consecución de dicho objetivo se encuadren dentro de dichos límites. Por ello define el bien jurídico como *"una fórmula sintética"* en la que *"el legislador ha reconocido el fin que persigue cada una de las*

prescripciones penales" y "como una síntesis categorial con la cual el pensamiento jurídico se esfuerza en captar el sentido y el fin de las prescripciones penales particulares" (1919).

A partir de esta definición, HONIG va a consumar la definitiva espiritualización del concepto de bien jurídico cuando acentuando su carácter categorial le quita todo contenido real y concreto, señalando que *"los objetos de protección no existen como tales"* y que *"sólo son un producto de un pensamiento jurídico específico"*, quedando con ello el concepto apto para ser continente de cualquier cosa que el Estado quisiera colocar bajo protección penal (SINA, 1964, 97).

El pensamiento de HONIG se habría de constituir en una corriente seguida por un numeroso grupo de juristas que habría de continuar el proceso de abstracción hasta llegar a ser sólo una expresión de la **ratio legis"**, sólo "el principio rector de la conformación de conceptos."

Las consecuencias de este proceso de despolitización del bien jurídico iban a poder apreciarse lamentablemente pronto, cuando con el triunfo del nacional socialismo las escuelas del derecho penal autoritario se encontraron con un camino libre de obstáculos para fundamentar ideológicamente el desarrollo de una política penal al servicio exclusivo e ilimitado de los intereses del Estado nacional socialista.

4.2. *El bien jurídico como bien de la cultura*

La filosofía de los valores neokantiana habría de dar origen a otra dirección en el tratamiento del bien jurídico distinta de la teleológica a la que se ha hecho referencia. Esta corriente sin abandonar la colocación sistemática del

concepto en el núcleo de la antijuricidad, no obstante, por su excesiva abstracción, iba de hecho a hacerle perder su importancia político- criminal.

Se trata de la línea señalada por ERIK WOLF,[20] vinculado a la Escuela Sudoccidental alemana, no sólo por la adopción de su metodología, sino también por la consideración del universo de bienes sociales en plena asunción del *"Sistema de la Filosofía"* de RICKERT.

El punto de partida es también el supuesto neokantiano de que la ciencia penal es una ciencia de la cultura cuya finalidad es justamente la cultura, pero que singulariza su objeto en una determinada expresión de la cultura, la llamada cultura social, ámbito donde RICKERT sitúa a la ética. Proteger los bienes culturales sociales es tarea del derecho y cuando su protección se realiza desde el derecho penal, adquieren el carácter de bienes jurídicos.

Ahora bien, el determinar qué bienes van a ser objeto de protección jurídica importa una tarea de selección y de jerarquización; este proceso ha de hacerse bajo el principio rector de una idea que no es otra que la moral, ya que bajo allá está todo el universo de la cultura social, Luego, la medida del derecho penal, su mayor o menor extensión está en relación directa con el contenido que el Estado da a esa idea rectora, que de esta manera se transforma en una idea estatal. De ahí que el bien jurídico sea todo bien de la cultura que, provisto de protección jurídica, esté reconocido en este sentido por la idea estatal superior.

Los planteamientos de WOLF, especialmente cuando señala que los bienes jurídicos, o lo que es lo mismo los bienes de la cultura, tienen un carácter prejurídico y que sólo son

(20) Seguida también por su discípulo THOMAS WURTENBERGER y por HELMUT MITTASCH.

descubiertos por el derecho y no creados por él, no pueden dejar de recordar a von LISZT y el carácter prejurídico de los intereses protegidos por el derecho. Del mismo modo como von LISZT identificaba la lesión de un bien jurídico con la lesión de un interés, WOLF identifica dicha lesión con la de un bien de la cultura que al igual que el interés, necesita del reconocimiento jurídico por parte del Estado para transformarse en un bien jurídico. En consecuencia, tanto en el planteamiento de von LISZT como en el de WOLF, se necesita un juicio de valor del Estado, sólo que el primero se hará desde una visión *"naturalista"* de la sociedad y el segundo desde un contenido eticizante propio del neoidealismo kantiano. (AMELUNG, 1972 a, 146 y sgtes.)

En una linea de consecuencia con la filosofía de RICKERT, en orden de que toda norma protege un valor, la dirección neokantiana de WOLF parte del principio de que todo precepto penal tiene en su base necesariamente un bien jurídico. WOLF señala que los bienes jurídicos se situarían como *"eslabones"* entre el mundo de los valores ideales y la realidad. Para él, la lesión de un bien jurídico es un acontecer de la realidad, pero no de la realidad sin sentido de la naturaleza, sino de la realidad plena de sentido de la cultura. En estas condiciones, sostiene que la lesión de un bien jurídico debe ser comprendida no como un cambio del mundo empírico, sino como *"un puro resultado jurídico"*, como *"un cambio específico de la situación jurídica"*. Los resultados que se producen en la naturaleza, para WOLF, no afectan al bien jurídico en sí, sino al objeto de la acción, esto es, a su *"sustrato cultural empírico"*, el que se distingue contundentemente del bien jurídico. (Ibid).

Por su parte, MITTASCH avanza en el camino de espiritualización del concepto de bien jurídico iniciada por WOLF, llegando incluso a sustraer el bien jurídico de la

realidad cultural, de por sí harto imprecisa y abstracta, y lo concibe no como algo real, sino como algo *"inmaterial"* algo **"vigente"**, por lo que según él, sólo puede hablarse de lesión de un bien jurídico en sentido figurado.

El proceso de abstracción del bien jurídico como el de lesión, llevó al principio garantista de exclusiva protección de bienes jurídicos de ser un postulado a ser un mero enunciado sin ninguna eficacia real limitadora de la potestad punitiva del Estado. En estas condiciones, al igual que el de la dirección teleológica, difícilmente podía pasar de ser un concepto puramente formal, sin contenido puesto sin condiciones a disposición de los fines políticos criminales del Estado.

Paradojalmente, la dirección neokantiana iniciada por WOLF terminó cayendo en el más puro formalismo, lo que sin duda estaba fuera de consideración en sus planteamientos programáticos. En efecto, WOLF en apoyo a GOLDSCHMIDT formula la tesis de que el derecho penal administrativo está vinculado con los fines de bienestar entrando en contradicción con la adopción que había hecho de la premisa de M. E. MAYER de que las normas del derecho penal administrativo son *"indiferentes ético culturalmente"*.

Con el fin de salvar esta contradicción elabora dos conceptos de bien jurídico, uno para el derecho penal administrativo de carácter dogmático, según el cual constituye *"el punto de referencia formal de todo juicio de antijuricidad"* y que está al servicio de fines muy diferentes que al de la protección de bienes de la cultura prejurídicos, y uno de carácter filosófico jurídico definido como *"el bien de la cultura legitimado estatalmente que ha adquirido tal calidad por la vinculación emocional con los contenidos del principio de la justicia"* que cumple una función de delimitación entre el derecho penal administrativo y el derecho penal criminal. (Ibid).

Sin embargo, a pesar de estos esfuerzos lo cierto es que la conceptualización del bien jurídico criminal por su vaguedad e imprecisión no puede dotar de ningún contenido material al injusto con lo que en la práctica el delito se ve constreñido a una simple infracción de la norma imperativa. La lesión del bien jurídico identificada como un *"cambio de situación jurídica"* o como lo señala MITTASCH, concebida en un sentido figurado, significa en los hechos, identificar la lesión con la realización del precepto penal y al bien jurídico con la norma penal. El delito, de esta forma, no pasa de ser la lesión formal de una norma objetiva.

En estas condiciones, el concepto de bien jurídico de WOLF y sus seguidores, al igual que el teleológico de HONIG, no iban a representar ningún impedimento al Estado nacional socialista para la instrumentalización política del derecho penal.

5. La negación del bien jurídico y la irracionalidad del estado nacionalsocialista

La llegada del nacionalsocialismo al poder en Alemania, significó, desde el punto de vista político, la ruptura total con lo que quedaba del primitivo racionalismo iluminista y, por consiguiente, la negación de todos los valores liberales de la revolución burguesa y su reemplazo por la irracionalidad expresada en la exaltación de la nacionalidad y el patrimonio, la superioridad de una raza y la supuesta atribución de un destino histórico al pueblo alemán. En este contexto no podía llamar la atención que el hombre y la sociedad, en cuanto que eran el objetivo de las ciencias sociales de inspiración iluministas, pasaran a ser reemplazados por *"la comunidad de sangre del pueblo ario"*.

El nacionalsocialismo, sin embargo, sólo iba a afectar a los signos de carácter político. El aspecto esencial del modo de producción, el de producción para el mercado, no iba a cambiar en sus aspectos esenciales. Alemania iba a continuar en lo que se refiere al aspecto económico, en el contexto del capitalismo avanzado, sólo que con un diferente régimen político (MILIBAND, 1978, passim; DOBB, 1976, passim)[21]

Si para el Iluminismo el centro es el individuo, para la ideología nacionalsocialista es el pueblo, pero no entendido como la suma de los individuos que viven en comunidad, sino como un ser con identidad propia por encima de los individuos ligado por la sangre y al suelo de las generaciones pasadas, actuales y futuras. El elemento de cohesión es la fidelidad y no la iluminista persecución de intereses de la comunidad. El delito ya no podría plantearse como una lesión de intereses o a las condiciones de vida en común, sino como una traición a la fidelidad que todo individuo le debe al pueblo alemán. (SINA, 1962, 78 y sgtes.)

La diferencia entre derecho y moral habría de desaparecer desde el momento en que el nacionalsocialismo sólo habría de reconocer como única fuente del derecho al *"espí-*

(21)Una afirmación como la que se hace en el texto en el sentido de que el nacionalsocialismo sólo significaba un cambio de signo político que no afectaba al modo de producción, debe entenderse simplemente como un recurso expositivo en el contexto de un trabajo sobre el *"bien jurídico"*. Una afirmación de esta naturaleza sería inadmisible si este fuera un trabajo de ciencia política sin las debidas matizaciones y aproximaciones al tema. Piénsese, sin ir más lejos, en las condiciones en que tenían que producirse la oferta de fuerza de trabajo en el mercado en un régimen donde la huelga no sólo no estaba prohibida, sino que penalizada como una traición al pueblo alemán.

ritu del pueblo" cuya sabiduría era la única que estaba en condiciones de establecer lo que era correcto o incorrecto.

En el ámbito jurídico y concretamente en el penal, significó una crítica radical de todas las doctrinas que se supusiera que tenían una vinculación con el individualismo iluminista, lo que dio lugar a una reformulación de la teoría penal a partir de la nueva concepción de Estado, eliminando o postergando todos aquellos aspectos que pudieran significar algún límite a la acción de dicho Estado.

Por eso no es de extrañar que en estas condiciones el concepto de bien jurídico fuera objeto de duras críticas, reconociéndosele una capacidad para limitar el **ius puniendi** y con ello claramente su contenido liberal.

Durante la vigencia del nacionalsocialismo se destacaron como corrientes penales la de la dirección teleológica, manteniendo el concepto pero totalmente vacío de su contenido originario que sólo tenía con el actual el nombre,[22] y la Escuela de Kiel opuesta radicalmente al concepto porque contradecía a los más altos valores del nacionalsocialismo, a los principios del pueblo y a la raza.[23]

Es fácil apreciar de lo expuesto en los párrafos precedentes que el concepto de bien jurídico en cuanto tuviera la pretensión en constituirse en una restricción a la acción política del estado totalitario nacionalsocialista, resultaba inadmisible. Sólo podía ser aceptado en su función teleoló-

(22) SINA (1964, 78) señala que para la dirección teleológica el bien jurídico sólo servía *"a la orientación del derecho hacia el pensamiento de la comunidad y a la penetración de la jurisprudencia por el espíritu del nacionalsocialismo"*.

(23) SINA (1964, 80) Los representantes más destacados de la Escuela de Kiel fueron GEORG DAHM y FRIEDRICH SCHAFFSTEIN. La Escuela de Kiel posteriormente reconoció al concepto pero sin darle ningún contenido sustancial.

gica, ausente de todo contenido material, aunque sólo fuera como planteamiento programático.

La historia del bien jurídico en el triste y abominable período del Estado nacionalsocialista y que hemos resumido en los párrafos anteriores, a pesar de su brevedad tiene una gran importancia para demostrar el carácter ideológico del bien jurídico. En efecto, el concepto aun cuando sólo era una formulación vacía de contenido llevaba sobre sí la carga liberal de ser un límite político al Estado. En estas condiciones los juristas como intelectuales al servicio del Estado totalitario no tardaron en desacreditar el concepto y en expulsarlo lisa y llanamente del derecho penal.

6. La constitución de Bonn. El retorno del normativismo y la mediatización del bien jurídico

El período nacionalsocialista y su forma de gobierno sólo iban a acabar con la derrota de Alemania en la II Guerra Mundial. La ocupación del territorio alemán por las potencias vencedoras y las dos diversas concepciones del modelo político que claramente postulaban para la futura Alemania, dieron lugar a la República Federal Alemana y a la República Democrática Alemana como Estados independientes pero alineados cada uno de ellos en bloques diferentes y enfrentados en la imposición de sus respectivas estructuras políticas y económicas. Por un lado, la República Federal Alemana se iba a mantener dentro de un modo capitalista de producción y, por el otro, la República Democrática Alemana iba a adoptar el modelo socioeconómico que entonces impuso la Unión Soviética como potencia vencedora a los paises del Este de Europa.

Si el fin de la I Guerra Mundial dio lugar a la Constitución de Weimar, el de la II Guerra Mundial se corresponde en la República Federal Alemana con la Ley Fundamental de 1949.[24]

El régimen nacionalsocialista aunque breve desde una perspectiva histórica significó, sin embargo, una violenta ruptura con el pensamiento racionalista que había presidido el desarrollo y evolución de la política, de la ciencia, del arte y en general de toda forma de manifestación cultural. Habría de ser el contrapunto irracional que lleva larvado el orden económico y social burgués el que se habría de expresar en su forma más violenta y extrema. Habrían de ser precisamente aquellos aspectos que desde el liberalismo se habrían de incorporar al patrimonio de la humanidad, los que serían dejados de lado. La libertad y la dignidad del individuo tuvieron que ceder ante orden, disciplina y eficiencia entendido como valores absolutos. La idea universalista e integradora del hombre como un fin en sí mismo deja de ser el elemento informador de la actividad humana para ser reemplazada por la excluyente e irracional ideología del "destino histórico del pueblo alemán" y la pretendida superioridad de la raza aria. Es la negación del hombre y su total sometimiento a la arbitrariedad de un Estado que se personificaba y confundía con sus dirigentes.

Los más destacados representantes de todas las formas de expresión de las ciencias y de las artes y en general todo espíritu sensible habría de ser perseguido y los que no fue-

(24) Se ha dicho que la Constitución de Weimar era la constitución del relativismo y por ello vulnerable políticamente y que la de Bonn, en cambio, arbitraba los medios para la defensa del sistema político. *AMELUNG (1972 a, 249).*

ron eliminados físicamente, o bien tuvieron que emigrar de Alemania o someterse a un exilio interior. El breve período nacionalsocialista habría de traer a Alemania un estancamiento cultural cuyas dimensiones, sin duda considerables, resulta difícil calcular.[25]

La conciencia de esta situación puede explicar que la postguerra esté marcada por la revisión del pasado inmediato y por un resurgimiento de la ética y de la moral.

Por eso, no es de extrañar la oportunidad de la Ley Fundamental de 1949, cuando señala en un art. 20.1 que la República Federal Alemana se constituye en "un Estado federal democrático y social", esto es, lo que la doctrina constitucional ha llamado, con una expresión con origen histórico en el siglo pasado, "el estado social y democrático de derecho".

En estas condiciones resurgen en Alemania Federal las reacciones antipositivistas de signo jusnaturalista postergadas en el período de la guerra y que veían en el positivismo jurídico una legitimación formal del autoritarismo. Pero en esta ocasión estas tendencias habrán de resurgir reforzadas por la consagración constitucional del "estado social y democrático de derecho".

Estas nuevas tendencias habrán de oponer a un estado "formal" de derecho un estado "material" de derecho; al

(25) El nazismo provocó en Alemania una diáspora intelectual cuyas consecuencias resulta difícil estimar. Piénsese en la Escuela de Frankfurt, en la Bauhaus en el diseño y la arquitectura, Der Blaue Reiter en pintura. Todos estos grupos representaban los momentos creativos más brillantes del s. XX. La emigración huyendo del nazismo está también asociada a intelectuales tan significativos como Thomas y Heinrich Mann en la literatura, en Brecht y Weil en el teatro y la música, a Lubitsch y Lang en el cine por sólo citar algunos ejemplos.

Estado liberal, un estado social; al Estado de la ley, el estado del Juez *(AMIRANTE, 1973).*[26]

La reacción, como puede apreciarse se expresa tanto en lo político como en lo económico. No sólo se plantea el "estado de derecho material" como respuesta al "estado de derecho formal e injusto" del nacionalsocialismo, sino que se responde con el "estado social de derecho", al estado liberal puro ante la constatación de las desigualdades sociales que genera éste último por su incapacidad de repartir equitativamente el producto de la actividad económica.[27]

Precisamente será la crisis de legitimación de este modelo de sociedad, en la que se constatan desequilibrios económicos, sociales y culturales, mercados expandidos a nivel mundial y una división internacional del trabajo, lo que habrá de condicionar el pensamiento sociológico y la teoría política en la postguerra.[28]

---

(26) A.L. PAREJO (1982, 29) citando un trabajo de H. Heller titulado "Estado de derecho o dictadura? publicado en 1903, apunta en la nota 259: "La diferencia entre Estado de derecho y Estado social de derecho, radicaría según Heller, en que el primero atiende sólo a la vertiente formal del principio de igualdad,... mientras que para el segundo, lo decisivo ha de ser la igualdad en sentido material..."

(27) *ALTVATER (1979)*señala que el Estado en la actualidad cumple un papel de distribuidor autónomo del producto ante la incapacidad de las unidades de producción de cumplir tal tarea.

(28) Frente a los esfuerzos legitimadores del modelo social desarrollado desde la teoría de los sistemas y subsistemas desarrollada por *LUHMANN* en Legitimation durch Verfahren (1969) derivadas de las teorías funcionalistas de *PARSONS, TALCOTT* en la Estructura de la Acción Social, Madrid, (1969) y *MERTON, ROBERT K.* en Teoría y Estructuras Sociales, México (1970), desde una perspectiva crítica han denunciado la crisis de legitimación entre otros *HABERMASS, JURGEN en Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío, Buenos Aires (1973), WOLFE, ALAN* en Los Límites de la Legitimidad, México (1980), *MILIBAND, RALPH en El Estado en la Sociedad Capitalista, México (1978), O'CONNOR, JAMES* en La Crisis Fiscal del Estado,

Estas nuevas líneas de pensamiento surgidas de las nuevas formas de relaciones sociales y económicas también habrán de tener su expresión en el derecho penal.[29]

No obstante, en la inmediata postguerra habrían de retornar los planteamientos críticos que desde perspectivas filosóficas se le habían venido haciendo al positivismo. Al asalto al positivismo que ya se había iniciado en el primer tercio de siglo por las tendencias neokantianas desde una perspectiva axiológica, se habrían de sumar propuestas alternativas inspiradas en el neohegelianismo y en la fenomenología que habrían de volver reforzadas con elementos humanistas y moralizantes tomados del jusnaturalismo.

El neohegelianismo y la fenomenología a partir de la constatación efectiva de que los neokantianos sólo habían superado parcialmente al positivismo naturalista, centraron su ataque en otros puntos de la teoría del derecho penal, concretamente en el concepto de acción, señalando, con razón, que aun no se había liberado del dogma causal.

Estas corrientes críticas, que ya se habían manifestado casi sin ninguna consecuencia a partir de 1930, dirigieron también su crítica de las concepciones neokantianas del delito.

En efecto, se debe recordar que los neokantianos, tanto de la dirección teleológica de *HONIG*, como de la dirección

---

Barcelona (1981). Ver también la recopilación de artículos contenida en *SONNTAG, HEINZ RUDOLPH Y VALECILLOS, HECTOR* El Estado en el Capitalismo Contemporáneo, México (1979). Para una visión global del funcionalismo ver *GOULDNER, ALVIN* La Crisis de la Sociología Occidental, Buenos Aires (1979) y la respuesta de MARSAL JUAN F. La Crisis de la Sociología Norteamericana, Barcelona (1977).

(29) La obra más significativa e indudablemente que inspirada en el pensamiento de Luhmann es la de *Jakobs* (1983).

pura de *WOLF*, apoyados en la distinción entre objeto jurídico de protección y objeto material de protección que en su época había hecho *VON LISZT*, sustrajeron al bien jurídico del ámbito de la lesión efectiva y con ello de la ley causal del naturalismo, llevándolo hacia la esfera de los valores fuera del alcance de la acción delictual, con la consecuencia ya conocida, de haberse convertido el concepto en una expresión de la "ratio legis" y de haber llevado a identificar la lesión del bien con la realización del precepto penal y el delito con lesión de la norma objetiva.

Las expresiones en el derecho penal de estas nuevas corrientes jusfilosóficas ya no iban a concebir el delito primariamente como lesión de un bien jurídico sino que antes que nada como una acción. Esta acción ya no será una acción natural que necesariamente habrá de provocar un resultado perceptible por los sentidos, sino que será una acción querida conscientemente, una acción plena de sentido.

Este replanteamiento de la acción habría de acarrear también un cambio de contenido de los elementos del delito y también habría de acarrear consecuencias en el bien jurídico que habría de quedar mediatizado por el nuevo concepto de acción.

Habrían de ser dos las nuevas propuestas metodológicas en la teoría del delito. La de *HELLMUTH MAYER* de inspiración neohegeliana y la de *HANS WELZEL* de inspiración fenomenológica y jusnaturalista que en definitiva habría de ser la que se habría de imponer en la postguerra por su claro contenido ético y moralizante, seguramente como reacción ante las atrocidades del nazismo. (BUSTOS, 1986, 178 y sgtes.)

6.1. *Hellmuth Mayer (1967)*

Para HELLMUTH MAYER el contenido disvalorativo de la acción conforma el núcleo del injusto, destacando que el concepto de dañosidad social es insuficiente para comprender en toda su magnitud dicho disvalor. Según MAYER son dos los aspectos que le dan contenido al disvalor. Por una parte, el injusto es lesión de un orden de protección y por la otra, sobre todo, una inadmisible lesión de un orden moral realizada por una acción. Esta acción es la expresión de un querer subjetivo que se pone de manifiesto en el mundo exterior. La medida de la inadmisibilidad de la acción y con ello el peligro para el orden moral no depende, según este autor, de la dirección del querer en contra de un bien especial. El carácter delictual de una acción se determina por aquellos elementos que se denominan elementos subjetivos del injusto que expresan una modalidad de acción o una situación del autor. Este aspecto del delito, el aspecto subjetivo, según MAYER, se ha perdido de vista en la teoría penal, sobre todo por influencia del naturalismo que procuraba constreñir todos los tipos en el esquema causal de la realización de un resultado lesivo al bien jurídico. (1967, 52 y sgtes.)

Sobre esta base desarrolla la crítica a la concepción del delito como lesión de bienes jurídicos y del derecho penal como ciencia destinada a su exclusiva protección. Para MAYER esta concepción no es falsa, pero sí incompleta y debe ser insertada en un concepto más genérico que *incluya* la protección de los bienes jurídicos.

En esta dirección expresa que la función inmediata del derecho penal no es la protección de bienes, sino el mantenimiento del orden moral del pueblo, pues para su protección el derecho penal siempre llega tarde. La misión de protec-

ción del orden moral del pueblo comprende dentro de sí la protección de bienes jurídicos.

De esta manera, MAYER entiende la protección de bienes jurídicos mediatizada por la protección de un orden moral. Toda norma penal, en la medida que prohibe conductas lesivas para el orden cultural dominante, incluye la protección de bienes jurídicos.

Para MAYER también el bien está fuera del sistema jurídico. Al igual que von LISZT señala que su origen se encuentra en la vida de donde son tomados por el orden penal y elevados a la categoría de bienes jurídicos. El bien jurídico desde un punto de vista sustancial, sería para MAYER, un estado especial de la realidad vital externa concebible como pleno de valor, como objetivaciones de los valores culturales dominantes.[30]

En relación con el injusto, señala que debe distinguirse entre el objeto de protección (objeto jurídico de protección) y objeto de acción (objeto material de protección). El objeto de protección se desprende de los tipos en particular, que es exactamente el estado externo cuya lesión castiga la ley. No obstante, en este punto distingue entre el objeto de protección y *el bien jurídico motivador de la norma.* Para ilustrar esta distinción señala que, por ejemplo, en el derecho civil no se puede decir que la propiedad es más importante que el derecho del acreedor y que, sin embargo, sólo se encuentra protegido penalmente la propiedad. En este caso, el bien jurídico motivador de la norma es sobre todo el patrimonio, pero, no obstante, la elección de los objetos de protección en particular es el resultado de otras consideraciones.

(30) MAYER señala que el concepto de bien jurídico de Honig sólo tiene un valor metodológico, no sustancial, ya que no expresa en qué consiste el contenido del injusto del hecho punible.

El objeto de la acción, es el objeto del mundo exterior en que se realiza la acción punible en tanto que el tipo penal tenga como objeto la modificación de un objeto de acción.

La concepción de MAYER recupera al bien jurídico, que había sido dejado sin contenido por los neokantianos, como elemento nuclear del injusto aunque mediatizado por la protección preferente de un orden de conductas que expresan los valores culturales de una cultura dominante.

Su capacidad de rendimiento político criminal en orden a constituir un límite al *ius puniendi* estatal, no obstante, resulta relativa en la medida que no es capaz de dar un concepto de bien de carácter material que sirva de referencia al legislador para el desarrollo de un programa penal de exclusiva protección de bienes jurídicos.

No obstante, hay aspectos de la concepción de MAYER que deben ser tomados en cuenta. Desde luego, el hecho de que sitúe, al igual que VON LISZT, el origen de los bienes en la vida de donde los tomaría el legislador para transformarles en bienes jurídicos. Esto significa que para MAYER la decisión política de lo que ha de ser protegido penalmente no puede adoptarse independientemente de la base social lo que presupone la existencia de canales de comunicación entre las instancias civiles y las instancias políticas. Sin embargo, este planteamiento democrático y flexible lo complementa con la rigidez de otro que recuerda a BINDING en su estricto normativismo, cuando califica las acciones punibles como desobediencia de una prohibición penal en cuya superficie se esconde el contenido de desvalor que conforma el núcleo del injusto.

A partir de aquí, inevitablemente MAYER tiene que sostener, como lo hace, que el derecho penal está antes que nada al servicio del mantenimiento de un orden de conductas que expresan un determinado orden moral. Su desobe-

diencia, esto es, la realización de una conducta punible, es una acción disvalorativa, "Una acción especialmente escandalosa", "un ejemplo de comportamiento intolerable", que por inclusión encierra la protección de un bien jurídico.

Luego, para MAYER, de acuerdo con lo expuesto, lo determinante en el ejercicio de *ius puniendi* no es la protección de bienes de la vida como pudiera parecer a primera vista, sino la protección de un orden moral que se expresa formalmente a través de un orden jurídico con el cual se identifica.

De esta forma, difícilmente el concepto de bien jurídico de MAYER puede tener capacidad para limitar el *ius puniendi* estatal que seriamente no puede encontrar ninguna restricción en la penalización de conductas que pongan en peligro o lesionen algo tan indeterminado y sujeto a la discrecionalidad del poder como puede ser el orden moral.

Por otra parte, en lo que se refiere al concepto de bien jurídico en si mismo como estados plenos de valor del mundo exterior, de la realidad de la vida, tampoco da mucha luz sobre lo que es realmente el bien jurídico, lo que realmente se protege a través de la norma penal. Decir que es "un estado pleno de valor" y que su origen está en un bien de la vida, da una aproximación, importa el reconocimiento de realidades en cuanto que, por una parte, se encuentra en una instancia prejurídica y, por la otra, la existencia de un sujeto ético valorante, pero no nos dice quién es ese sujeto valorante, por qué y en qué condiciones valora y sobre todo, qué expresan esas valoraciones éticas.

En resumen, y esto es lo que nos interesa destacar, conforme a la teoría jurídico penal de MAYER, serían punibles todas las conductas que significaran una desobediencia a un determinado orden moral, que implicaran un desvalor ético,

ya que con ello se estarían protegiendo los bienes jurídicos que *toda* norma contiene, según este autor.[31]

Esta tesis no permite superar el formalismo jurídico y a la justificación en sí mismo del *ius puniendi* estatal. En efecto, el legislador al crear la norma prohibitiva estaría creando simultáneamente el bien jurídico. La única limitación sería la de que la conducta prohibida debe de ser un comportamiento moralmente inaceptable, valoración que, en último término, queda en manos de la voluntad política legislador sin otro condicionamiento que una constatación de su inaceptabilidad en la base social.

6.2. *Hans Welzel*

Los primeros trabajos de WELZEL fueron publicados al comenzar la década de 1930 y en su contenido se podía apreciar la intención de superar el positivismo naturalista y sociológico y de revisar críticamente los aportes de la teoría de los valores neokantiana al derecho penal.

No obstante, los planteamientos de WELZEL sólo habrían de ser objeto de discusión académica después de la II Guerra Mundial con la caída del Tercer Reich, seguramente porque sólo entonces habrían de sobrevenir condiciones sociales que fueran receptivas de sus tesis fundamentadas en consideraciones ético-sociales profundamente humanistas provenientes del jusnaturalismo.

Como muy bien ha destacado su discípulo ARMIN KAUFMANN en un entrañable trabajo escrito en su recuerdo poco después de su muerte, HANS WELZEL "por su asimilación

(31) MAYER incluso considera como objeto de protección "el estado de vigencia fáctica de una norma, como un estado constitutivo de un bien jurídico. AMELUNG (1972 a, 163).

del desarrollo del conjunto del derecho natural y por su búsqueda de puntos fuertes en el objeto de la regulación, apareció como el hombre apropiado, en un amplio aspecto, para desarrollar el consenso de un iluminismo republicano federal, en el núcleo del derecho natural". (1982, 279).

WELZEL habría de inspirarse en los fundamentos filosóficos de la fenomenología para plantear una nueva teoría del delito que definitivamente superara el dogma causal positivista. Su crítica a los neokantianos fue dura. A su juicio, ellos sólo habrían sobrepuesto al concepto causal de acción la teoría de los valores.

Del mismo modo como los neokantianos se habían concentrado en el concepto de acción para superar las insuficiencias del naturalismo, WELZEL viene a hacer lo mismo, pero reformulándolo radicalmente. En efecto, si para los naturalistas la acción era simplemente el desencadenante de un proceso causal en el mundo exterior, para WELZEL pasa a ser un proceso dotado del sentido y de la significación que a esa acción quiera darle el sujeto activo. Con ello la acción deja de ser un elemento independiente de la tipicidad formando parte de ella. El tipo, en consecuencia, no recoge, conforme al planteamiento de WELZEL, un mero proceso causal que es propio del mundo de la naturaleza, sino que recoge una actividad humana con el sentido que le ha dado a esa acción el que se encuentra personalmente vinculado a ella. De esta manera, dolo y culpa como las dos únicas formas de vinculación personal que reconoce el derecho penal al autor, habrían de desplazarse, de acuerdo con la teoría del WELZEL, de la culpabilidad al injusto.

La propuesta de WELZEL habría de significar una revolución sistemática en la teoría del delito. El injusto de objetivo pasa a ser personal. Su fundamento ya no puede ser más la violación de intereses o de bienes jurídicos,sino que pasa

a residir en la violación de los deberes de sentido o de conciencia ético social que tiene el sujeto. Luego, coherentemente, habría de sostener que en primer lugar, el derecho penal lo que debe protegerse son estos valores de conciencia, de sentido o de acto, como los denomina, ya que con su protección el derecho penal protege también los bienes jurídicos.

De esta forma, para WELZEL el derecho penal debe antes que nada cumplir con una misión de carácter ético social de asegurar "la real vigencia (observancia) de los valores de acto de la conciencia jurídica..." y también "dar forma al juicio ético social de los ciudadanos y fortalecer su conciencia de permanecer fidelidad jurídica".

Sobre la base de estos presupuestos construye su teoría penal en la que la distinción "desvalor de acto" y "desvalor de resultado" (WELZEL, 1944) resulta fundamental. WELZEL no niega la vigencia del bien jurídico en el derecho penal. Es más, señala que la "misión del derecho penal es proteger los valores elementales de la vida en comunidad", y que lo hace protegiendo los bienes vitales de la comunidad", que son los llamados bienes jurídicos. Esta protección la realiza el derecho penal, continúa WELZEL, prohibiendo en la norma y castigando en el precepto penal las acciones que están dirigidas a la lesión del bien jurídico.

Luego, de lo que se trata es de impedir a través del castigo del desvalor de acto que implica la realización de la conducta contenida en un precepto penal, que sobrevenga el desvalor de resultado que significa la lesión del bien jurídico. De esta forma, para WELZEL, la protección de bienes jurídicos se realiza mediante la punición de los desvalores de acto.

Como puede apreciarse, en WELZEL la protección de bienes jurídicos se encuentra mediatizada por la protección

que el derecho penal debe brindar "a los valores elementales de conciencia de carácter ético social", valores que "constituyen el fundamento más sólido que sustenta al Estado y a la sociedad".[32]

De esta manera, según WELZEL, al anticiparse el derecho penal a proteger los valores de acto ético-socialmente relevantes, "protege al mismo tiempo los bienes jurídicos a los que están referidos aquellos valores de acto", pero insistiendo que "sin embargo, la misión primaria del derecho penal no es la protección actual de bienes jurídicos, esto es, la protección de la persona individual, de su propiedad, etc.", ya que "cuando entre efectivamente en acción, por lo general ya es demasiado tarde". (WELZEL, 1944).

No obstante, el reconocimiento aunque mediatizado de la tesis del bien jurídico como objeto de protección del derecho penal que hace WELZEL, hay que destacar que su adhesión a esa teoría no es absoluta, esto es, no acepta sin más de que detrás se está protegiendo o debiera estar protegiéndose un bien jurídico, sin perjuicio de que sostenga que la mayoría de las normas penales amparan bienes jurídicos.[33]

---

(32) WELZEL (1944, 229) señala: "La mera protección de bienes jurídicos no constituye el contenido material de los preceptos penales, sino el mantenimiento de los valores jurídicos de conciencia: en ellos se contiene necesariamente la protección de bienes de acuerdo con su esencia como un aspecto parcial necesario.

(33) Sobre el particular véase especialmente la nota 30 de WELZEL H.: *"Studien zum System des Strafrechts" en Abhandlugen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin (1975), pág 137. También AMELUNG K. (1972) a, 79, 130, 168). La posición de WELZEL al señalar que hay normas que no protegen bienes jurídicos es homologable a la sostenida por MAYER H. en el sentido que el estado de vigencia práctica de una norma constituye en si mismo un bien jurídico.

WELZEL critica las tesis de MEZGER y MAYER sobre el objeto de protección del derecho penal que para estos autores queda reducido exclusivamente al bien jurídico,[34] y al delito como una lesión de un bien jurídico. "que no es otra cosa que el correlato del dogma causal en el ámbito de la antijuridicidad". Dicho término, "que se ha transformado en un verdadero Proteo se traga todo, y por ello, se transforma como momento singular de la dogmática en inservible". (1975 a).

La determinación del objeto de protección, según WELZEL, debe hacerse a partir de la norma y no del precepto penal. El precepto penal, al conminar con pena la realización de una determinada conducta, nos conduce hacia la respectiva norma penal que contiene el mandato o la prohibición jurídica. De este modo, de la misma forma como el precepto penal nos enseña que el objeto protegido por él es la norma que le es correlativa, dicha norma nos deberá enseñar el objeto de protección de ella, que será el objeto de protección del derecho penal. A esta conclusión debe llegarse, sostiene WELZEL, porque no tiene sentido decir que el objeto de protección es la norma jurídica de prohibición o de mandato. El precepto penal del hurto nos conduce hacia la norma "no debes hurtar" que protege la propiedad, que en este caso sería un "bien jurídico". (1975 a).

Pero, para WELZEL, el "bien jurídico" no es el objeto común y exclusivo de protección de las normas penales. Consecuentemente con su pensamiento de que la misión central del derecho penal es "asegurar la vigencia inquebrantable de ...valores de acto" y de que el delito constituye la inobservancia de dichos valores de acto, sostiene que hay

(34) En el mismo sentido GALLAS (1959)

delitos en que el bien jurídico está ausente, esto es, "meras conductas impuras desde el punto de vista ético-social". (1975 a; 1976).

Así señala que la norma moral "no debes hurtar" protege la propiedad, pero que la norma moral "no debes cometer incesto" no protege la moralidad, sino que ella en si misma es una norma moral que está protegida por una sanción penal. De esta manera, para WELZEL toda norma penal prohibe conductas inmorales, incluso la que prohibe hurtar, lo que lo ha llevado a concluir que el contenido general de desvalor de todas las normas no es la lesión de un bien jurídico, sino una conducta social no ética que esté prohibida. (1975 a).

Ahora bien, a partir del hecho del reconocimiento de que no toda norma penal protege un bien jurídico, pero que sí toda norma penal contiene la prohibición de una conducta no ética desde un punto de vista social, señala WELZEL que la gran mayoría de las normas no afecta a una conducta inmoral pura, del mismo modo que la conducta tampoco es inmoral como mera conducta, sino que lo es por influjo de un estado de carácter estatal o funcional establecido independientemente de dicha conducta. (1975 a).

Es en este sentido que para WELZEL tiene valor referirse al bien jurídico. El concepto de bien jurídico cobra especial significación dogmática en la teoría del delito, especialmente en la participación y en el error de prohibición, cuando la conducta afecta a un estado, estatal o funcional, ya que en esa medida se transforma en inmoral.

El bien jurídico para WELZEL, si bien debe ser determinado desde la norma, tiene su origen en la sociedad. Es en esta instancia prejurídica donde se conforma el bien jurídico.

Por eso es crítico con las teorías del bien jurídico neokantianas, que según señala, éste aparece no "en el ámbito real

social de la vida" sino como *"piezas de museo que cuidadosamente están en vitrinas sólo expuestas a la mirada de los observadores protegidas de influencias dañinas"*. (1975 a; 1944).

Por el contrario, para el *"la realidad social del derecho es totalmente diferente: en la realidad sólo hay bienes jurídicos cuando y en tanto estén en "función", esto es, en tanto que sean efectivos en la vida social y estén en ella recibiendo influencia. Vida, salud, libertad, propiedad, etc. no están simplemente "allí", sino que su esencia es estar-en-función, esto es, influyendo y siendo influenciados por la relación social"*. (1975 a, Nota 30).

Aun cuando se la ha reprochado a WELZEL la exclusión del bien jurídico como objeto de protección del derecho penal y su reemplazo por la protección de valores de acto y con ello *"etización"* del derecho penal, lo cierto es que gracias a él volvió a recuperar su sitio en el centro de las teorías sobre el objeto de protección y con él volvió a abrirse la discusión sobre la antijuridicidad material como fundamentadora del desvalor de resultado, dando lugar a una apertura al campo de la discusión dogmática y a una base político criminal en la teoría del delito.

Por otra parte, con su teoría el bien jurídico baja del mundo espiritual en que lo habían colocado los neokantianos y lo vuelve a colocar dentro de la relación social, lo que no significa, como sostiene erróneamente AMELUNG, que esté en el *"mundo causal"*, como objeto *"mutable causalmente"*.[35]

(35) AMELUNG (1972 a, 261) sostiene que WELZEL sería *"naturalista"* al confundir el objeto de la acción con el bien jurídico. Esto no es así. WELZEL jamás concibió el bien jurídico como objeto causalmente lesionable. Para él era un *"estado social"* lejos del mundo naturalista.

La crítica a la teoría welzeliana, que a nuestro juicio es válida, se refiere a la mediatización del bien jurídico por la protección de valores de acto y al hecho de que a pesar de definirlo como un *"estado socialmente deseable"*, lo derive de la norma sin tomar en cuenta la forma concreta en que se dan las relaciones sociales en el período histórico concreto de que se trate.

Precisamente por eso su definición no deja de ser una definición formal que no expresa lo que es el bien jurídico en un sentido material. Decir que es un *"estado social deseable"* no es una definición, sino simplemente el enunciado de un punto básico a partir del cual desarrollar una investigación, pero de ningún modo un concepto que defina los contornos de lo protegido por el derecho penal o de lo que deba ser protegido por el derecho penal a partir del cual poder desarrollar una propuesta político penal de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Según se ha dicho, WELZEL mediatiza la protección de bienes jurídicos asegurando al mantenimiento de las acciones que son valorativas socialmente con la penalización de las acciones disvalorativas. De esta forma, de acuerdo con su tesis, lo esencial en el derecho penal no es la lesión del bien jurídico, sino la acción que está destinada a producir la lesión de dicho bien jurídico o a ponerlo en peligro. La realización de la acción determinada finalmente por el autor, fundamenta para él ya la respuesta penal.

El modelo de WELZEL, como puede apreciarse incorpora a la teoría del delito una teoría de la conducta humana en la que ésta es concebida como un proceso consciente del individuo dirigido a la consecución de una determinada finalidad dando con ello fundamento a la incorporación del dolo y de la culpa al tipo. Esta propuesta metodológica

permite excluir ya en la base misma del modelo la responsabilidad objetiva, pero al mismo tiempo conlleva el peligro de dar fundamento, si es llevada a sus últimas consecuencias, a una responsabilidad subjetiva o ética absoluta. (BUSTOS, 1987).

Esta objeción, sin duda de peso, puede ser superada desde una propuesta que plantee no en primer lugar la protección de los valores de acto que él entiende como *"valores de conciencia de carácter social"*, sino la protección de bienes jurídicos como fundamento del injusto.

Precisamente es este fundamento ético del injusto el que lo lleva a sostener que hay normas que no protegen bienes jurídicos, esto es normas morales puras prohibidas y castigadas cuando son transgredidas y que desde un derecho penal de exclusiva protección de bienes jurídicos, se hubiera visto obligado a plantear su derogación.

No sólo en este aspecto se pone en evidencia el estricto normativismo de WELZEL, que por lo demás reconoce cuando señala que su formulación está más orientada hacia la obtención de un rendimiento dogmático que político criminal, sino también cuando a pesar de señalar que los bienes jurídicos tienen vigencia en cuanto están en *"función"* no profundiza en este aspecto y se limita a señalar que son deducidos de la norma. (1975 a).

No obstante, como se ha dicho, a WELZEL le corresponde el mérito de haber recuperado el concepto de bien jurídico para el derecho penal más allá de ser un elemento de *"ratio legis"* o formal de legitimación del *ius puniendi* del Estado, dando lugar con ello a que una vez superado el período de la postguerra, fuera recogida por las nuevas corrientes político-criminales que habrían de encontrar en él un referente material en el basar sus propuestas de revisión crítica y de reforma del derecho penal.

7. El estado de bienestar y el resurgimiento de la política criminal

En la postguerra inmediata bajo el amparo de la Constitución de Bonn, el derecho penal encerrado en sí mismo, habría de centrar en la norma su objeto exclusivo de estudio, con absoluta prescindencia de consideraciones políticas y sociológicas. El derecho penal sería entendido desde un estricto normativismo y de lo que se trata en el más puro formalismo, es de elaborar un sistema coherente sin fisuras ni contradicciones internas cuyo objeto es superar las insuficiencias del modelo originario positivista naturalista de delito dándole un nuevo contenido a los conceptos *"tipicidad", "antijuricidad" y "culpabilidad"* (BUSTOS, 1989 a, 129 y sgtes).

La mera observación de la historia de la teoría del delito permite comprobar que los cambios de contenido de los diferentes momentos que componen la propuesta originaria se han hecho en la perspectiva de superar el naturalismo positivista en su expresión más significativa, esto es, el dogma de la causalidad.

En efecto, el primer planteamiento sistemático alternativo completo, el del causalismo valorativo, habría de replantearse el problema de la causalidad distinguiendo dos planos en lo que se refiere al resultado. Por una parte, el del resultado material claramente separable de la acción pero reducido exclusivamente a la tipicidad de los llamados delitos de resultado y, por la otra, el resultado entendido conceptualmente como una lesión del bien jurídico protegido, que habría de estar presente en todos los delitos, tanto de resultado material como de mera actividad. Justamente habría de ser este último resultado valorado como lesión de un bien jurídico y por lo mismo un disvalor, el que se habría de proponer como fundamento del injusto.

WELZEL, creo que con razón , habría de reprochar al neokantismo su incapacidad para superar el positivismo naturalista señalando que sólo se había limitado a sobreponer al naturalismo la teoría neokantiana de los valores. Como alternativa presente un nuevo modelo en que la acción deja de ser simplemente el antecedente de un resultado y pasa a ser el fundamento disvalorativo del injusto (1971; 1976).

La propuesta de Welzel, a mi entender tampoco logró superar el problema de la causalidad en los delitos de resultado y, por lo tanto, tampoco pudo desprenderse, como era su pretensión, de la impronta positivista que desde la propuesta originaria se venía arrastrando en la teoría del delito. Para la determinación de la tipicidad en los llamados delitos de resultado aun con Welzel, debe recurrirse a teorías causales.

Este afán superador del naturalismo que se observa en la evolución de la teoría del delito, no es más que el reflejo en el campo particular del derecho penal de un fenómeno generalizado en el mundo especulativo. Era la reacción de las ciencias humanas en contra de la postergación y descalificación a que las habían sometido las ciencias de la naturaleza desde mediados del siglo XIX bajo el amparo del positivismo.[36]

(36) Como destaca E. J. HOBSBAWM (1977, II, 122 y sigtes.): *"en ningún campo del esfuerzo humano se dio esto con mayor intensidad en el avance del conocimiento, en la 'ciencia'. Los hombres cultos del período no estaban simplemente orgullosos de su ciencia, sino preparados a subordinarle todas las demás formas de actividad intelectual... El propio Hegel, considerado como uno de los 'globos deshinchados' de la filosofía alemana por su antiguo admirador francés Hippolyte Taine (1828-1893),dejó de estar de moda en su país de origen y la forma en que lo trataban los 'aburridos, engreídos y mediocres apígonos que marcaban la pauta del público culto alemán', indujeron a Marx a 'declararse' públicamente un discípulo del gran pensador"*.

Desvalor de resultado o desvalor de acto como fundamentos del injusto sólo superan parcialmente el positivismo naturalista dentro de la teoría del delito pero en absoluto superan el positivismo jurídico. La norma es exclusivamente el objeto de estudio y sólo desde la norma y en coherencia con ella como valor absoluto, se elabora el sistema, sea causalista valorativo o finalista.

Es la plena coherencia con un dogma que arranca con HEGEL: el mito de la racionalidad de la ley, que conforme al principio de legalidad será el continente de la norma, y de la racionalidad absoluta del Estado. Los juristas de la postguerra se refugian en este dogma, quizá como una explicable reacción frente al manifiesto irracionalismo del período inmediatamente anterior. No hay cuestionamientos políticos criminales a la materialidad de la ley que es observada acríticamente, salvo si se refiere a leyes del Estado nacionalsocialista, limitándose la propuesta de *lege ferenda* a mejoras de carácter técnico legislativo.

Sólo superada la inmediata postguerra resurge renovada la política criminal que plantea límites al *ius puniendi* con principios programáticos tales como la necesidad y utilidad de la pena, la dignidad de la persona y la exclusiva protección de bienes jurídicos.

En estas condiciones, bajo la idea ya generalizada y aceptada de que hoy una teoría penal no puede concebirse sin el trasfondo de una teoría social, así como ayer tampoco podía concebirse sin la filosofía, se han ido desarrollando en particular las teorías del bien jurídico. Estas teorías de carácter social con aquellas que buscan en la Ley Fundamental la base de sustentación del referente material del delito, conforman las dos grandes categorías bajo las cuales pueden englobarse la mayoría de las teorías del bien jurídico en el Estado Social y Democrático de Derecho.

7.1. *Las teorías del bien jurídico con fundamento sociológicc*

En el contexto del Estado Social y Democrático de derecho la política criminal habría de experimentar un resurgimiento y con ella la necesidad de buscar un nuevo fundamento racionalizador de la coerción penal y de su monopolización por el Estado. La búsqueda de este fundamento racional se habría de hacer en este nuevo contexto político con el auxilio, no ya de la filosofía o de la teoría política que en el pasado habían dado el arsenal teórico al derecho penal, sino con la que en la primera mitad del S. XX habría de reclamar para si el reconocimiento de ser la ciencia social por excelencia, esto es, la Sociología[37] y en particular dentro de ella las corrientes que se engloban bajo el funcionalismo y el interaccionismo.

7.1.1. El funcionalismo como sociología legitimadora del estado de bienestar

El Estado en las sociedades de mercado, ha condicionado su política penal a la racionalidad de la protección de objetos concretos que quedarían englobados bajo la categoría de *"bienes jurídicos"*. De esta forma, el concepto de bien jurídico cumpliría conjuntamente con las teorías de la pena, una función ideológica de justificación racional del derecho penal. Por eso no debe extrañar que el contenido del concepto de bien jurídico sea una expresión concreta en el ámbito particularizado del derecho penal, de un modelo ideológico de carácter más general legitimador del poder en el Estado liberal.

---

(37) HASSEMER (1975, 154): *La legitimación de las normas penales sólo puede provenir de un modelo que determine la misión del derecho penal. Esta misión no es 'ideal' ni 'eterna', sino que social. La protección de bienes jurídicos y/o la protección de la sociedad debe consecuentemente ser discutida bajo categorías cientffico sociales".*

La teoría del contrato social como la primera teoría legitimadora del poder de las sociedades de mercado, se manifiesta en el derecho penal ya con FEUERBACH en su teoría de los derechos subjetivos y también está presente en las teorías del bien jurídico desde BIRNBAUM con la fórmula de que la protección de bienes jurídicos implica la protección de *"las condiciones de convivencia social"* que, como se ha visto, aparece con machaconería a través de la historia del concepto. Sólo será la fundamentación formal, condicionada por las particularidades de la teoría política de un momento histórico, la que establecerá las diferencias entre una y otra propuesta pero que, en lo esencial, están relacionadas con la racionalización del Estado liberal o lo que es lo mismo, del poder en el Estado liberal. Dicho de otra manera, la racionalidad del derecho penal como expresión particularizada de la coerción estatal aparece en el Estado liberal indisolublemente ligada a la racionalidad del poder en su sentido global.

En este sentido, las diferentes propuestas que se engloban bajo la categoría de teorías del bien jurídico son propuestas específicas de justificación racional y material del derecho penal en el marco más amplio de la justificación racional del poder en las sociedades liberales. Por ello puede decirse que en el Estado liberal una teoría del bien jurídico y una teoría de la pena conforman una teoría del derecho penal.[38]

(38) BARATTA (1985), 247 y sgtes.). Hay una legitimación formal del derecho penal que se realiza con el principio de legalidad como materialización del dogma hegeliano de la racionalidad de la ley y que se ha mostrado suficiente sobre todo en el derecho penal político en los paises de la periferia del capitalismo y una legitimación material que cumpliría el bien juridico y que como hemos visto sus antecedentes se remontan a los aspectos más valiosos y recuperables del iluminismo.

Ahora bien, como se ha dicho hasta la primera mitad del s.XX habían sido la filosofía o la teoría política europea las grandes proveedoras de ideología para la legitimación del poder estatal y, por ende,también del derecho penal. No obstante, transcurrida la postguerra inmediata, y seguramente como consecuencia de la hegemonía de los Estados Unidos de Norteamérica como potencia militar, política y económica mundial, empieza a tomar este lugar la sociología y concretamente, dentro de esta ciencia, la corriente llamada "funcionalismo", que a pesar de tener sus raices en el positivismo, la antropología y el economismo europeo, con carta de ciudadanía norteamericana pasa a constituírse en la teoría social predominante en la sociología occidental. (MARSAL 1977, 29, 145 y 167; GOULDNER 1979, passim)

El funcionalismo, del mismo modo como en su época el positivismo, ha sido presentado como *"la"* ciencia social superior, como un modelo superestructural del orden social que con el recurso de sistematizar una serie de categorías conceptuales, de combinaciones y de clasificaciones y subclasificaciones tipológicas tan generales que pueden ser aplicados a diversos sectores sociales o a diferentes niveles de la vida social. Por ello se ha dicho que el funcionalismo sirve para legitimar cualquier modelo social industrial avanzado.[39]

(39) MARSAL (1977, 29); GOULDNER (1979, 195) dice lo siguiente refiriéndose al estructural funcionalismo de Parsons: *Es posible, claro está, clasificar a la gente de innumerables maneras; por ejemplo, en pelirrojos y no pelirrojos, y descubrir que todas las poblaciones humanas de categorización en estos términos... Observada en sus características más groseras y evidentes, la obra de Parsons es, en gran medida, una lista de combinaciones de ciertos tipos de conceptos, en particular de aquellos que expresan supuestos acerca de ámbitos particulares concernientes al*

Este esfuerzo, por construir una sociología *"única y universalmente válida"* (MARSAL, 1977, 145 y 191) llevó en sus comienzos al funcionalismo, de acorde con su concepción espontaneísta y naturalista del origen del orden social heredada del positivismo, a minimizar el papel del Estado como estabilizador del orden social. Sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial, el funcionalismo acomodándose a las circunstancias del poder se modifica rápida y radicalmente constituyéndose en una ideología *"capaz de contribuir sistemáticamente a superar tensiones, conflictos y problemas sociales"* legitimando con ello, al estado Benefactor.

La propuesta funcionalista, cuyos orígenes hay que buscarlos en DURKHEIM, ha ido incorporando a su acervo teórico desde la publicación de *"La división del trabajo social"* en el año 1893, diversos aspectos que de alguna manera le han permitido a los que tal vez sean sus más destacados representantes, T. PARSON y R. MERTON, proponen una teoría social que, en su versión más acabada, por muchos decenios ha sido considerada como la **única** teoría social. Del funcionalismo habría de hacer una versión alemana N. LUHMANN (1972; 1974; 1987) que junto con los autores citados anteriormente son los referentes para su recepción por el derecho alemán (BARATTA 1984, 5 y sgtes.; ZAFFARONI 1989, 89 y sgtes).

Para el funcionalismo la realidad social no está conformada simplemente por cosas sino por sistemas constituidos

---

hombre y la sociedad. Es decir, se dedica a proclamar lo que es presumiblemente cierto sobre toda acción social, todas las sociedades,todos los sistemas sociales, etcétera. En un sentido importante, pues, Parsons no es tanto un teórico social que haya hecho aportes concretos como el gran metafísico de la sociología contemporánea."

por la interrelación de conductas o un complejo de conductas de rol. Los aspectos sustanciales de la realidad quedan postergados por los funcionales, lo dinámico se privilegia frente a lo estático (MERTON, 1968, 92 y sgtes).

Así, partiendo de este presupuesto común, para el funcionalismo, estructural funcionalismo o teoría sistémica que son los diferentes nombres con que sucesivamente se ha ido conociendo esta teoría social desde DURKHEIM hasta LUHMANN,[40] la sociedad debe ser entendida como un sistema **total** donde cada uno de sus aspectos no puede ser comprendido si no es en referencia al sistema total. El sistema consiste en una pluralidad de actores individuales que interactuan en una determinada situación motivados por recíprocas expectativas. Lo fundamental en el sistema es la interdependencia de los diversos factores, de tal forma que no puede afirmarse que uno de ellos **determine** la producción de un fenómeno. Se trata de marcar con ello diferencias con las teorías que plantean al factor único como causa de los fenómenos sociales (PARSONS, 1976, 216 y sgtes., 247 y sgtes).

De esta forma, la concepción funcionalista de la sociedad considera al hombre, aun cuando valora la acción humana para la consecución de ciertos fines, como un ser totalmente

(40) Bajo el nombre de teoría sistémitica impropiamente se denomina a la versión funcionalista de LUHMANN, quien le da contenido al paradigma sistémico con esta teoría social. Lo cierto es que la teoría de los sistemas lo que hace es introducir el concepto de *"sistema"* como paradigma científico posibilitando integrar corrientes metodológicas y de diferente procedencia. De ahí que sea equívoco hablar sólo de teoría sistémica para referirse al funcionalismo de LUHMANN. Resulta más acertado denominarlo funcionalismo sistémico. Con su versión sistémica del funcionalismo LUHMANN quiere formular una teoría universalmente válida para el campo específico de la sociología y del derecho. (GARCIA COTARELO, 1979, 37, 89).

social, esto es como un ser hueco y vacío al que sólo la sociedad llena de sustancia. Luego los fines del hombre son fines de la sociedad, sólo que residen en él. El hombre queda así mediatizado y postergado por el sistema que pasa a ser lo fundamental.

El sistema como aspecto fundamental de esta teoría social se completa con los conceptos de función y disfunción. Serán funcionales todas las condiciones o conjunto de condiciones que contribuye a su mantenimiento o desarrollo y disfuncionales las que vayan en detrimento de su integración, eficacia, estabilidad, etc. De ahí que la perpetuación del sistema requiera de un elemento de cohesión que haga propicios los factores funcionales. El factor de cohesión sería para el funcionalismo la presencia de un código moral y un sistema de valores compartidos por los actores sociales (PARSONS, 1976, 98; LUHMANN, 1987, 318 y sgtes). Las tensiones entre la autonomía funcional y la integración se superarían con la adhesión a las normas morales. En las relaciones sociales los sujetos actuarían ajustados a expectativas mutuas que recíprocamente consideran legítimas en la medida que comparten el mismo código moral. La estabilidad del sistema global, por lo tanto, se asienta en las mutuas expectativas que genera la conformidad con un código moral compartido. Por ello es que con razón ha señalado GOULDNER *"para Talcott Parsons, el mundo social es antes que nada un mundo moral, y la realidad social, una realidad moral"* (1979, 229).

Como puede observarse, la propuesta funcionalista es válida para cualquier modelo social. Lo mismo puede aplicarse a un modelo en que la distribución del excedente se confíe a las fuerzas *"naturales"* del mercado como a un modelo en que sea el Estado el que asuma la tarea de la redistribución del ingreso. Es en esencia, una ideología

esencialmente conservadora por su predisposición *"a respetar y adaptarse a los poderes vigentes"*, y por consiguiente, a acomodarse al poder estatal, sea cual fuere su carácter ideológico y social.[41]

El funcionalismo se alinearía dentro de la categoría de las Sociologías del orden, esto es, a las vinculadas con el "statu quo", cuyo origen no hay que buscarlo en los planeamientos revolucionarios del Iluminismo, sino en la propuesta conservadora de Comte pensada para la nueva sociedad industrial. El funcionalismo es heredero del positivismo decimonónico (MARSAL, 1977, 237 y sgtes., 57 y sgtes.).

Precisamente por su carácter conservador una de las preocupaciones centrales del funcionalismo es el problema del mantenimiento del orden social. El orden es definido desde la adhesión al código moral. No se trata de una moralidad en abstracto, sino de compartir un determinado sistema moral referido al "statu quo" a partir del cual se determina lo que es contrario o conforme al orden establecido, esto es a un orden concreto. A este nivel concreto el funcionalismo deja de ser conservador en un sentido metafísico, para transformarse en una ideología **políticamente** conservadora (GOULDNER, 1979, 235).

En consecuencia, de lo que se trata es de evitar el conflicto del individuo con el grupo, de mantener el equilibrio del sistema estableciendo y reforzando los mecanismos de socialización necesarios para que los actores del proceso social actuando conforme a un determinado sistema de valores y

(41) GOULDNER (1979, 306) señala lo siguiente: *"...creo también que el funcionalismo es afín a formas **socialistas** de industrialización **en un cierto nivel de su desarrollo**. Cuando afirmo que el funcionalismo no es **intrínsecamente** procapitalista, no quiero decir, sin embargo, que no sea conservador ni radical. Sostengo, en realidad, que es precisamente su misma adaptabilidad al capitalismo y al socialismo (en ciertos niveles de su desarrollo) lo que le da un carácter esencialmente conservador."*

de normas morales se transformen en individuos útiles para el sistema.

Ahora bien, la comprensión del problema del conflicto social y de los mecanismos de socialización se facilita si se parte de la situación del individuo en el funcionalismo.

Para el funcionalismo los sistemas sociales son sistemas de conductas realizadas por personas que interactúan conforme a las pautas que marca un determinado rol. Los roles aseguran la previsibilidad de la conducta y constituyen un mecanismo de integración de las personas dentro del sistema total para la satisfacción de las necesidades de éste.

El individuo, en consecuencia, dentro de la teoría funcionalista está subordinado al sistema, es un ser totalmente social que depende en todo de la experiencia que adquiera en los sistemas sociales. (GOULDNER, 1979, 194 y 205).

De esta forma, el orden social supone en el esquema funcionalista un equilibrio en que el ego y el alter se ajusten cada uno a las expectativas del otro. Se trata que en las relaciones el ego haga lo que espera el alter y el alter lo previsto por el ego, que de estos actos conformistas se genere un ciclo de mutua conformidad (LUHMANN, 1987, 246 y sgtes.; MUÑOZ CONDE, 1985, 26 y sgtes).

Luego, como lo importante es el sistema de lo que se trata es de reforzar las situaciones de interdependencia de los actores sociales. Así se restringe el ámbito de autonomía funcional de las partes y se provoca una mayor integración. El sistema moral y de valores compartidos facilita la mutua confianza entre el ego y el alter de ver satisfechas las expectativas que consideren legítimas. La no satisfacción de la experiencia generaría el conflicto, pero no por la falta de gratificación, sino por la violación de las normas morales. El conflicto social, de esta forma, constituye una desviación en relación con un determinado código moral, un signo de

ausencia de conformidad con dicho código. La desviación, en consecuencia, implica una falla de los procesos de socialización.

Ahora bien, el funcionalismo, según se ha señalado precedentemente, constituye una teoría social con una gran capacidad de adaptación y que puede fácilmente acomodarse a diferentes modelos económicos. De hecho, como han destacado GOULDNER y MARSAL (1979, 160 y sgtes.; 1977, 200 y sgtes.), nació en la crisis económica de 1930, esto es bajo un liberalismo al que le repugnaba la intervención del Estado en los procesos sociales para convertirse más tarde, relativizando sus aspectos más rígidos, en el instrumento legitimante del Estado de Bienestar.[42]

Lo cierto es que la capacidad de adaptación de la teoría funcionalista para diferentes órdenes socioeconómicos en las sociedades industrializadas, se explica desde el hecho de que acepta estos órdenes lisa y llanamente como órdenes existentes sin entrar en consideraciones valorativas acerca de sus contenidos, lo cual no quiere decir que el funcionalismo sea una teoría neutral.

Pero, además, esta capacidad de adaptación se explica por el contenido ambivalente legitimador de las sociedades industrializadas que se observa en el funcionalismo singularizado en su aspecto moral y su aspecto utilitarista, que sin excluírse entre si, le han permitido acentuando más uno u otro aspecto según el momento, mantenerse como teoría ideológica del orden y con ello del poder vigente.

(42) GOULDNER (1979, 315 y sgtes.) Según este autor, en esta relativización de sus principios más rígidos para constituírse en la ideología del Estado de Bienes parece que no fueron ajenas las grandes ayudas económicas que el Estado norteamericano otorgó en esa época para el desarrollo de las ciencias sociales.

En efecto, desde la perspectiva moralista el Estado puede atribuir al derrumbe del sistema moral el origen de los problemas sociales y a constatarlos como defectos del sistema de socialización que han sido incapaces de condicionar a los individuos para que se conduzcan según sus normas morales. Esta constatación puede llevar al Estado a plantear nuevas políticas de educación, a modificar su política policial, a dictar nuevas normas penales y, en fin a desarrollar todas las políticas que considere necesarias para lograr la integración de los individuos en su sistema de valores. Se trata, en definitiva, de producir consenso en torno a la política del Estado que se presentará como un consenso respecto de unos determinados valores morales.

Desde la perspectiva utilitarista el Estado tratará de aliviar las tensiones sociales interviniendo en el mercado, redistribuyendo el excedente mediante políticas fiscales y sociales, planteando políticas de reeducación diferenciadas para los desviados. El utilitarismo da una solución tecnológica a los problemas confiando la solución del conflicto social a agencias de socialización en manos de tecnócratas (GOULDNER, 1979, 315 y sgtes.)

N. LUHMANN ha hecho, utilizando el paradigma sistémico, una proyección de la teoría funcionalista en el derecho. Según LUHMANN, en las sociedades actuales donde no es posible la confianza personal en el cumplimiento de las expectativas por la complejidad de las relaciones y las formas diferenciadas de derecho, éste cumple la función de institucionalizar dicha confianza reemplazando la confianza personal por la confianza institucional (1972, 64 y sgtes., 94 y sgtes.; 1987, 246).

De este modo, la recíproca confianza entre los actores sociales en el cumplimiento de las mutuas expectativas como factor de estabilización y de cohesión social es reempla-

zado en las sociedades complejas por la confianza en el derecho. De esta manera, una transgresión jurídica, para la teoría sistémica, es intolerable no sólo por la defraudación de la expectativa del otro actor social, sino porque cuestiona la confianza en el derecho como institución orientativa de la acción y estabilizadora del orden social (MUÑOZ CONDE, 1985, 21 y sgtes).

Como puede apreciarse, la teoría sistémica funcionalista lleva al positivismo jurídico hasta sus últimas consecuencias. El derecho es simplemente considerado como un dato cuya validez que no puede ser cuestionada, descansa en un formalismo que excluye el cuestionamiento de sus contenidos valorativos (BARATTA, 1984, 6), crítica que acoge MUÑOZ CONDE (1985, 26) cuando señala que *"la teoría sistémica representa una descripción, aséptica y tecnocrática, del modo de funcionamiento del sistema, pero no una valoración y mucho menos una crítica del sistema mismo"*.

Lo fundamental para LUHMANN es el sistema y la producción del consenso para su estabilidad, prescindiendo sobre la base de un pretendido *"pragmatismo"* de consideraciones de carácter axiológico. Por ello, con razón señala ZAFFARONI que *"la concepción sistémica alemana no es ingenua, puesto que se acerca mucho a la realidad operativa del poder"* (ZAFFARONI, 1989, 90 y 91).

En particular el modelo sistémico funcionalista ha influido en el derecho penal alemán principalmente en las obras de K. AMELUNG, de H. OTTO, de C. ROXIN, pero sobre todo de G. JAKOBS. En sus propuestas, como ha destacado A. BARATTA, hay que ver bajo la etiqueta de la *"teoría de la prevención-integración"* o de la *"prevención positiva"* una nueva manera de fundamentar el derecho penal que utiliza la concepción luhmanniana del derecho como *"ins-*

trumento de de estabilización social, de orientación de las acciones y de institucionalización de las expectativas" (1984, 5.)

En efecto, la huella de la perspectiva sistémica funcionalista se deja ver en términos generales en todas las teorías que se agrupan bajo la categoría *"prevención general positiva"*. En términos generales ellas plantean una relegitimación del derecho penal fundada en la pena entendida como instrumento para lograr *"la afirmación y aseguramiento de las normas"* (HASSEMER, 1984, 388), *"el mantenimiento del orden jurídico"* (ROXIN, 1981, 101 y sgtes.) u otras fórmulas semejantes en las que subyace, en forma explícita o implícita, la incuestionable validez del derecho y su necesidad como expresión institucionalizada de la confianza en el cumplimiento de las expectativas como factor determinante de la cohesión social.

Pero, sin duda ha sido JAKOBS el que con toda claridad ha adherido a la teoría funcionalista sistémica. Este autor ha constituído desde sus fundamentos y en coherencia con esta teoría social, un modelo penal total (1983, passim). Para él, con la pena se trata de asegurar la vigencia de la norma necesaria para el mantenimiento del orden social y como modelo de orientación para las relaciones sociales.[43] La función de la pena, para este autor es preventiva, se trata de proteger las condiciones para que puedan realizarse estas relaciones. Por eso, prosigue, la pena va dirigida a todos, no sólo a los delincuentes potenciales y tiene por fin la prevención general positiva. La preven-

(43) MIR PUIG (1986, 49 y sgts.) critica el planteamiento extremo de JAKOBS.

ción general positiva persigue según JAKOBS, ejercitar en las asimilación de la norma, que comprende a su vez tres efectos: ejercitar en la confianza a la norma, en la finalidad al derecho y en la aceptación de la consecuencia (1984, 9).

En lo que se refiere al concepto de bien jurídico, como tendremos ocasión de demostrarlo más adelante, como necesaria consecuencia del utilitarismo funcionalista concretado en la consecución de los fines políticos criminales del Estado y en la pena y su función preventivo integradora, es dejado de lado y puesta en duda *"su capacidad para realizar aportes significativos al desarrollo del derecho penal"*. (HASSEMER, 1989, 279).

Estamos en presencia de una nueva crisis del concepto y también con él, del mismo derecho penal que reivindicaba en su época el Iluminismo, aquél que partía reconociendo la antinomia del hombre y el poder, del ciudadano y del Estado. Por el contrario, el derecho penal de inspiración funcionalista sistémica privilegia los fines políticos criminales del Estado por sobre los aspectos garantistas que ofrece el normativismo de un derecho penal clásico. En este contexto ideológico, en la norma ya no podrá encontrarse la barrera infranqueable que veía en ella VON LISZT para la política criminal. (HASSEMER, 1989, 276).

El normativismo de inspiración funcionalista sistémica es un normativismo diferente al de BINDING. Para este autor, si bien la norma era expresión del derecho a mandar del Estado y de exigir obediencia al súbdito en el contexto político del II Imperio (supra 3.1.), al mismo tiempo eran expresión de garantía en la medida que eran concreción de lo prohibido. En cambio en el modelo sistémico funcionalista, el hombre deja de ser el eje del sistema penal que queda

subordinado al sistema y sometido a un derecho penal sin límites político criminales. (HASSEMER, 1989, 276).[44]

Por ello con razón sostiene ZAFFARONI (1989, 91) que el discurso jurídico-penal tributario de la sociología sistémico se aleja del hombre —que queda reducido a un *sub-sistema*"— y se pierden todos los límites a las garantías consideradas tradicionalmente como *"liberales"*, tales como el bien jurídico, los requerimientos objetivos, etc. abriéndose la posibilidad de imponer penas a acciones meramente inmorales que no lesionan ningún bien jurídico ajeno, a otorgar relevancia y primacía a los datos subjetivos de ánimo y a sostener un criterio de pena meramente utilitario o instrumental para el *"sistema"*.

7.1.2. El interaccionismo simbólico como alternativa sociológica al funcionalismo

Si bien la sociología funcionalista ha sido y continúa siendo dentro de las sociologías del orden la hegemónica, las críticas centradas en su carácter abstracto y academicista, en su incapacidad para dar cuenta del cambio social y su pretendida neutralidad valorativa, así como la reestructuración de las relaciones sociales dentro del orden capitalista con el fortalecimiento de la clase media y los conflictos raciales y generacionales de la década 1960-1970, crearon las condiciones para el surgimiento de una alternativa sociológica no radical, pero que sin embargo expresaba e interpretaba estas nuevas condiciones. (BUSTOS, 1983, 39).

(44) HASSEMER (1989, 275) refiriéndose a las incorporaciones de corte funcionalista en el derecho penal alude a la BGH, contenida en NJW (1987, 2525) que posibilitó *"valorar en el proceso penal en caso de necesidad el conocimiento obtenido ilegítimamente o por medio de engaño.*

Para el interaccionismo individuo y sociedad constituyen unidades inseparables en mutua interrelación. Por lo tanto, los seres humanos son considerados como activos frente al medio ambiente y a éste moldeable por el individuo y viceversa. Lo importante, en consecuencia, son los procesos de comunicación y su concreción en el intercambio de significados mediante el lenguaje y otros medios de comunicación simbólicos.

Como consecuencia del proceso de interacción el individuo internaliza los símbolos transmitidos así como su significación. Este intercambio de significados y de signos a través del lenguaje produce el acondicionamiento constante de los individuos que en tanto que sujetos reflexivos internalizan la reacción ante dichos símbolos. (BUSTOS, 1983, 41; BERGALLI, 1980, 216).

Esta corriente sociológica que se reconoce como una dirección de la psicología social y de la sociolingüística, ha dado lugar conjuntamente con la etnometodología inspirada en la sociología fenomenológica, a una teoría criminológica conocida como *"labelling approach"*, (BARATTA, 1982, 85).

El *"labelling approach"* se inscribe dentro de las corrientes criminológicas, llamadas de la reacción social, que en el centro de sus investigaciones no coloca la búsqueda de las causas del comportamiento criminal, sino la respuesta social que produce el comportamiento desviado y concretamente, en las formas concretas que asume el control de dichos comportamientos. Como se ha señalado, con las teorías de la reacción social en criminología se ha pasado del paradigma etiólogico al paradigma del control. (BERGALLI, 1983, 146-147).

El problema que dice relación con la naturaleza del sujeto y del objeto en la definición del comportamiento desviado,

ha dado lugar a dos líneas de investigación en el labelling approach. Una estudia lo que se ha llamado la *"desviación secundaria"*, o sea el proceso de formación de la identidad desviada por el efecto de la aplicación de la etiqueta de *"criminal,"* de *"enfermo mental"*, de *"homosexual"* o cualquiera otra que desde el punto de vista social tenga el carácter de un estigma. La otra línea de investigación se centra en el problema de la constitución de la desviación y de su definición en tanto que cualidad atribuída a un comportamiento y a un individuo en el curso de la interacción. Esta línea conduce al estudio de los que tienen el poder de definición de la desviación dentro de la relación social y de la distribución de dicho poder. (BARATTA, 1982, 87).

Como ha sido suficientemente destacado, la distinción efectuada por EDWIN M. LEMERT entre desviación primaria y secundaria resulta fundamental para una teoría de la desviación basada en la reacción social. LEMERT se sirve de esta distinción para demostrar como la reacción social, esto es el encierro en un establecimiento carcelario o en el manicomio por ejemplo, frente a un primer comportamiento desviado produce en el individuo estigmatizado un cambio en su identidad social, a asumir y permanecer en el rol en el que ha sido introducido como consecuencia de la estigmatización. La desviación primaria se refiere a un contexto de factores sociales, culturales y psicológicos que no afectan a la estructura psíquica del individuo. Por contraste, las desviaciones sucesivas a la reacción social que ha producido la primera conducta desviada, están determinadas por los efectos psicológicos que la aludida reacción produjo en el individuo. Dicho de otra forma, la interacción simbólica entre una primera conducta desviada y la respuesta social frente a dicha conducta, determina en el individuo otros comportamientos desviados y la aceptación del *status* de desviado.

Estos comportamientos así como la interiorización del rol de desviado estén ligados simbólicamente a las consecuencias efectivas de la reacción social que a su vez vincularán a los futuros comportamientos desviados. (BARATTA, 1982, 88; BERGALLI, 1983, 150).

La definitiva configuración del *"labelling-approach"* como expresión criminológica interaccionista se viene a producir con HOWARD S. BECKER. Este autor analizando la carrera de los fumadores de marihuana en EE.UU., ha podido comprobar que la aplicación de sanciones produce un cambio en la identidad social de los infractores y que la condición de desviado es la que se predica respecto de los infractores de las normas sociales por quiénes tienen el *poder* de dictarlas. De esta manera, para BECKER la condición de desviado no es más que la adjudicación de una *'etiqueta"* por el poder un contexto histórico concreto, que se realiza por la creación y la aplicación de la norma. (BARATTA, 1982, 87-88; BERGALLI, 1983, 151).

Tanto el interaccionismo simbólico como su perspectiva criminológica, el *"labelling-approach"*, de los paises anglosajones pasó a la República Federal Alemana donde ha continuado su desarrollo y ha servido de fundamento, en lo que para este trabajo tiene interés, a teorías del bien jurídico.[45]

7.1.3. Las teorías funcionalistas del bien jurídico

1. La teoría sistémica ha inspirado, como se ha venido señalando, a diversos autores en el derecho penal. En particular KNUT AMELUNG (1972 a), ha formulado desde una

(45) Sobre el interaccionismo simbólico y el *"labelling-approach"* en Alemania pueden verse: BARATTA (1982, 99 y sgtes.); BERGALLI (1980, 245 y sgtes); SACK (1968); el mismo (1985, 234 y sgtes.)

perspectiva funcionalista una teoría sobre el bien jurídico y la dañosidad social.

Para AMELUNG el contenido del bien jurídico está condicionado por lo que es "*socialmente dañoso*", señalando que entran dentro de tal categoría "*los acontecimientos disfuncionales, los fenómenos sociales que impiden o dificultan al sistema social la superación de los problemas que obstaculizan su progreso*". Así "*el delito es sólo un caso especial de fenómeno disfuncional*" (1972 a, 361) a un sistema de acciones e interacciones "*que se mantiene por sí mismo, que sobrevive al período de vida de un individuo y que se completa por la reproducción biológica y donde se asume la socialización de las eventuales nuevas generaciones*". Lo importante en este contexto es la supervivencia del sistema social que depende de que se logren superar los problemas de adaptación del mundo circundante y, por último, por el hecho de que toda acción sirva a un fin. El sistema de interacciones, prosigue AMELUNG, debe asegurar la consecución de dicho fin, superando los problemas que obstaculicen la obtención de la meta propuesta y tomando en cuenta los problemas de descarga de las tensiones de los individuos que genera el propio sistema (1972 a. 354).

En esta línea de pensamiento lo que es dañino socialmente queda determinado por la disfuncionalidad social de la acción. Su disfuncionalidad se pone de manifiesto por "*su contradicción con una norma institucionalizada para resolver el problema de la supervivencia de la sociedad.*" (1972 a, 358).

La teoría de la dañosidad social en el derecho penal tiene 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. (1972 a, 388-395).

De esta manera, AMELUNG conciliando el principio liberal de la protección de la persona con el mantenimiento del sistema, llega a decir que "la lesión de una persona es dañina socialmente, pues ningún sistema de interacciones puede existir sin personas." (1972 a, 388).

En consecuencia, de acuerdo con AMELUNG, es en relación al sistema y no del individuo que debe establecerse la dañosidad social de una conducta. Significa, en este sentido, un retroceso frente al liberalismo que planteaba la emancipación del hombre frente al monarca, su transformación de súbdito en ciudadano. El hombre queda sometido al sistema y su protección mediatizada por la protección del sistema. Ante las restricciones que las Leyes Fundamentales imponen a la protección del sistema cuando privilegian los derechos individuales, señala AMELUNG que son simplemente *"costos"* a soportar (1972 a, 390).

AMELUNG pone esta teoría de la dañosidad social en relación con la teoría del bien jurídico. El concepto de bien jurídico de este autor no difiere fundamentalmente del propuesto por las teorías contractualistas, sólo que lo reformula desde una perspectiva sistémica: Bien jurídico son las condiciones de existencia de la vida social. Según él, el bien jurídico en cuanto concepto no hace más que individualizar el objeto dañado por el delito. Hay un sujeto valorante que es el que designa el objeto al determinar un hecho socialmente dañoso. Este sujeto valorante es el legislador que asume *"el riesgo de tener que designar como bien jurídico cualquier objeto respecto del cual no exista ninguna duda de que, según su arbitrio, sea apreciado como pleno de valor y merecedor de protección."* (1972 a, 394).

En relación con la legitimidad de las normas portadoras de los bienes jurídicos, señala este autor que ésta queda condicionada a dos premisas que se concluyen del *"sistema jurídico"*:

que contribuyan al mantenimiento del sistema social republicano federal y que la estructura de este sistema social quede legitimada por el derecho constitucional. (1972, 363)

En otras palabras, la legitimación de las normas penales que contribuyen al mantenimiento del sistema se hace depender de la Constitución y a su vez, con la Constitución debe legitimarse la *"estructura"* del *"sistema social republicano federal"* de la que se deriva la legitimidad de la norma penal. Como llama la atención HASSEMER (1975, 161), esta cadena de legitimaciones está en contradicción con la teoría funcionalista en la que se apoya AMELUNG, ya que está haciendo depender la legitimidad *del "sistema" del derecho constitucional, esto es, de "un subsistema"*

En síntesis, como puede apreciarse, la teoría funcionalista del bien jurídico de AMELUNG no permite el desarrollo del principio garantista de carácter liberal que se contiene en un programa de derecho penal de *"exclusiva protección de bienes jurídicos"*, ya que el contenido del concepto se hace derivar de las condiciones de mantenimiento de una determinada estructura social que mediatiza y encubre las necesidades reales de los individuos en dicha estructura. El bien jurídico en este contexto carece realmente de importancia y como referente material para limitar el *ius puniendi* estatal ofrece muy pocas posibilidades.

2. Por eso, desde una perspectiva sistémica, es mucho más coherente la postura de JAKOBS, que no plantea la legitimación material del derecho penal desde el bien jurídico, sino lisa y llanamente de la vigencia de la norma.

Según este autor, la contribución que hace el derecho penal para el mantenimiento de la estructura social y estatal se realiza en la garantía de la vigencia de las normas ya que de esta manera contribuye a la cohesión social asegurando la no defraudación de las expectativas. Luego, de

acuerdo con JAKOBS, el bien defendido por el derecho penal es *"la resistencia a la defraudación de las expectativas."* (1983, 27).

El planteamiento de JAKOBS se desarrolla dentro del más estricto normativismo. En efecto, después de señalar que sin el recurso de la teoría del bien jurídico se pueden reconocer los bienes en lo que el autor lesiona (1983, 28) con la simple observación de los preceptos penales particulares, lleva a extremos la subjetivización del injusto al señalar que lo que determina la lesión del bien del derecho penal es el sentido que el autor dio a la acción y que la califica como dolosa o imprudente. Este sentido va dirigido a lo que específicamente debe ser protegido por el derecho penal, esto es, la vigencia de la norma (1983, 29). Así, señala, *"no es la causación de una muerte lesión de un bien jurídico penal, sino el sentido que hay en la muerte evitable"*, ya que es ese sentido el que cuestiona la vigencia de la norma.

Para JAKOBS sólo este punto de vista *"eleva al bien jurídico penal al nivel en que tiene lugar la interacción social que da material al derecho penal: el nivel de la significación de conductas (delictuales) como negación de la significación de las normas y del reforzamiento del mantenimiento de la significacion de la norma por la reacción punitiva. Bien jurídico penal en el ámbito de los delitos en contra del patrimonio, con esta solución, no es la cosa ajena ni la relación del propietario con su cosa como unidad funcional para acciones destinadas a la satisfacción de necesidades o la obtención de beneficios, sino la vigencia del contenido de la norma"*. (1983, 29). Como el propio JAKOBS señala más adelante, este planteamiento surge superando a aquél que entiende al *"bien jurídico como objeto de protección de una norma"* proponiendo en su reemplazo la vigencia de la norma misma como el bien del derecho penal.(1983, 30).

Desde la perspectiva que apunta JAKOBS de que el bien del derecho penal es el carácter obligatorio de la norma, necesariamente tiene que concluir, como lo hace, que los aportes de la teoría del bien jurídico son muy pocos, ya que no necesariamente una norma está vinculada a la protección de un bien jurídico (1983, 33). Por ello estima que en todo caso, la determinación de una conducta como delictual necesita el auxilio del concepto de *"dañosidad social"* cuyas fronteras, señala, *"sin embargo son siempre determinables en forma muy poco precisa."* (1983, 38).

Así, termina JAKOBS, las normas, cuya obligatoriedad incuestionable es el bien del derecho penal que pasan el filtro de la *"dañosidad social"*, son *"normas que en parte son protectoras de bienes jurídicos, normas que en parte están para el establecimiento de bienes jurídicos (delitos especiales y delitos de propia mano) y normas que en parte están para la protección de la paz."* (1983, 37, 38).

7.1.4. Otras teorías del bien jurídico de carácter sociológico

Paralelamente a los planteamientos de AMELUNG y JAKOBS de corte estrictamente funcionalista, habrían de aparecer en la doctrina alemana otras propuestas que habrían de tomar tanto elementos del estructural funcionalismo como del interaccionismo simbólico. (HASSEMER, 1973; CALLIESS, 1974).

1. HASSEMER hace una clasificación de las teorías del bien jurídico conocidas, según si cumplen una función crítica o una función simplemente sistemática. Las primeras, según HASSEMER, sitúan el bien jurídico más allá del derecho penal y son, por lo tanto, trascendental al sistema penal. Las segundas reducen al bien jurídico a una creación

del legislador y son, por lo mismo, inmanentes al sistema penal. En la perspectiva de construir una teoría del delito a partir del bien jurídico, sólo tienen valor para este autor las primeras. No obstante, según HASSEMER, ninguna de las teorías del bien jurídico trascendentes al sistema propuestas hasta ahora, ha podido, por su formalismo derivado del hecho de haberse limitado exclusivamente a categorías jurídico-normativas, dar un concepto material de bien jurídico capaz de expresar no sólo qué es lo que lesiona una acción delictual, sino también de responder a la cuestión de por qué una determinada sociedad en su ordenamiento jurídico penal criminaliza exactamente esas acciones lesivas y no otras. En suma, se trata de desarrollar una teoría de la criminalización como presupuesto de una teoría del delito como teoría de la criminalidad (HASSEMER, 1973, 10, 19, 28).

A su juicio, esta laguna se debe a que hasta la fecha las teorías del bien jurídico han limitado el campo de sus reflexiones exclusivamente dentro de las categorías jurídico normativas descuidando la relación con la realidad. La relación con la realidad cobra importancia para HASSEMER, sobre todo en la respuesta a la pregunta de si una ley penal se legitima por la protección de bienes jurídicos (15, 16).

En esta línea dirige su mirada a la sociología reprochándole en general a las teorías sociológicas de que si bien es cierto que procuran dar una respuesta a la cuestión de cómo los hombres se transforman en criminales, no hay una respuesta a la pregunta sobre cómo una determinada conducta se transforma en criminal (130 y sgtes.).

Después de examinar las propuestas funcionalistas, —la teoría de la anomia de PARSONS, los aportes de MERTON y de otros autores de esta corriente—, se inclina por el *"labelling-approach"*, echando a faltar en esta teoría una

explicación de las condiciones en que se realiza el proceso de estigmatización (143 y sgtes.).

HASSEMER estima que la resolución de este problema depende de la valoración que la sociedad da a los objetos que por la conducta a incriminar pueden quedar lesionados o expuestos a un peligro. Según él, esta valoración depende de tres factores: a) de cuan amenudo se realizan estas conductas; b) de la intensidad de la demanda del objeto en cuestión; y c) de la medida de la amenaza. La efectividad de estos factores no es exclusivamente objetiva, señala HASSEMER, sino que también otros como la incidencia en la conciencia cultural de la sociedad y su ilustración normativa y también aquellos que aporta la psicología étnica y sobre todo, la psicología profunda de FREUD, cuyas investigaciones sobre el tabú pueden servir de base para la explicación de la *"inteligencia socio-normativa"*. (160-191)

HASSEMER al entender que el bien jurídico no es un fenómeno puramente normativo, hace derivar de él las líneas directrices para una política criminal racional. Para él, el derecho penal es un recurso formalizado especial destinado al tratamiento de conflictos sociales. Su formalización posibilita una reflexiva respuesta frente al delito y también una reflexión sobre la forma adecuada de protección de bienes jurídicos. Esta reflexión lleva a considerar, en el cumplimiento de la misión de protección de bienes jurídicos, a los delitos de peligro y al derecho penal accesorio donde se produce una efectiva anticipación a la lesión del bien jurídico. Esta anticipación, que, en definitiva, será una ampliación del ámbito de protección del bien, dependerá en particular de cuál se trate. Su reflexión lo lleva a centrar el problema en la búsqueda de un principio prepositivo que jerarquizando los bienes jurídicos, marque pautas a la política criminal. La búsqueda de este principio a través de la

historia, pone de manifiesto que no ha habido uno específico que haya atravesado todos los estadios históricos, lo que no significa que la decisión incriminadora vaya a quedar en manos del legislador. Para HASSEMER estas decisiones están vinculadas a un contexto histórico cultural concreto, por lo que hay que concluir que la comprensión del valor de un bien jurídico no tiene un fundamento racional. (193 y sgtes.)

De esta manera, HASSEMER coloca el concepto de bien jurídico en el contexto histórico cultural en que se hace la valoración, circunstancia que no puede ser ignorada por la política criminal. Con ello diferencía su teoría del bien jurídico de las anteriores teorías críticas al sistema penal. En efecto, al tomar en cuenta el contexto socio cultural concreto en que se realiza la incriminación de una conducta lesiva, entra a considerar las condiciones reales de este proceso (244 y sgts.)

Con posterioridad HASSEMER ha salido al paso de los ataques que a la teoría del bien jurídico se han hecho desde una perspectiva funcionalista, admitiendo la necesidad de corregir algunas de las posiciones que sostuviera anteriormente o bien de replantearselas en el contexto criminalizante actual que se observa dentro del derecho penal. (HASSEMER, 1989, 277).

Desde luego HASSEMER, dentro de la más pura tradición liberal, rechaza la pura protección del sistema sin consideración de los individuos que lo integran, planteando la necesidad de que el concepto se coloque *"en el campo de tensión entre individuo, sociedad y Estado"* recordando que *"son intereses humanos que requieren protección penal."* (HASSEMER, 1989, 282).

Frente a la incapacidad de una teoría del bien jurídico para oponer, en el contexto de un derecho penal dominado

por el funcionalismo sistémico, una barrera a los intereses de la política criminal, HASSEMER recuerda que la teoría del bien jurídico en sí misma no tiene capacidad para responder a la cuestión del merecimiento de la pena. El bien jurídico aparece como condición necesaria pero no suficiente para criminalizar una conducta. Piensa que al bien jurídico como elemento fundante del merecimiento de pena debe oponerse las limitaciones de la punibilidad que se engloban bajo el concepto de *"formalización de la administración de justicia"*,tales como la subsidariedad del derecho penal, la dañosidad social, la protección de la dignidad del hombre etc., con lo que se lograría recatar en el contexto actual la capacidad limitadora del **ius puniendi** del bien jurídico. (HASSEMER, 1989, 278).

Pero, como recuerda HASSEMER, es en las nuevas formas de criminalidad que surgen con las cada vez mayores posibilidades de acción, donde se pone en duda la capacidad del bien jurídico para hacer aportes significativos al derecho penal. Se trataría de los llamados delitos de víctimas difusas como los relacionados con la economía, el medio ambiente, el abuso de drogas, la informática etc. donde el bien jurídico aparece más diluído. El derecho penal no entra a proteger derechos personales concretos, sino *funciones"* dando lugar a tipos excesivamente amplios (279 y 280).

En este punto HASSEMER se pronuncia por la protección de estos bienes jurídicos universales sin renunciar a la tradición personal de la teoría del bien jurídico y recogiendo un concepto de MARX (1972, 79) plantea que *"esta tradición consiste en funcionalizar los intereses generales y del Estado a partir del individuo: los bienes jurídicos universales tienen fundamento sólo en la medida en que se corresponden con los intereses —conciliados— del individuo"*. (281). Lo fundamental, en consecuencia, para rescatar el

concepto de bien jurídico en el derecho penal actual de protección de intereses difusos, está en personalizar los bienes jurídicos. Las instituciones sólo podrían ser protegidas penalmente, en la medida que su protección sea condición para la protección del individuo. La condición irrenunciable de la protección penal es que *"brinden la posibilidad de servir a los intereses del hombre"*. (282)

Sin embargo, HASSEMER, cree que *"en este momento una teoría de esta naturaleza no se ve favorecida por la coyuntura"*. (285).

2. Por su parte CALLIESS (1974) plantea una teoría del bien jurídico en el contexto de un planteamiento global sobre el derecho penal en el estado social y democrático de derecho. En el desarrollo de este trabajo este autor aborda y reformula con el apoyo de conceptos de las teorías sociales los principios fundamentales y el contenido de las diferentes categorías de la teoría de la pena y del delito procurando su coherencia con la Constitución del Estado.

Como él mismo lo señala, procura desarrollar una teoría del derecho penal como *"una teoría del derecho positivo"* en que el derecho es entendido como una estructura dialogante (1974, 11, 87). En la realización de este programa vincula principios del interaccionismo y de la teoría sistémica intentando conseguir una teoría crítica del derecho penal y una comprensión de las sanciones penales que se corresponda con los fines del estado social y democrático de derecho.

Así, para CALLIES, *"las sanciones penales en este contexto no tienen primeramente la función de privación sino la de establecer las oportunidades de participación. No tienen una función de negación sino la de establecer la libertad en los sistemas sociales"*. (1974, 64).

Al enfrentarse al problema del bien jurídico, CALLIESS subraya su importancia y después de criticar las teorías vigentes plantea la suya señalando que *"el derecho penal penaliza modalidades de conducta que cuestionan las técnicas de comunicación que son estratégicamente fundamentales para un sistema de interacciones"*. Por ello señala que la protección de bienes jurídicos significa la protección de las posibilidades de participación en la sociedad. (1974, 122 y sgtes.).

De esta forma, conforme a lo expuesto, el bien jurídico, dentro de una estructura social que según CALLIESS posibilita y asegura la participación, pasa a ser posibilidad de participación y el comportamiento antijurídico será el que lesiona o impide dicha oportunidad de participación del individuo dentro de la estructura social.

Como puede apreciarse la propuesta de CALLIESS parte de una concepción normativa de la sociedad, la del Estado Social y Democrático de derecho expresado en la Ley Fundamental,cuyo contenido explica en cuanto a su estructura global en coherencia con la teoría sistémica y en cuanto a sus aspectos microsociales en coherencia con el interaccionismo.

El planteamiento de CALLIESS tiene el indudable mérito de asociar al bien jurídico con una sociedad democrática que pasaría a ser presupuesto de un derecho penal democrático. Este no sería otro que un derecho penal programado para la exclusiva protección de bienes jurídicos. Pero en este punto CALLIES también entra en una superposición de planos. Las posibilidades de participación y la remoción de los obstáculos que impiden dicha participación son aspectos que junto con otros de carácter esencial, configuran una sociedad democrática. Por lo tanto, están en la base misma de la sociedad democrática.

De este modo, siguiendo esta línea de pensamiento, el bien jurídico no puede ser posibilidad de participación dentro de la relación social como lo entiende CALLIESS, sino que es un aspecto más, particularizado de las posibilidades de participación dentro de la propia relación social democrática. Otra cosa es que el bien jurídico, o mejor que un derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos, esté al servicio del estado democrático como instrumento para la participación de los individuos dentro de la relación social, pero lo que no es, es la participación o la posibilidad de participación. Así, es indudable que un ataque en contra de la vida constituye un obstáculo que impide la participación y por lo tanto, intolerable en una sociedad democrática. Pero de ahí a señalar que la vida se encuentra protegida por el derecho penal porque es un bien jurídico y,por lo tanto, posibilidad de participación, es sólo una respuesta desde una perspectiva interaccionista del porqué de la protección de la vida pero no una respuesta a la pregunta de lo que es un bien jurídico desde el punto de vista material.

7.2. *Teorías que dan fundamento constitucional al bien jurídico*

1. SAX (1972) habría de poner en relación el derecho penal con el ordenamiento constitucional sosteniendo que hay que distinguir dos planos que no se superponen por estar en diferentes niveles de eficacia: el de un *"orden de valores constitucional"* y el de un *"orden de valores penal"*. El orden constitucional está referido al marco de la actividad del Estado en tanto que el derecho penal sólo protege aspectos parciales que sólo coinciden en lo nuclear con los valores constitucionales como la vida, la libertad, la propiedad. Sin embargo, según SAX, hay

otros valores que no están expresamente estructurados como tales en la Constitución. Tales serían los valores que se protegen en los delitos en contra del Estado, de la Administración de Justicia, de la moral. La Constitución en estos casos simplemente orientaría el ejercicio del *"ius puniendi"* de acuerdo con su orden de valores, hacia la concreción de esas conductas antijurídicas en tipos penales. Según SAX, la propia Constitución en su artículo 1. III sanciona la relación entre ambos órdenes valorativos al someter a las decisiones valorativas de la Ley Fundamental *"toda actividad estatal, en especial las relacionadas con reacciones coercitivas y con ello, por supuesto, también el derecho penal"* (1972, 911).

2. Dentro de esta corriente constitucional en lo que se refiere al bien jurídico, pero en el contexto de un derecho penal en que se aprecian influencias del funcionalismo podría alinearse a ROXIN (1976 a, 1976 b). Este autor desde la Constitución y concretamente en la idea de *"estado de derecho"*, trata de fundamentar el carácter prepositivo de los bienes jurídicos. Según ROXIN, en la medida que la Ley Fundamental en su artículo 20 II. 1. establece que todo poder estatal emana del pueblo, no podría ponerse en duda que la actividad estatal no puede tener otro fin que el de asegurar las condiciones de vida en común de todos los ciudadanos, lo que realiza conminando con pena, bajo determinadas condiciones, la violación de bienes jurídicos. Por ello concibe los bienes jurídicos como aquellas *"condiciones valiosas en que se concretan los presupuestos de la vida en común"* en función de garantizar el orden pacífico. Así, señala ROXIN, el Estado como garante de las condiciones de vida social, debe proteger los bienes jurídicos fundamentales como la vida, la integridad física, la libertad, el patrimonio etc... Pero, agrega, que además de esta contribución

conservadora de bienes jurídicos preexistentes, debe cumplir otra función, que es la de lograr los objetivos de promoción y ayuda social que se plantea el Estado social y democrático de derecho perfilado en la Constitución de Bonn.

3. En esta misma línea y también con influencias del funcionalismo puede inscribirse a RUDOLPHI (1970). Este autor parte de la concepción de un *"estado de derecho constitucional"*, en que tan importante son las garantías formales como *"la vinculación jurídica del poder estatal a la idea de justicia material"*, por lo que a su juicio la actividad estatal no sólo debe sujetarse al principio de legalidad, sino que debe concretarse *"en el esfuerzo por una estructuración justa e igualitaria de las relaciones humanas"*.

De esta forma, para RUDOLPHI, la actividad penal queda condicionada a *"la protección y seguridad de las condiciones de vida de una sociedad estructurada sobre la base de la libertad de la persona y, al mismo tiempo, es entendida por todos como razonable"*, será lo que esté en función de la *"creación o mantenimiento de una vida social apoyada en la libertad y responsabilidad del individuo"* y es la Constitución la que, según RUDOLPHI, indica los valores fundamentales y la vinculación jurídica obligatoria del legislador a la protección de bienes jurídicos previos al ordenamiento penal cuyo contenido se determina conforme a dichos valores. Estos valores darían una pauta para la elaboración de un concepto material de bien jurídico. Para ello, de acuerdo con RUDOLPHI, 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 el concepto de bien jurídico *"como un presupuesto de una vida social próspera, apoyada en la libertad y responsabilidad del individuo"*.

Luego, el sustrato material del concepto de bien jurídico, vendría dado, de acuerdo con lo expuesto, por la sociedad estatal conforme a la Constitución y por las condiciones y funciones en los cuales se basa la vida social. De esta forma, el bien jurídico se revelaría como una unidad social de función viviente, esto es, no estática, que es necesaria para la subsistencia de la sociedad constitucionalmente organizada. (1970, 162-163)

La concepción de bien jurídico de RUDOLPHI, pese a buscar tímidamente puntos de apoyo en una teoría de la sociedad, lo cierto es que permanece en el ámbito de lo formal. Su pretensión de darle un contenido material al bien jurídico, se frustra desde el momento mismo en que condiciona la concreción del concepto dentro de la realidad social, pero una realidad social entendida como sociedad estatal constitucional, lo que podrá ser realidad normativa, pero jamás realidad social. A partir de esta identificación entre realidad social y realidad normativa y de la determinación del bien jurídico conforme a ésta última, lo cierto es que necesariamente el bien jurídico así concebido no podrá exceder el campo de lo formal, de lo estrictamente jurídico.

4. También dentro del formalismo constitucional MARX (1972) da una definición de bien jurídico a partir del fin del derecho penal que según él se corresponde con el del derecho y éste a su vez con el fin del Estado. El Estado es concebido por MARX no como un Estado de la realidad social sino como un Estado ideal, como un concepto jurídico. Por ello, arranca desde el plano constitucional y concretamente del artículo 1 de la Ley Fundamental alemana, que según MARX en el fondo recoge un principio preestatal que *"sólo es recibido en su fisonomía preestablecida"* (1972, 38). Luego, —continua argumentando—, del mismo modo

como el Estado se funda en la dignidad del hombre, el derecho penal no puede tener sino como objeto central el hombre, pero un hombre entendido como persona que se desarrolla y se realiza como un ser libre (1972, 40 y sgts).

De esta forma, según el mismo autor el derecho penal por su propia naturaleza defensiva *"debe proteger de lesiones todo lo que es necesario al hombre en tanto que presupuesto externo para la realización de su desarrollo personal"* (60). En un siguiente paso define al bien jurídico como *"aquellos objetos que el hombre necesita para su libre autorealización"* (62).

En términos generales todas estas concepciones del bien jurídico no pueden superar la objeción de carácter general que hace HASSEMER (1973, 64): *"¿Hacia dónde conduce esta vía de una concepción de un bien jurídico que no debe excluir ningún objeto de protección ? El resultado es un concepto general de bien jurídico que es tan abstracto que no informa en absoluto sobre los objetos de protección en particular. La concepción de lo que el hombre necesita para su libre realización personal, de lo que es irrenunciable para la sociedad y la libertad individual, de qué valores son merecedores de protección como condición del propio desarrollo personal queda abandonada a la interpretación"*.

Desde nuestro punto de vista, si a RUDOLPHI se le podía reprochar su formalidad hasta el extremo de que llegaba a identificar la realidad social con la sociedad constitucional, en el caso de MARX este formalismo se extrema aún más en la medida de que llega a identificar el fin del derecho con el fin de un Estado ideal, entendido como una abstracción jurídica. Evidentemente que desde este punto de partida difícilmente se puede llegar a un concepto material de bien jurídico, esto es, un concepto que exprese lo que realmente protege el Estado a

través del derecho penal y que permita una revisión crítica del derecho penal vigente.

No obstante habría de ser en Italia donde con mayor intensidad y por lo mismo con mayor riqueza, se habría de replantear la discusión sobre el bien jurídico desde una perspectiva jurídico constitucional. Quizá el porqué de la preocupación por vincular al derecho penal con la Constitución se encuentre en el hecho de que aun esté vigente el Código Rocco en el marco de una Constitución republicana avanzada.

Como ha destacado PULITANO (1981, 111) en los últimos años esta circunstancia ha acarreado un proceso de descodificación. En el centro de esta problemática, continua este autor, está la cuestión del bien jurídico que ha planteado *"una redefinición del catálogo y de la jerarquía de los bienes y de la necesidad y del modo de su tutela que asuma como punto de referencia ya no un código autoritario y envejecido, pero sí la Constitución republicana extrayendo de ella la línea reconstructiva del sistema penal"*. (1981, 113).

5. El primero en plantear la tesis de la necesaria constitucionalidad de los objetos a ser protegidos penalmente habría de ser BRICOLA (1973). Según este autor, que junto con MUSCO (1974), y ANGIONI (1983), podría ser alineados dentro de la que se ha dado en llamar *"teoría constitucional estricta"* (GONZÁLEZ RUS, 1982, 706), la clave está en el artículo 3 de la Constitución italiana que en su párrafo segundo dispone en forma similar al artículo 9.2 de la Constitución española, 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." Del artículo transcrito de la Constitución, según BRICOLA, se debe deducir 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 (libertad personal), esté al menos dotado de relevancia constitucional. O sea, el ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una significativa lesión de un valor constitucional relevante" (BRICOLA, 1973, 15). En cuanto a lo que es constitucionalmente relevante, señala este autor, que ello no debe entenderse como antítesis del bien respecto a la Constitución, pero sí como asunción del mismo entre los valores que explícita o implícitamente están garantizados en la Carta Constitucional. De esta manera, delito será un hecho lesivo de un valor constitucional cuya significatividad se refleja en la medida de la pena (1973, 16). En trabajos posteriores BRICOLA (1980) ha ido completando su teoría constitucional poniendo el acento en los aspectos garantísticos y de solidaridad del Estado social de derecho con especial referencia al artículo 2 de la Constitución italiana, el cual al señalar el reconocimiento y la garantía de los derechos inviolables del hombre, plantea como exigencia *"el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social"*. Así, BRICOLA observa que *"la exigencia más apremiante de defensa social postula una revalorización de la defensa del ciudadano-víctima frente a la criminalidad"*, pero que el citado artículo 2 de la Constitución está en primer plano *"en función de límite respecto de otras normas constitucionales en materia penal"*. (1980, 181-182).

6. ANGIONI (1983, 161 y sgtes.) profundizando en la línea de una teoría del bien jurídico con referente constitucional observa la necesidad de que un derecho penal del

hecho basado en la protección de bienes jurídicos, respete los principios básicos de proporcionalidad, necesidad y efectividad de la tutela penal.

Así, con apoyo en la Constitución, especialmente en la función reeducadora que ésta asigna a la pena privativa de libertad, señala que sólo podrá imponerse respecto de la ofensa de bienes jurídicos de carácter constitucional primarios; que la pena pecuniaria sólo respecto de la ofensa de algunos de los bienes jurídicos constitucionales primarios o bien respecto de uno secundario. En todo caso el bien jurídico deberá ser siempre constitucional. 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 entrando a considerar con ello la legitimidad de los delitos de peligro (1983, 176, 203). El criterio sobre el cual fundamentar la distinción entre el bien primario y secundario es el de la libertad como bien jerárquicamente superior dentro del orden constitucional. Bienes primarios serían aquellos sin los cuales el individuo no puede realizarse en las mínimas formas existenciales o cuyo falta resultaría atentatoria a la dignidad del hombre. La ofensa a estos bienes en la medida que constituye un ataque a la libertad personal autorizaría a la conminación con una pena privativa de libertad. (1983, 203).

7. MUSCO (1974, 55 y sgtes.) se plantea la necesidad de buscar un concepto material de bien jurídico, entendiendo por material un concepto que sea capaz de expresar el elemento común a todos los injustos, señalando que es necesario buscarlo en el orden prepositivo y que su oblitoriedad hay que fundarla en la Constitución. Este autor aporta a la teoría constitucional un criterio de concretización, ya que según él *"no todos los valores que se encuentran contemplados en la Constitución son susceptibles, deben (o pue-*

den) ser objeto de tutela penal..." (1974, 124). En esta línea MUSCO señala que tal principio se encuentra en el artículo 27.3 de la Constitución italiana que establece que *"la pena...debe tender a la reeducación del condenado"* y que en razón de este principio el legislador estaría vinculado a garantizar penalmente sólo las *"formas mínimas de vida en común"* (125-126), MUSGO, de esta manera, desarrolla su teoría en el marco del más clásico contractualismo, en el cual se reafirma más adelante cuando señala, con apoyo en el espiritualismo alemán, que los bienes jurídicos pueden ser definidos *como "aquellos valores conceptualmente aprehensibles, de cierto e inmediato origen constitucional, que sirven para asegurar las condiciones esenciales de la vida en común"*. (130). FIANDACA (1982, 57), en particular critica a MUSCO su remisión al fin reeducativo de la pena. Le parece que la reeducación, en la medida que debe cambiar su contenido según el tipo de ordenamiento en que se inserta, presupone referencia a valores constitucionales y no puede *"al mismo tiempo, servir de parámetro para seleccionar los bienes constitucionales legítimamente tutelables en sede penal..."*

8. PULITANO (1981; 1983) y FIANDACA (1982) critican en general a la teoría constitucional estricta poniendo en duda que pueda encontrarse un principio o disposición constitucional que pueda servir para individualizar el lícito penal. Según FIANDACA, el planteamiento constitucional correcto es el que sólo se plantea a la Constitución como fuente que ha de proporcionar directivas programáticas de tutela y no parámetros realmente vinculantes para el legislador. Le concede, de esta forma, amplios márgenes de libertad al legislador y la posibilidad de revisar enfoques en relación con los delitos de peligro abstracto, respecto de ciertos bie-

nes jurídicos, con el principio de subsidariedad, de la necesidad de la pena, merecimiento de la pena, etc.

En la misma línea PULITANO (1981, 1983) reconoce en la Constitución democrática no simplemente lo que él denomina una función demoledora, sino de reconstrucción de los objetos y del modelo de la tutela penal. La Constitución, para PULITANO cumpliría una función de orientación positiva que parte de la matriz liberal, pero que va hacia la revelación de necesidades positivas de tutela. El elemento crítico está presente en la tensión entre la refutada jerarquía de valores sostenida en el Código Rocco y la afirmada (todavía no reconstruída) jerarquía de los *"bienes jurídicos constitucionales"*. (1981, 115)

En relación a los bienes jurídicos y con fundamento en los artículos 2 y 3 de la Constitución italiana, señala la necesidad de ampliar el ámbito de lo penal como una obligación de carácter constitucional. Para él, el reclamo a la Constitución no puede valer *"para fundar un nuevo sistema integrado de valores, que significaría selección autoritaria de necesidades y de bienes merecedores de tutela, pero debe desenvolver en primer lugar una función de garantía y de límite en la relación entre Estado y ciudadano"* (1981, 117).

De este modo, conforme al criterio de PULITANO la Constitución no puede ser vista como un sistema cerrado que llevaría a una *"teología de la Constitución"*, sino como un sistema abierto, lo que significa, según sus palabras, *"que no todo está decidido y vinculado en una rígida tabla de valores sino que se han dejado cuestiones conscientemente abiertas y espacios para un proceso político libre"*. (1983, 498-499). El legislador gozaría de una amplia libertad en lo que se refiere a la elección de los bienes jurídicos en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, así

como en la elección del momento de la protección. Así, conforme a esta variante de la teoría constitucionalista del bien jurídico, la Constitución serviría de base para fomentar una expansión del sistema penal que en sus proposiciones concretas sólo podrían ser controladas en sus presupuestos. Los presupuestos liberales de la Constitución no sólo señalarían los límites de la tutela penal, sino que también constituirían un marco para el desarrollo de la política penal. (1981; 1983, passim).

7.3. *Las teorías del bien jurídico en españa*

En la doctrina española se podría decir que en términos generales están presentes tanto las teorías de carácter constitucional como las con fundamento sociológico.

1. MUÑOZ CONDE (1975, 47 y sgtes.) define el bien jurídico como *"los presupuestos que la persona necesita para su autorrealización en la vida social"* siguiendo la tesis de MICHAEL MARX, pero matizando con el objeto de precisar un concepto material, que la consideración de intereses de grupo o de una clase dominante constituyen una *"perversión"* del concepto de bien jurídico y advirtiendo en contra de la instrumentalización en beneficio de los intereses de clase del derecho penal bajo el amparo de una ideología encubridora como los derechos *"naturales"*. Por ello, destaca la necesidad de esa definición material, en contraposición a la forma, que permite una función crítica tanto de los bienes jurídicos ya protegidos, como del modo de protegerlos, *"para desembocar finalmente en una función político criminal que determine qué bienes jurídicos deben protegerse y cómo deben protegerse por la norma penal"*.

2. También MIR PUIG (s/f, 764 y sgtes.; 1976, 135 y sgtes.; 1985, 75 y sgtes.) propone con fundamentos sociológicos una teoría del bien jurídico. Su punto de partida es el concepto de *"nocividad social"* del delito sostenido por AMELUNG que se enfrenta con la legitimación de la pena y de la medida de seguridad *"cuando son necesarios para la protección de la sociedad"* (1976, 135). El contenido de la protección está referido no a la protección de valores morales, *"sino a la subsistencia de los sistemas sociales"*. En este punto MIR PUIG adopta las categorías de acciones funcionales o disfuncionales al modelo social y encuentra una base de sustentación racional para excluir de la sanción penal las conductas éticas o moralmente reprochables, ya que ellas no tendrían *"efectivas consecuencias para el funcionamiento de los sistemas sociales"* (137) y para fijar un límite al **ius puniendi** estatal.

Pero a partir de aquí, dejando a AMELUNG y siguiendo a CALLIESS, MIR PUIG destaca la necesidad del bien jurídico que sería el portador de la función social del derecho penal y con ello la consideración del individuo y su libertad que median, como sujetos y objetos concretamente protegidos, en la protección de la estructura social (137-138). De esta manera, para MIR PUIG, la sola protección de sistemas sociales no es suficiente fundamento del derecho penal y acarrea consecuencias intolerables. La defensa del sistema sólo se justifica en cuanto supone la defensa del individuo y precisamente, señala MIR PUIG, la idea de bien jurídico obliga a la *"concreción de los objetos y de los sujetos de protección penal, más allá de la sola referencia, excesivamente abstracta, al funcionamiento de los sistemas sociales"* (138). MIR PUIG y CALLIES coinciden en señalar que los bienes jurídicos no son valores ni materiales ni espirituales, sino *"posibilidades de participación"* en los sistemas sociales, que lo que la ley penal protege

es la concreta posibilidad de que un individuo puede participar o no en una relación social. De esta interrelación entre la defensa de la sociedad y de las posibilidades concretas de participación del individuo en la relación social, deriva el presupuesto político necesario del bien jurídico: *"el Estado democrático al servicio del ciudadano"* (140).

3. OCTAVIO DE TOLEDO (1981) critica a MIR PUIG la ausencia en su teoría de un desarrollo sobre las bases materiales en que se asienta la calificación de *"funcional" o "disfuncional"* respecto a un sistema dado y, en particular, sobre la *"funcionalidad de la reacción social, del castigo mediante la pena"*.

Esta ausencia, señala OCTAVIO DE TOLEDO con apoyo en BARATTA, se pone de manifiesto sobre todo porque la investigación empírica de la sociedad demuestra que en su seno se alberga *"junto a valores y reglas sociales comunes, también valores y reglas sociales específicas de grupos diversos o antagonistas, por lo que toda referencia genérica a lo que es funcional o disfuncional a un sistema social presupone el contraste con las pautas de comportamiento de sólo un sector prevalente de ella. Por esta, principalmente, y otras razones que expone BARATTA en relación con la teoría de las subculturas, señala que hay que estar prevenido respecto de toda referencia genérica a "sociedad" o "sistema social"* que se haga sin ulteriores especificaciones (1981, 348 y sgtes.)

Esta comprobación de la realidad social le permite a OCTAVIO DE TOLEDO desechar los criterios de **funcionalidad o disfuncionalidad** de la conducta para fundamentar un límite al ius puniendi estatal. Estos criterios sólo dan una explicación de cómo es el ejercicio del **ius puniendi** y del por qué es ejercido en tal sentido y no en otros en una sociedad, teniendo en cuenta los antagonismos sociales que

hay dentro de ella y su estructura de dominantes y dominados que determina la funcionalidad o disfuncionalidad en la dirección de los intereses de los primeros. No obstante, señala OCTAVIO DE TOLEDO, "aparecen también definidos como delitos comportamientos **funcionales** al sistema, a la *"acumulación de beneficios dentro del sistema de producción capitalista"* (como las defraudaciones alimentarias, las contaminaciones, la evasión de capitales, delitos económicos referidos a la competencia, etc.) o *"al sistema de gestión de poder de la clase dominante y de sus expresiones políticas"*, (como determinados delitos de funcionarios: prevaricación , cohecho, negociaciones prohibidas, etc.)" (ibid).

Sobre la base de que este fenómeno se explica por el hecho de que las transformaciones en la superestructura jurídica depende y se vincula con las transformaciones materiales de la sociedad, OCTAVIO DE TOLEDO señala que de esta manera *"se pone de manifiesto.. la auténtica posibilidad de que, hasta cierto punto, el concepto de bien jurídico pueda limitar el ejercicio del* **ius puniendi** *estatal"* (352).

El argumento se desarrolla a partir de la afirmación de que en determinados estadios del desarrollo social se hace menester la necesidad de reformar las relaciones jurídicas con el objeto de evitar la revolución social. Las transformaciones sociales que se corresponden con las sucesivas transformaciones del modelo de Estado, tienen su correspondencia en el terreno normativo y, desde luego, también respecto de los objetos de protección de dichas normas *"en pugna con los intereses de la clase dominante"* (ibid.) Según OCTAVIO DE TOLEDO, estos *"avances"* son irreversibles en la mayor parte de los casos (353). Estos avances sociales productos de la lucha social, como los derechos individuales y las obligaciones asistenciales del Estado interventor, se

reflejan en el sistema normativo y su función, del que es paradigmático, continúa OCTAVIO DE TOLEDO, el artículo 9.2 de la Constitución. La norma del Estado social ya no es simplemente garantizadora, sino que es **promocional**, por lo que se acentúa cada vez más la función promocional del sistema normativo (ibid.)

Esta función promocional, de acuerdo con OCTAVIO DE TOLEDO, también afecta al derecho penal *"precisamente, en lo referido a los bienes jurídicos y su capacidad limitadora del* **ius puniendi** *estatal"*, a partir de la consideración del carácter social y democrático del derecho del Estado. Dicho carácter obliga a una asistencia real *"de todos los individuos integrados en el sistema social regidos por el nuevo modelo del Estado"*, por lo que del mismo modo el Estado liberal puro se ve precisado a proteger penalmente sus obligaciones asistenciales (medio ambiente, vivienda, salud, etc.) (354).

Según OCTAVIO DE TOLEDO, sería este contenido material de las normas de protección penal, en cuanto producto de la tensión entre los grupos sociales que están por el mantenimiento del sistema social y los que están por su transformación, el que daría al bien jurídico su carácter de límite al ius puniendi estatal, capacidad en todo caso respecto de la cual se manifiesta escéptico (354 y sgtes.)

4. GÓMEZ BENÍTEZ (1983, 106 y sgtes.) después de hacer una síntesis del estado actual del pensamiento de protección de bienes jurídicos en el derecho penal, constata que en su evolución las teorías funcionalistas del bien jurídico se han canalizado por dos vías diferentes, las que plantean la dañosidad social única y exclusivamente en relación al sistema como fundamento del injusto y a los bienes jurídicos como concreciones de la funcionalidad del sistema y aquéllas que conservando los aspectos liberales del concepto legitiman la defensa

del sistema sólo en cuanto significa protección del individuo. Este último planteamiento, que identifica con el de CALLIES y MIR y que se distingue del de ROXIN, según GÓMEZ BENÍTEZ, concibe que *"el bien jurídico tiene siempre un contenido social" y que la "protección de bienes jurídicos es —en todo caso— protección del sistema social..."*, pero señala en seguida que las diferencias son de matiz, que *"las concepciones son muy próximas, y que ambas enraízan con el sistema de garantías liberales, por lo que siguen configurando un derecho penal afecto también, y consecuentemente, al principio de culpabilidad"*. Su máxima virtualidad, continúa GÓMEZ BENÍTEZ, *"se concreta —exclusivamente—... en la inicial evitación de la persecución de conductas (¿resultados?) meramente amorales"*. (1983,109-110).

Sin embargo, opina este autor que se puede llegar más lejos y que la complementación del concepto de bien jurídico no puede entenderse desvinculada de la teoría preventivo general de la pena, pues se trata *"de definir materialmente el perjuicio social como* **necesidad preventivo-general de pena"**, dirigida al colectivo social. (110).

En coherencia con una concepción de la pena entendida como prevención general se plantea a favor de una teoría del bien jurídico como concepto social, porque permite sólo la criminalización de conductas socialmente perjudiciales y constituye un límite al **ius puniendi** estatal *"y se ordena sin dificultades en un proceso de criminalización entendido como expresión utilitaria de la necesidad social de la pena"*. (111).

Finalmente condiciona la utilidad del concepto social de bien jurídico y del injusto a que sea siempre expresión directa de funcionalidad, a la identificación del perjuicio social con la necesidad preventivo general de penar y a una

consecuente determinación del injusto referido al peligro del bien jurídico y no a su efectiva lesión. (111).

5. También las teorías constitucionales han tenido expresión en España fundamentalmente con ESCRIVÁ GREGORI (1980) y GONZÁLEZ RUS (1981).

ESCRIVÁ GREGORI en su oportunidad hizo presente la necesidad de hacer un replanteamiento del derecho penal español como consecuencia de la promulgación de la Constitución de 1978, señalando que el nuevo contexto jurídico-político *"ha de suponer una nueva política penal respecto a la valoración de los bienes jurídicos, gradación entre los mismos, determinación de cuáles no exigen o no merecen protección penal, de cuáles otros si la requieren, etc"*. (1981, 157).

Según ESCRIVÁ, si bien es cierto que la Constitución no explicita una protección penal de los bienes que enumera a partir del artículo 15, ni tampoco ninguna otra protección en el ordenamiento jurídico, está claro que estos están jerarquizados dentro de la propia Constitución e implícitamente su propio rango estaría indicando las pautas de su nivel de protección. Destaca en esta línea de argumentación, como ejemplo, la necesidad de entrar a revisar la política penal de protección de la propiedad, que por su reconocimiento sistemático en la Sección 2.ª del Capítulo Segundo del Título I, tiene un nivel de protección menor al estar privado de los recursos que arbitra el artículo 53 de la Constitución. Sin perjuicio de estas consecuencias penales de los derechos y libertades constitucionales, ESCRIVÁ hace notar los mandatos expresos de la Constitución en orden a desarrollar una política penal de protección del medio ambiente y del patrimonio artístico cultural contenido en los artículos 45 y 46.

Ahora bien, según ESCRIVÁ GREGORI *"de lo dicho anteriormente cabría derivar un reconocimiento implícito o*

explícito por parte de la Constitución de la protección de bienes jurídicos por el derecho penal," lo que sin perjuicio de su importancia político criminal, acarrea notorias consecuencias en el campo de la dogmática penal, ya que habría una base constitucional para reafirmar el peso del llamado desvalor de resultado (es decir, el desvalor de afectación del bien jurídico)" (158).

6. Por su parte, GONZÁLEZ RUS después de analizar las diferentes ponencias que tuvieron lugar en un Seminario que se llevó a cabo en Siracusa entre 15 y 18 de octubre de 1981 donde predominaron las ponencias que planteaban una tesis constitucionalista del bien jurídico, se reafirma en una postura de esta naturaleza, señalando que es necesario armonizar las teorías constitucionales estrictas con las que plantean que la Constitución ofrece un sistema abierto de valores ya que *"un empeño de este tipo, que en principio, aunque dificultoso, ofrece posibilidades de un resultado fructífero"*. (1982, 717).

III

UNA TEORÍA MATERIAL DEL BIEN JURÍDICO

La historia del concepto de bien jurídico y su relación con las teorías legitimadoras del poder han puesto de manifiesto la indisoluble vinculación de la teoría del Estado con la teoría penal. Con el concepto de bien jurídico se quiere expresar en forma sintética el objeto jurídico concreto protegido por cada prohibición o mandato para con ello dar fundamento racional al sistema penal. Una política penal de exclusiva protección de bienes jurídicos implícitamente conlleva el reconocimiento de un axioma básico para la construcción y desarrollo de una sociedad democrática: la posición antinómica y desigual del ciudadano frente al poder.

Para el cumplimiento de sus funciones el concepto de bien jurídico ha de expresar superando los aspectos puramente formales, lo que real y concretamente se protege en cada norma penal de una determinada sociedad en un determinado período histórico. Por lo mismo no constituye una teoría del bien jurídico la que señala que el derecho penal protege los intereses de una *"clase dominante"* o una *"condición de convivencia social"*. Teorías del bien jurídico de esta naturaleza son tan insuficientes por su globalidad como las teorías sociales que le sirven de referente.

Por su parte las llamadas teorías constitucionales de indudable valor orientativo para la determinación del merecimiento de protección no constituyen propiamente "teorías del bien

jurídico" pues no expresan lo que éste es, sino que simplemente buscan en la Constitución política el referente que da fundamento a una política penal coherente con los lineamientos del modelo de Estado que da la propia Constitución.

HASSEMER (1973, 28-39) ha hecho un buen planteamiento del problema al señalar que una teoría del bien jurídico en primer lugar ha de ser capaz de contestar a la pregunta ¿qué es lo que hace que una acción se transforme en delito? y en segundo lugar ¿por qué penaliza una sociedad en su ordenamiento jurídico penal exactamente esas acciones lesivas y no otras?.

Con estas preguntas que constituyen su hipótesis de trabajo, HASSEMER ha venido a plantear que una teoría del bien jurídico no puede estar desvinculada de una teoría social que sobre todo explique su dinámica interna.

Por eso este autor rechaza como teorías válidas del bien jurídico las que él llama **inmanentes** al sistema, ya que sólo cumplen una función sistematizadora de los diferentes preceptos penales. En estas teorías el bien jurídico es concebido como un dato acrítico dispensado de justificar y fundamentar. (19 y sgtes.)

En cambio, las que sistematiza categorialmente como **trascendentes** al sistema, según HASSEMER, sí estarían en condiciones de contestar a estas preguntas ya que el fundamento y función de estas teorías sería el de criticar el sistema jurídico penal (20). Estas teorías, como la de von LISZT (supra II.3.3), no situan el origen del bien jurídico en una decisión del legislador, sino que en una instancia prejurídica, dentro de la propia sociedad. Estas concepciones, señala HASEMER, en la medida que posibilitan cotejar la realidad social con la realidad normativa, ponen en evidencia los desequilibrios entre una y otra realidad y dan fundamento a los movimientos de reforma penal.

Por ello tiene razón HASSEMER cuando dice que sólo una concepción del bien que se fundamente más allá del sistema penal, estará en condiciones de responder a dichas preguntas. Sin embargo, a pesar del acierto del planteamiento, la teoría del bien jurídico de este autor tampoco resulta satisfactoria. En efecto, la propuesta de HASSEMER resulta insuficiente en la medida que explica el proceso de incriminación desde la perspectiva del interaccionismo simbólico, teoría que es convincente desde una perspectiva microsocial pero ignora los aspectos globales-estructurales de la sociedad concreta de que se trate, en particular la naturaleza y las formas específicas de ejercicio del poder y la posición del ciudadano. Lo mismo puede decirse respecto a los otros referentes teóricos en que fundamenta su teoría del bien jurídico. La psicología profunda y la étnica quizá puedan tener valor para explicar la incriminación de alguna conducta pero resultan insuficientes siquiera para la teoría de la incriminación que HASSEMER se propone desarrollar. (supra II. 7.1.4.)

Una teoría que busca explicar la realidad social considerando sólo aspectos estructurales resulta tan insuficiente como aquella que quiere explicarla desde perspectivas microsociales sectorizadas sin tomar en cuenta al mismo tiempo la globalidad del sistema. También resulta insuficiente una teoría social que funde sus explicaciones sobre la base de la observancia o inobservancia de un conjunto de reglas o normas que configuran una *"cultura común"*. La mera observación de la realidad concreta demuestra que en una misma realidad social conviven diferentes grupos sociales con sus propias reglas de comportamiento, que en un Estado social y democrático de derecho resulta intolerable marginar.

Ahora bien, en una teoría del bien jurídico hay que distinguir varios momentos claramente diferenciables. En primer

lugar, el de su definición, esto es el de la determinación de su contenido material específico. Se trata de responder a la pregunta ¿qué es el bien jurídico? Esta pregunta por su generalidad encierra un complejo de cuestiones a las cuales hay que dar respuesta, como por ejemplo ¿qué es lo que protege cada norma penal particular?, o más especificamente habiéndose determinado, por ejemplo, que el bien jurídico en el homicidio es la vida y en el hurto el patrimonio ¿qué son vida y patrimonio en cuanto objetos protegidos por la norma penal?.

En segundo lugar, la teoría del bien jurídico debe comprender el problema de la determinación del merecimiento de protección, esto es, sobre la base de qué criterios un Estado, en este caso el social y democrático de derecho, determina o debe determinar la protección de un objeto concreto. (HASSEMER, 1989).

El primer momento dice relación con lo que materialmente protege una norma penal cuando prohibe la realización de una conducta. El concepto material llevará inevitablemente a la revisión crítica del derecho penal vigente ya que permitirá ver en su exacta dimensión, más allá de su simple formulación, lo realmente protegido por cada norma penal.

El segundo momento, el del merecimiento de protección, nos lleva a plantearnos cuestiones de carácter axiológico y los criterios para resolverlas.

1. El origen social del bien jurídico

En un Estado democrático la determinación del objeto a ser protegido por la norma penal no puede estar reducido a una exclusiva decisión del legislador. Formalmente, como

consecuencia del principio de legalidad el precepto penal será el resultado de un proceso legislativo, pero la determinación del bien jurídico corresponde a la base social que comunicará su decisión a las instancias políticas que formalmente tengan el deber de materializar dicha decisión.

Una política penal de exclusiva protección de bienes jurídicos presupone no sólo democracia, sino ejercicio de la democracia, esto es, participación y concurrencia en los procesos a través de los cuales se realizan la libertad política, en concreto, libertad de pensamiento, de acción y sobre todo, de disensión. (BUNGE, 1989, 153).

El bien jurídico es el resultado del ejercicio democrático y se corresponde a la dinámica de la práctica democrática (MIR, 1976, 140). Está en la base misma de una relación social que se habrá de definir como democrática por su capacidad de integrar culturas y subculturas ampliando la base de discusión. Por eso no puede tener un carácter estático pues siempre estará en el centro de la instancia básica de la decisión política y siempre expuesto a su revisión crítica. Negar este carácter al bien jurídico, significa sustraer de la crítica, esto es de la esencia de la democracia, la política penal del Estado.

La democracia en tanto que concepto dinámico es un proceso de constante apertura. Sólo de una sociedad democrática puede surgir el bien jurídico. En ella se definirán primeramente los objetos a proteger por el ordenamiento jurídico y de estos objetos, conforme al carácter residual y fragmentario del derecho penal, los bienes jurídicos. En otras palabras, sólo tendrán el carácter de bienes jurídicos aquellos objetos que teniendo su origen en una sociedad democrática tengan protección penal. Esta conclusión se deriva del propio carácter del derecho penal en relación con otras ramas del derecho. El derecho penal no está en condiciones en una sociedad democrática de dar una protección amplia. Puede compartir con otras ramas del dere-

cho la protección de los mismos objetos, pero por su carácter de **ultima ratio** el ámbito de protección está restringido a los ataques más graves. En cambio, otras ramas del derecho pueden dar una protección más amplia desde otras perspectivas, el derecho civil en tanto que derecho subjetivo, el derecho internacional en tanto que derechos humanos, el derecho constitucional en tanto que derechos políticos. Todos estos objetos si bien son diferentes entre si en tanto que objeto de protección, son o pueden ser, sin embargo, homologables con el bien jurídico.

En consecuencia, el bien jurídico dado el carácter de última ratio del derecho penal en una sociedad democrática, aparece en primer lugar como una **síntesis normativa** superadora de la contradicción que a nivel normativo se genera en el sistema de relaciones jurídicas entre el derecho penal, como expresión más pura de la coerción jurídica y la negación de dicha coerción que se realiza con la afirmación jurídica a nivel constitucional de los derechos y libertades del individuo.

Ahora bien, el bien jurídico en el sentido señalado es una expresión a nivel normativo de una estructura social democrática. El bien jurídico tiene su origen en ese sistema de relaciones sociales. Esto significa considerar las propiedades sociales del modelo concreto de sociedad en que se genera el bien jurídico, que serán tanto las que resultan de la suma de sus componentes individuales como las globales que emergen de los vínculos entre personas. (BUNGE, 1989, 131). Naturalmente que de todo el complejo de propiedades que forman un sistema de relaciones sociales sólo se hará referencia a aquellas más estrechamente vinculadas con el derecho penal y que en términos generales son las que dicen relación con el ejercicio del poder.

Toda sociedad es un sistema concreto de relaciones sociales, esto es, de relaciones entre personas con sus condicionamientos personales, —biológicos, psicológicos, sociales—, y ambientales. No es, en consecuencia, como lo pretende el funcionalismo sistémico, simplemente un sistema de reglas de comportamiento, valores, costumbres y creencias colocado a un nivel superior. El sistema social es antes que nada un sistema de relaciones entre personas. Las reglas y normas de conducta son un producto específico de esas relaciones y no algo ajeno a ellas. Es inadmisible, en consecuencia, como lo pretende el funcionalismo, la postergación y el sometimiento de las personas y de las cosas a esas normas y reglas de conducta. (BUNGE, 1989, 132, 133).

Los individuos se realizan como personas dentro del sistema social en la medida que son capaces de establecer relaciones sociales. La esencia del hombre sólo existe dentro de la relación social, en la unidad del hombre con el hombre no como individuo aislado, sino como un hombre en sociedad, siendo un sujeto determinado y determinante dentro de ellas. (LAMO DE ESPINOSA, 1981, 31).

Dentro de la relación social los individuos pueden actuar individualmente sobre una persona y hacer que su comportamiento esté si no determinado, por lo menos condicionado no sólo por su experiencia y su equipo genético sino también por los roles que le han sido asignados y que juega dentro de ella. (BUNGE, 1989, 133).

De esta forma, la sociedad en un sentido material está compuesta fundamentalmente por hombres en vinculación y se define precisamente por la naturaleza de esas relaciones,que son las que generan o mantienen una sociedad concreta como una unidad distinta de sus componentes individuales y a un nivel más elevado. (ibid. 131). De estos vínculos entre personas emergen las propiedades globales

de un sistema social que no son las de los individuos pero sí nacen de las relaciones entre individuos.

El modelo de sociedad vigente surgió históricamente como una superación del feudalismo. De la dependencia personal básica de las relaciones sociales en el feudalismo se pasó a un modelo en que las relaciones sociales determinantes, sin ser las únicas, son las relaciones de mercado.

De acuerdo con este nuevo modelo, el mercado competitivo representa la superación del modelo económico del feudalismo. Es la alternativa que viene a reemplazar a las obligaciones corporativas de los gremios, a las reglamentaciones gubernativas y a las aduanas del mercantilismo. En suma constituye la *"negación de los límites y obstáculos propios al estadio de producción que precede al capital"*. (MARX, 1977, I,34)

El mercado cumple una función de legitimación del intercambio, donde todo toma la forma de una mercancía, de un valor objetivado por la relación social. (MACPHERSON, 1979, 57). Las relaciones sociales de mercado conforman la estructura económica de la sociedad. Son esencialmente históricas y, por lo tanto, mutables ya que dependen de las condiciones concretas en que ellas se realizan.

De esta forma, en la estructura del modelo de sociedad aparecen como determinantes y definitorias las relaciones sociales de carácter económico. De estas relaciones sociales individuales emerge el mercado como una propiedad global del sistema, como un poder extraño alienado.

Las relaciones de mercado condicionan el conjunto de las instituciones políticas, jurídicas y económicas. El conjunto de estas instituciones que a pesar de ser un producto social, se alientan de éste, constituyendo lo que se llama la superestructura. (LEFEBVRE, 1971, 73).

Ahora bien, estos dos momentos, el de la estructura socioeconómica y el de la superestructura ideológica y política

no se presentan como dos esferas independientes sino que se hallan relacionadas dialécticamente, esto es, en una relación de afirmación y negación, de recíproca afirmación o bien de recíproca negación. De esta relación dialéctica entre estructura y superestructura surge lo que GRAMSCI denominó *"bloque histórico"* (1968, 1971; PORTELLI 1978).

El concepto gramsciano de *"bloque histórico"* y su desarrollo constituye un modelo conceptual especialmente valioso para estudiar cuestiones tan vinculadas con el derecho penal como son Estado, coerción e ideología.

GRAMSCI con este concepto pudo articular y al mismo tiempo diferenciar, dos esferas tan complejas como la estructura socioeconómica y la superestructura ideológica y política. Hizo especial hincapié en que la vinculación entre una y otra no era mecánica sino orgánica, en la medida que es realizada por un grupo social de características específicas: los intelectuales orgánicos. (PORTELLI, 1978, 63).

El rol del intelectual orgánico es darle a una clase fundamental en un determinado bloque histórico *"homogeneidad y conciencia de la propia función, no sólo en el campo económico sino también en el social y en el político"*. (ibid)., 95). Su función es contribuir al mantenimiento de la hegemonía con la producción, desarrollo, clarificación y transmisión de **ideología,** esto es, de una concepción del mundo que se corresponde a la de la clase hegemónica. La ideología justificaría racionalmente el control social mediante la coerción y la persuasión produciendo el consenso. Mediante la producción ideológica, el intelectual orgánico enmascararía, presentándola en otra forma, la realidad objetiva que materialmente no sería otra cosa que una situación de privilegio social, cultural, político y económico de una clase sobre otra. La ideología ocultaría la verdadera natura-

leza de las relaciones sociales y la posición concreta de los individuos dentro de ella. (THERBORN, 1987, 61).

El ámbito de la ideología es el de la superestructura. A efectos metodológicos y sin que esto tenga expresión orgánica, GRAMSCI, distingue en el nivel de la superestructura, entre *"sociedad política"* y *"sociedad civil"*, que en definitiva representarían formas diferentes de la hegemonía. Para GRAMSCI la *"sociedad civil"*, constituida por las organizaciones políticas y sindicales, representaría el contenido ético del Estado. En contraposición a la *"sociedad política"*, que sería el Estado en sentido estricto, le correspondería la conservación por la violencia del orden establecido. En otras palabras, la función propia del Estado sería el ejercicio de la coerción. Por eso, señala GRAMSCI que en este sentido la sociedad política constituye una prolongación de la sociedad civil y en esta medida sólo debe jugar un papel secundario en el sistema hegemónico. (ibid. passsim).[1]

Sociedad política" y "sociedad civil" se encuentran relacionadas dialécticamente en la hegemonía de clases diferenciándose funcionalmente en la forma que en una y otra sociedad se ejerce dicha hegemonía. En la "sociedad civil", a la que califica como "el campo de la ideología", la hegemonía se realiza a través del **consenso**, en cambio

(1) Como puede verse en GRAMSCI la *"sociedad civil"* y las organizaciones que la integran constituyen el aspecto valioso de la superestructura hasta el punto que llega a decir que son el *"contenido ético del Estado"*. (PORTELLI, 1978, 15). Este. planteamiento de GRAMSCI es discutible en el estadio actual del desarrollo del capitalismo en el que se aprecia que el poder no es exclusivamente público y que el control se ejerce también desde esfera privada. Piénsese, por ejemplo, en la prensa, la banca, las empresas multinacionales, etc. En todo, en su época GRAMSCI sabía bien lo que hablaba. Escribió casi toda su obra en las cárceles de Mussolini.

como ya se ha señalado en la *"sociedad política"* se realiza a través de la **coerción.** Consenso y coerción se hallan compenetrados dialécticamente, no pueden ejercerse excluyentemente, sino conjuntamente. El uno no pueden concebirse sin el otro. Ambos constituyen instrumentos de mantenimiento de la hegemonía de una clase sobre otra y ambos actuan sobre el sistema social en la perspectiva de conformar a las masas de acuerdo con una particular concepción del mundo. (ibid., 27).

Por ello en GRAMSCI el concepto de hegemonía toma la idea de dirección y de control. Control mediante la represión dialécticamente relacionado con control mediante la persuasión ideológica. Coerción y se han ido alternando en intensidad a lo largo de la historia. (ABERCROMBIE y otros, 1987, 14 y sgtes). En cuanto a la coerción , ésta no sólo comprende la que se ejerce a través del aparato armado del Estado sino que también incluye la coerción legal.

Ambos tipos de coerción , policial-militar y legal, reconocen dos momentos en su ejercicio, el **normal** y el **excepcional.** La coerción normal tiene por destinatario al disidente que sería el que entra en contradicción con el sistema de relaciones sociales y su finalidad es el control del inconformista. La coerción excepcional, por su propia naturaleza, tiene carácter transitorio y se ejerce en los casos de crisis política. En estos casos la clase dirigente ha perdido el control de la sociedad civil y se apoya en el aparato del Estado para intentar mantener la denominación (ibid., 29).

En la concepción gramsciana del ejercicio del poder la ideología aparece vinculada con la sociedad política en cuanto justifica racionalmente la coerción y directamente con el **consenso** y con la sociedad civil. En cuanto se desvela lo que oculta la forma ideológica, se rompe el consenso, sobreviene la crisis y surge la necesidad de una ideología

sustitutiva o del simple ejercicio de la coerción para el mantenimiento del esquema de dominación. La teoría social, si se plantea una función crítica debe plantearse la tarea de revelar lo que ocultan las formas ideológicas exponiendo la esencia del sistema social y sus contradicciones. (LEFEBVRE, 1971, 75).

Como se ha venido planteando, la ideología está vinculada al ejercicio de la hegemonía de un grupo. En este sentido cumple una función de legitimación en el sentido de justificar racionalmente un estado de cosas ocultando su verdadera naturaleza.

Así, por ejemplo, conforme a la concepción gramsciana la ideología del mercado competitivo al plantear un modelo de igualdad de oportunidades para todos los concurrentes, está enmascarando la verdadera naturaleza de las relaciones económicas que, por el contrario, en su realidad material son desiguales y fuente de desequilibrios económicos que el Estado social deben nivelar. Sin embargo, la forma ideológica las presenta como lo que no son. En este sentido, cumple la ideología una función legitimadora al presentarlas como relaciones económicas justas y no como generadoras de clases sociales determinadas por la posesión de la riqueza con todas las consecuencias que de ello se derivan: el valor del ser humano dentro de la estructura social pasa a depender de su pertenencia a una u otra clase. Y su adscripción a una determinada clase social, depende no de su valor social sino de su riqueza. Por su parte, la riqueza, esto es la posesión o no posesión de bienes, condiciona al individuo no sólo a la realización del trabajo manual o intelectual, sino también para la realización de las funciones sociales superiores que se reservan para el poseedor de la riqueza. Ello conduce, como lógica consecuencia, a la exclusión del no poseedor de las funciones intelectuales, políticas y adminis-

trativas. (LEFEBVRE, 1971, 67; MACPHERSON, 1979, passim).

Ahora bien, sin embargo cabe tener presente que el hombre en cuanto sujeto consciente puede encontrarse sometido a las diversas ideologías que coexisten dentro del sistema social. Hay una ideología hegemónica pero junto a ella hay otras ideologías que están en relación dialéctica con la primera. Estas ideologías no necesariamente se excluyen sino que pueden superponerse, influirse mutuamente y completarse. Todas ellas, conservadoras o revolucionarias, en la medida que van dirigidas a hombres, contribuyen a la formación de la subjetividad humana. La personalidad, de este modo, se conforma con aspectos sociales y psíquicos. (THERBORN, 1987, 13).

2. El concepto material de bien jurídico

Ahora bien, de lo expuesto anteriormente en el sentido de que el bien jurídico surge del sistema de relaciones sociales concreto y de carácter democrático, se pueden ya plantear algunas conclusiones en la perspectiva de llegar a formular un concepto material de bien jurídico.

Desde luego como primera cuestión hay que resaltar que el bien jurídico en cuanto producto social es un producto histórico, esto es, que no pertenece a la sociedad en abstracto sino que surge de un sistema concreto de relaciones sociales en un período determinado. Es el producto, en consecuencia, de las condiciones concretas de esa sociedad, de las condiciones específicas de la superestructura social y política y de un ámbito particularizado de ella: de la superestructura jurídico-penal. En la terminología gramsciana sería un producto de un *"bloque histórico"*, de

las condiciones específicas de las relaciones entre la estructura y la superestructura.

Específicamente en un Estado democrático es un producto de la *"sociedad civil"* y surge de la dinámica participativa y de los procesos de discusión que tienen lugar en la base social. La intensidad de la discusión dependerá de la capacidad del Estado para facilitar la participación y la discusión y sobre todo, de admitir que en la base social tenga lugar la disidencia. Dicho de otra forma, del mayor o menor carácter democrático del Estado y de la sociedad. Los bienes jurídicos tienen un carácter dialéctico. Surgen de la base de la relación social y constituyen una superación, en la síntesis de la confrontación social.

De esta forma, los bienes jurídicos son **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.

El bien jurídico, en consecuencia, tiene un doble carácter sintético. Según se dijo anteriormente, es una síntesis normativa y una síntesis social. Luego puede ser definido como **una relación social concreta** de carácter sintético normativo y sintético social. (BUSTOS, 1989, 54)

Así por ejemplo, la vida, la libertad, sin perjuicio de sus valoraciones desde otras perspectivas, —biológica, filósofica, etc.—, en cuanto objetos protegidos por una norma penal lo están como relación social concreta en una sociedad democrática, esto es, en cuanto relación o vinculación entre personas. Cuando el tipo castiga el homicidio, está castigando una relación social específica que niega la relación social concreta vida. Cuando castiga la coacción , está castigando una relación social que niega el bien jurídico libertad en la forma específica establecida en el tipo

de las coacciones. Por eso el tipo no se agota en una acción, sino que más allá de ella es continente de una relación social especificada objetiva y subjetivamente mediante elementos descriptivos, normativos y psíquicos, que configuran una situación social dotada de sentido y significación. Sentido referido a la vinculación personal del autor con la situación y significación referida a la materialidad disvalorativa que a dicha situación le da la atención al bien jurídico protegido por la norma.

Cuando el Estado establece un tipo penal quiere prohibir la relación social entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en las condiciones objetivas y subjetivas contempladas en el, propio tipo. El tipo constituye una forma específica de negación de la prohibición más genérica contemplada en la norma penal. El tipo contiene una relación social que niega otra relación social, la relación social concreta protegida por la norma penal, que es el bien jurídico.

Por lo tanto, la relación entre norma y tipo es una relación dialéctica de afirmación y negación de una relación social concreta. La norma penal afirma al bien jurídico en la medida que lo protege prohibiendo su afección. El tipo penal es continente de una forma específica de negación de esa relación social concreta que es el bien jurídico protegido por la norma.

3. El merecimiento de protección

La determinación de los objetos a ser protegidos penalmente implica una decisión política del Estado. Esta decisión está condicionada por la naturaleza de su propia estructura, su presentación ideológica y su naturaleza democrática. Ello quiere decir que el Estado en la selección

de los objetos que a su juicio son merecedores de protección no es neutral. Lo hará correspondiendo a criterios que representan los intereses estructurales de una sociedad de mercado. De este modo, la política penal en particular así como la política general apuntarán a la realización de la libertad de mercado. Se tratará de organizar las relaciones sociales en función de la economía de mercado. (LECHNER, 1984, 35).

Por lo mismo, el Estado tenderá a proteger penalmente aquellas relaciones sociales concretas que estén referidas o que no entren en contradicción con las bases y condiciones de subsistencia y funcionamiento del sistema de "mercado". No obstante este importante condicionamiento derivado de la estructura social y del carácter social y democrático de derecho, impone al Estado al mismo tiempo la obligación de considerar la posición concreta de los individuos dentro de la relación social. Ello significa que, por encima de la observancia de reglas de comportamiento en función de la conservación de la estructura de mercado, ha de tener en cuenta la libertad y dignidad de las personas que integran dicha relación social. En un Estado social y democrático de derecho la determinación de los bienes jurídicos se habrá de hacer considerando los individuos y sus necesidades antes que la conservación y funcionamiento del sistema social. De ahí que conduzca a equívocos y confusiones una distinción de los bienes jurídicos entre individuales y colectivos según si el titular de ellas es el individuo o la comunidad. (TIEDEMANN, 1976, 95 y sgtes.) Los bienes jurídicos no giran exclusivamente en torno a una persona individual o de una colectividad considerada como globalidad, sino que están en función de las bases de existencia o de funcionamiento de un sistema de relaciones sociales democrático, esto es de vínculos entre personas realizadas en condiciones de libertad y dignidad.

Por eso parece más adecuada la distinción entre bienes jurídicos referidos a las bases y condiciones de subsistencia del sistema y los referidos al funcionamiento del sistema. Los primeros están constituídos en un Estado social y democrático de derecho por la persona y su dignidad. Estos bienes jurídicos tiene un carácter microsocial ya que a partir de ellos se puede constituir toda la estructura social. Entre ellos se incluyen la vida, la salud individual, la libertad, el honor. Los segundos tienen un carácter macrosocial. Se trata de proteger con ellos los procesos o funciones que ha de cumplir el sistema para que puedan tener lugar las relaciones microsociales. Dentro de esta categoría se distinguen los bienes jurídicos institucionales (administración de justicia, fe pública), los colectivos (salud pública, seguridad común) y los de control (seguridad exterior e interior del Estado). (BUSTOS, 1986, 161).

3.1. *Ideología y política penal*

Ahora bien, según se ha venido señalando, no obstante el carácter no neutral del Estado, la decisión de protección de una determinada relación social concreta está sujeta a las limitaciones que impone al Estado en el ejercicio del poder su materialidad social y democrática de derecho. Por eso la intervención penal en la relación social no puede ser arbitraria. El legislador penal debe actuar recogiendo a través de los canales de comunicación democráticos los requerimientos de intervención penal para la protección de determinadas relaciones sociales particulares. En un Estado democrático el bien jurídico surge de las propias bases de la relación social y constituye la culminación de un proceso de participación política.

Desde luego, una política penal en una sociedad democrática fundada en la protección de bienes jurídicos no puede perder de vista al hombre y sus derechos fundamentales. Ello implica que el hombre no puede ser objeto de manipulación, transformarse en un medio, sino que tiene que ser el fin dentro del proceso democrático. Por eso, la selección de los objetos a ser protegidos por la norma penal ha de hacerse superando las formulaciones ideológicas que pueden conducir a la protección de algo que encubre otra realidad, o simplemente de algo cuya protección es incompatible con el carácter democrático del Estado. En el primer caso, lo que se protege no es lo que se dice y en el segundo lo protegido no es justo protegerlo.

No cabe duda que en el proceso participativo dentro de la relación social democrática el hombre se encuentra expuesto a la interpelación de los diferentes discursos ideológicos. Las diferentes ideologías se encuentran en una relación dialéctica en la sociedad civil. Son a veces contradictorias y excluyentes, otras complementarias o simplemente se sobreponen. Hay ideologías hegemónicas en los diferentes niveles de ideología, pero constituyen *"procesos sociales en curso"*. Por lo mismo tienen un carácter dinámico y su enfrentamiento dialéctico constituye una expresión de ejercicio de libertad política y de participación democrática (THERBORN, 1987, 63 y sgtes.).[2]

El ejemplo de la discusión sobre el aborto voluntario puede resultar ilustrativo. La apertura del proceso democrático en

(2) Por eso, con razón se ha sostenido que es falso sostener que una ideología o una ideología hegemónica sea el factor exclusivo de la cohesión social y que a lo más podría admitirse que la ideología hegemónica es un factor de cohesión de la clase dominante pero en ningún caso de la sociedad en su conjunto (ABERCROMBIE y otros, 1987, passim).

España permitió la confrontación ideológica. Por una parte la de aquéllos que entendían que el aborto debía ser prohibido porque implicaba la destrucción de una vida cuya protección debía sobreponerse a la de la libertad de la gestante y la de los que aún entendiendo que se trata efectivamente de la destrucción de una vida, lo que debía primar era la libertad de la gestante. La confrontación dialéctica de estas dos posturas ideológicas, aun no agotada, permitió una reforma penal que excluyó excepcionalmente de la punibilidad al aborto consentido cuando se dieran las circunstancias expresadas en el artículo 417 bis del Código Penal vigente. Ha sido la confrontación, amparada por el carácter democrático de la sociedad, lo que ha puesto de manifiesto que lo que realmente hay es un conflicto entre la vida dependiente y la libertad y, que por lo tanto, es un problema ideológico resolver a favor de una o de otra. Esta constatación permitió la tímida revisión de la política penal del aborto.

Ahora bien, según se ha dicho las ideologías se dirigen a los seres humanos constituyendo y modelando socialmente su subjetividad. De este modo la forma en que viven sus vidas como actores conscientes y reflexivos en un mundo estructurado y significativo queda condicionada por la interpelación ideológica. Esto quiere decir que en la conformación de la personalidad humana concurren tanto factores sociales como factores psíquicos. (THERBORN, 1987, 13).[3]

(3) El mundo de la estructuración de la personalidad y la influencia que pueda tener el medio social en el cerebro abre un campo ilimitado de investigación del que se ocupa la psicobiología. Una de las hipótesis que se sostiene dentro de esta ciencia, es la de la plasticidad neuronal. Quizá sería oportuno por lo sugerente y queriendo expresar cautela al hacerlo en una nota a pie de página, transcribir el párrafo que sigue: *"Otro experimento famoso es el efectuado con monos jóvenes a los que se cría inmóviles en el interior de un cilindro pintado con*

Desde el punto de vista de cómo las ideologías interpelan a sus destinatarios, siguiendo a THERBORN se pueden clasificar a efectos puramente analíticos en ideologías de tipo inclusivo-existencial, inclusivo-histórico, posicional existencial y posicional-histórico (THERBORN, 1987, 19 y sgtes.)

Las inclusivo-existenciales conforman al interpelado proporcionándole significados relacionados con su pertenencia a un mundo. Le da significados sobre la vida y la muerte, lo que es bueno y malo en la vida, lo que es posible o imposible en ella. Están constituídas por las creencias religiosas.

Las inclusivo-históricas constituyen a los hombres como miembros conscientes y beligerantes de unos mundos sociohistóricos. Pertenencia a una tribu, a una nación, a un Estado. A este tipo de ideologías pertenecen las teorías sociales conservadoras que buscan justificar un determinado orden y el sometimiento a ese orden. Estas ideologías estructurales pueden convivir con otras ideologías también de tipo inclusivo-histórico situadas a otros niveles. Así la ideología estructural del mercado competitivo no es incompatible con la pertenencia consciente a una determinada nacionalidad.

Las posicionales-existenciales someten y cualifican al hombre para una determinada posición dentro del mundo

---

rayas verticales. Al cabo de un tiempo el mono pierde la capacidad de detectar rayas horizontales o inclinadas: las neuronas correspondientes se han desactivado. Por añadidura, hay un período crítico pasado el cual el proceso se hace irreversible. Es decir, el animal ya no puede aprender a ver correctamente aún cuando le descosan el ojo o le libren de la prisión de rejas verticales. Los sistemas neuronales correspondientes de han vuelto rígidos. Piénsese en la posibilidad de explicar de manera parecida la fijación de las creencias humanas, en particular el dogmatismo y la consiguiente resistencia a la crítica y al cambio de opinión". (BUNGE, 1989, 20)

a que pertenece. Le dicen a alguien lo que es en contraposición a los otros, lo que es bueno y lo que es posible para él. Son las distinciones masculino-femenino, niño-adulto-viejo etc.

Desde la perspectiva del bien jurídico protegido por la norma penal es pertinente referirse a las ideologías de tipo inclusivo-histórico de carácter estructural. Son aquellas formulaciones que se corresponden a una concepción de la sociedad, sus fundamentos y mantenimiento. Son ideologías elaboradas, en la terminología gramsciana, por los llamados intelectuales orgánicos. En términos generales son ideologías de este tipo las que se manifiestan dentro del derecho penal en la selección de los objetos de protección.

Pero en el proceso dialéctico que tiene lugar en una sociedad democrática y que culmina con la determinación de que una determinada relación social (bien jurídico) es merecedora de protección, se interponen discursos ideológicos de diferente naturaleza. Desde luego están las ideologías estructurales o del poder que contribuyen a la conformación de relaciones de mercado bien sea promoviendo las condiciones para estas relaciones y en el ámbito penal prohibiendo relaciones que se realicen al margen del mercado o de las reglas de comportamiento que los sujetos deben observar en el mercado. Ejemplo claro a este respecto, son los delitos en contra de la propiedad sin contenido de violencia y las maquinaciones para alterar el precio de las cosas. También las ideologías estructurales justifican la prohibición de conductas que afectan a la vida, la salud individual, la salud colectiva, la seguridad etc. ya que su lesión afecta a las bases de existencia del sistema. Pero si bien en relación a la protección de estos bienes jurídicos concurren ideologías estructurales también pueden concurrir otros discursos ideológicos. Por ejemplo, la protección de la vida y de la liber-

tad. La vida y la libertad constituyen la base del sistema de mercado. Sin vida y libertad protegidas no puede funcionar el mercado. Pero en su protección pueden concurrir también otras ideologías incluso que nieguen la ideología del mercado y que se complementen con ideologías de carácter religioso que sostengan la protección de la libertad y la vida por encima de cualquier estructura, como la teología de la liberación de tanta importancia en Latinoamérica.

Resulta necesario determinar en cada norma penal el objeto realmente protegido. Se trata de superar el discurso ideológico y ver la realidad de la relación social concreta protegida para que el proceso de discusión democrático puede desarrollarse sin interferencias ideológicas que pueden conducir a proteger una realidad distinta que sea incompatible con los fines del Estado democrático. Esto podría suceder con la protección de objetos cuya justificación se realice desde ideologías de carácter existencial. Este tipo de ideologías conduce a la protección de objetos que no pueden ser protegidos en un Estado democrático.

Ejemplos a este respecto pueden ser la protección de la moral o de la religión. Su protección se justifica desde una ideología de tipo inclusivo-existencial. Cuando se protege la moral o la religión se están protegiendo creencias que pueden ser muy respetables, pero que no pueden ser impuestas al resto de los ciudadanos, pues significaría una intromisión intolerable en el ámbito de su libertad constituyéndose el derecho penal en un factor de discriminación. Otra cosa es que se proteja la libertad de una persona para obrar conforme a un código moral o para practicar una determinada religión. Pero lo que no se puede es, a través del discurso penal, imponer ese código moral o religioso.

En el castigo del adulterio en épocas ya felizmente superadas, el discurso ideológico era de tipo posicional-exis-

tencial. Se justificaba el castigo sólo respecto de la mujer aduciendo que lo protegido era la incolumidad o integridad de la familia. El examen de la relación social concreta y de la posición de la mujer dentro de ella, pone de manifiesto su condición de subordinación y, por lo tanto su desigualdad, respecto al hombre y que precisamente eso era lo que se protegía con ese delito. Discursos ideológicos de esta naturaleza son factores de discriminación social, creadores de desigualdades.

En definitiva se trata de que la tarea de la determinación del merecimiento de protección se haga libremente en la base social superando el discurso ideológico para ver la realidad del objeto a ser protegido y su compatibilidad con el Estado social y democrático de derecho. Se trata de que el objeto protegido se corresponda con la satisfacción de una **necesidad humana.**

3.2. *La satisfacción de necesidades humanas*

Como ha llamado la atención TERRADILLOS, en relación con el merecimiento de pena el concepto de necesidad humana aparece como criterio básico en una sociedad democrática para establecer si una determinada relación social concreta (bien jurídico) merece o no protección penal. La realización de la democracia presupone participación, pero participación no sólo en el proceso político, sino también en el económico y en el cultural. La participación en el proceso económico comprende no sólo la creación de riqueza sino también su distribución multilateral e igualitaria. Este tipo de participación que conforma la democracia plena, se vincula con la satisfacción de necesidades humanas. (TERRADILLOS, 1981, 136).

El concepto de necesidad humana, debe ser entendido como "deseo consciente, aspiración dirigida hacia en cierto objeto" (HELLER, 1986b, 170). De este modo, al quedar la satisfacción de una necesidad humana asociada a la protección de un bien jurídico, el hombre, por encima de un sistema social de normas y reglas de conducta, pasa a constituírse en el centro de la protección penal.

Siguiendo a A.HELLER, las necesidades humanas pueden ser agrupadas en tres grandes categorías: Las existencias les, las propiamente humanas y las radicales (1981, 1986 a, 1986b; TERRADILLOS, 1981, 137).

Las necesidades existenciales están basadas en el instinto de autoconservación y al referirse al mero mantenimiento de la vida humana son base y condición para la satisfacción de las demás necesidades. Las humanas se distinguen porque en cuanto a deseos o aspiraciones hacia un cierto objeto el impulso natural no juega ningún papel. En cuanto a las necesidades radicales, éstas surgen de la propia sociedad capitalista y su satisfacción está referida a los cambios de estructura (HELLER, 1981, 141).

El concepto de necesidad asociado al derecho penal, restringirá el concepto de protección a las condiciones de satisfacción de las necesidades. De este modo, las relaciones sociales concretas protegidas por el derecho penal habrían de ser aquéllas que están en función del desarrollo de dichas necesidades. El derecho penal cumpliría esta tarea en un doble sentido. En un sentido positivo protegiendo mediante prohibiciones o mandatos aquellas relaciones sociales concretas que inciden directamente en la satisfacción de necesidades. En un sentido negativo, no prohibiendo conductas cuyo objetivo sea la satisfacción de necesidades en el marco legal de un Estado social y democrático de derecho.

Desde luego, no puede ponerse en duda la protección de ciertas relaciones sociales concretas cuando están directa o indirectamente vinculadas a la satisfacción de necesidades existenciales. Dentro de esta categoría estarían incluidos la libertad, la vida, la salud y la seguridad.

En cuanto a las necesidades humanas, hay que distinguir si estamos frente a necesidades alienadas o no alienadas. Las primeras de carácter cualitativo serían por ejemplo, el descanso superior al necesario para la reposición de la fuerza de trabajo, actividad cultural, el juego, el amor, etc... Las segundas, de carácter cuantitativo se manifiestan como fuerzas extrañas al hombre y lo dominan. Son la necesidad de dinero, de poder y de posesión. Estas necesidades al alienarse del hombre dejan de ser un medio y se transforman en sí mismas en un fin constituyéndose en un poder social extraño que, aun cuando creado por el hombre puede llegar a dominarlo. (HELLER, 1986 a, 51; 1986 b, 172; LAMO DE ESPINOSA, 1981, 31; SCHAFF, 1979, passim).

Es indiscutible que en un Estado social y democrático de derecho, el derecho penal no puede favorecer la satisfacción de las necesidades alienadas. Por su propia naturaleza, la protección de las condiciones de satisfacción de estas necesidades tendería a profundizar las desigualdades y promovería situaciones de sometimiento y dependencia de unos hombres con otros. (TERRADILLOS, 1981, 139)

En cuanto a las necesidades radicales y las necesidades propiamente humanas, ambas de naturaleza puramente cualitativa, no pueden ser negadas en un estado democrático. Si bien no es función del derecho penal promover una política de satisfacción de estas necesidades, no puede constituirse en un obstáculo que impida la satisfacción de estas necesidades dentro de un marco legal. Dicho de otra forma, en un Estado social y democrático de derecho el sistema de prohi-

biciones y mandatos que conforma al derecho penal no puede oponerse a las condiciones para su satisfacción. (ob. cit. 140).

La ideología puede encubrir privilegios que son fuente de desigualdades, haciéndolas aparecer como una necesidad. También puede hacer aparecer como necesidad lo que no son más que meras creencias, esto es, ideología pura. En este último caso se encontraría, como se ha destacado, la protección de la religión o el castigo de conductas consideradas como inmorales desde una determinada perspectiva.

Especial consideración merece en este sentido la protección a nivel constitucional de la propiedad y de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado en los artículos 33 y 38. Estos derechos pueden ser fuente de desigualdades y en esta medida, constituirse en obstáculos para la realización de la democracia plena. De ahí que sea necesario redimensionar su contenido para armonizarlo con el Estado social y democrático de derecho.

La ideología presenta al mercado como el lugar en que se realizaría la libertad y la igualdad del hombre, ya que todos pueden concurrir compitiendo en las mismas condiciones a ofrecer las mercancías. Los trabajadores con su fuerza de trabajo y los empresarios con el producto. Lo cierto es que con esta formulación se está encubriendo una situación de explotación. La competencia no es expresión de la libertad de los individuos, ni el mercado posibilita el acceso de los individuos en igualdad de condiciones. La ideología de la libertad y de la igualdad, lo que hace no es sino ocultar el mecanismo de acumulación de capital y de reproducción del sistema económico con el objeto de asegurar su perpetuación. En el mercado no se produce un enfrentamiento entre

individuos libres, sino un enfrentamiento entre capitales. La única libertad es la libertad del capital. (LAMO DE ESPINOSA, 1981, 35 y sgtes).

De esta forma el derecho penal en un Estado social y democrático de derecho si bien debe proteger estos bienes jurídicos por exigencias estructurales, no está en condiciones de hacerlo en forma absoluta. Por encima de las formulaciones ideológicas y tomando en cuenta la posición concreta de los individuos en la relación social concreta protegida, sólo puede dar una protección selectiva que considere la función social que la Constitución le atribuye a estos derechos.

En efecto, por mandato constitucional al mismo tiempo que se consagran estos derechos y la obligación de respetar su contenido esencial en los artículos 33, 38 y 53.1, en otros como el 128, 131, 45 y 46, se establecen condicionamientos que permiten sostener de manera general la subordinación al interés público. Pero el de mayor importancia es el artículo 9.2 situado en el Título Preliminar de la Constitución, que asigna a los poderes públicos el deber de *"promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas"*.

Por eso se puede sostener con fundamento que nuestra Constitución niega la identificación libertad del capital-libertad del individuo y reconoce su relación inversamente proporcional, esto es, que a mayor libertad del capital menor libertad del individuo y viceversa. Más aún, de manera explícita la Constitución privilegia la libertad del individuo por sobre la libertad del capital reduciendo la libertad empresarial que se ve afectada por la obligación de los poderes públicos de hacer efectivos los derechos socioeconómicos de los ciudadanos, como por ejemplo, la protección de la familia y de la infancia, la redistribución de la renta, educa-

ción, salud, la conservación del medio ambiente, derecho a la vivienda, protección de los consumidores, y en general, todos los contenidos en el Capítulo Tercero.

De esta forma, cumpliría el mandato constitucional y sería una condición de desarrollo de una necesidad, la protección de los derechos sociales de los trabajadores, de la propiedad ante fraudes inmobiliarios, ante quiebras y suspensiones de pagos fraudulentas y, en general, ante conductas que si bien es cierto que protegen la propiedad, lo hacen considerando la situación concreta de los sujetos en la relación social y que la realización de estas conductas conducen a los afectados a la marginación social. (TERRADILLOS, 1981, 140-141).

Se trata en general, de delitos realizados desde posiciones de poder, los llamados *"delitos de los poderosos"* o delitos de *"cuello blanco"* (SUTHERLAND, 1969). En estos delitos especialmente cobra especial importancia un criterio complementario al de *"satisfacción de necesidades humanas"*, que sería el de *"dañosidad social"*.

En los llamados *"delitos de los poderosos"* o de *"los detentadores del poder"* el concepto de dañosidad social ofrece la posibilidad de afrontar desde una perspectiva crítica el tema de la criminalidad económica (PAVARINI, 1975, 540). El concepto puede ser definido en una perspectiva amplia como aquellos actos disfuncionales a los intereses sociales, realizados al margen de las normas que en la sociedad capitalista regulan el proceso de acumulación. La violación de *"las reglas del juego"* otorga una ventaja al infractor en el proceso de competencia y, al mismo tiempo, es una factor que profundiza las desigualdades en la medida que hace directa o indirectamente víctima a los sectores sociales más desfavorecidos. Entendida en esta forma la *"dañosidad social"* permite revisar el sistema de criminalización en un

doble sentido: criminalizando comportamientos dañinos socialmente aun no incorporados al sistema penal y descriminalizando otros. Desde esta óptica cobran otra dimensión los delitos en contra de la propiedad, el fraude fiscal, los fraudes a la seguridad social, las estafas de subvención, el uso de información bursátil, etc.

Pero en todo caso, es el concepto general de necesidad humana el básico a partir del cual hay que determinar la necesidad de protección de los bienes jurídicos. La Constitución desde este punto de vista aparece como un texto rico en cuanto continente de necesidades y de orientación. Sin embargo, discrepando de las teorías constitucionales, no puede esperarse de la Constitución otra cosa que orientación para el establecimiento de los bienes jurídicos, pero desde el concepto más amplio y general del de necesidad humana. Las necesidades humanas tienen un carácter individual en cuanto están en relación con el individuo. Pero también tienen un carácter social, surgen de las condiciones concretas de la propia sociedad. Esto es válido incluso para las necesidades existenciales. Así, la alimentación tiene una dimensión social en cuanto a los productos concretos. Las necesidades alimenticias serán diferentes en una sociedad que vive al borde del mar a las que tenga una sociedad que vive en el interior y dependerán también de sus condiciones culturales. (HELLER, 1986 a, 30).

En cuanto a las necesidades radicales, aquéllas que sólo pueden satisfacerse con la superación de la estructura capitalista HELLER, 1981, 141), como señala TERRADILLLOS, sería utópico pretender que el derecho penal sea el vehículo para la satisfacción de estas necesidades. Pero el carácter democrático material del Estado impediría la persecución penal de las legítimas actuaciones que se desarrollen en tal sentido. El contenido del derecho penal político no

puede ser el de la persecución de la disidencia política realizada en el marco de la esencia democrática del Estado y a través de los canales que el propio Estado arbitra.

Necesidad humana y su complemento dañosidad social, bien jurídico y norma penal como conceptos materiales interrelacionados colocan al hombre, como sujeto titular de libertad y de dignidad, en una posición antinómica, en la más pura tradición iluminista, frente al poder. Pero, el poder entendido en un sentido amplio, no sólo el público, sino que también frente al que se ejerce desde las esferas privadas. En el estadio actual de desarrollo del capitalismo con el desplazamiento del poder a la esfera privada, el hombre no sólo se encuentra en posición antinómica frente al Estado sino también frente a estas instituciones.

IV

HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA TELEOLÓGICO DE DELITO

Como ha hecho notar RADBRUCH (1930, 158 y sgtes.), el modelo LISTZ-BELING de teoría del delito ha sido estructurado como un sistema categorial en cuya base está la acción condicionando el contenido de todos los elementos del injusto. Este mismo autor ha señalado que la construcción de un sistema teleológico fundado en la protección de bienes jurídicos está aun por desarrollar. La tarea consistiría en colocar definitivamente el concepto de bien jurídico, sustrayéndolo de su situación límite entre el derecho penal y la política criminal, en el sistema de la teoría del delito.

Desde luego, como se desprende de las páginas precedentes, un derecho penal de exclusiva protección de bienes jurídicos más que un planteamiento político criminal y, por lo tanto sujeto a la discrecionalidad del poder, constituye una exigencia en el Estado social y democrático de derecho que centra su actividad y desarrollo en el hombre como fin. La política penal fundada en la protección de bienes jurídicos constituye una realización material del reconocimiento del hombre, titular de libertad y dignidad, como sujeto participativo en los procesos sociales.

El derecho penal se amplía de esta forma como sistema de garantías. La responsabilidad penal no derivará simplemente de la realización formal de una conducta definida

previamente como delito, sino que será necesario que esa conducta esté dotada de la **significación social** que sólo la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico le puede dar. El bien jurídico deberá constituirse en reemplazo de la acción en la piedra angular de la teoría del delito. No bastará ya con la realización antijurídica de una conducta típica dolosa o culposa, sino que será necesario además que esa conducta sea socialmente significativa. Será socialmente significativa en cuanto tenga capacidad y afecte efectivamente a un bien jurídico. El principio de culpabilidad (vinculación personal del sujeto con el hecho) y el principio de protección de un bien jurídico (capacidad de lesionar y lesión efectiva del bien jurídico) deben complementarse en un Estado social y democrático de derecho para que pueda hacerse efectiva una responsabilidad penal.

El modelo categorial fundado en la acción ha llevado inevitablemente a plantear como punto nuclear en la determinación de la tipicidad el problema de la relación causal entre la acción típica y el resultado. La historia de la teoría del delito desde LISZT y BELING hasta la actualidad, demuestra que ella ha consistido en un continuado esfuerzo por superar la impronta positivista de la causalidad y los problemas irresolubles que plantea. (HORMAZABAL, 1989, passim). La alternativa teleológica da un nuevo contenido al injusto y permite distinguir dos esferas diferenciadas en la teoría del delito: la del injusto y la del sujeto responsable. Por ello, con razón se ha planteado que hay que hablar de una teoría del injusto y de una teoría del sujeto responsable. (BUSTOS, 1989, 151 y sgtes).

El contenido de los elementos que integran el injusto, —tipicidad y antijuricidad—, en la alternativa teleológica está determinado por el bien jurídico, esto es, por la relación social concreta protegida por la norma penal. Será el bien

jurídico colocado como referente en la base misma de la teoría del delito el que le dará contenido material al injusto. La tipicidad y la antijuricidad se constituye en dos momentos valorativos diferentes de un mismo hecho. Este hecho, estando ya definida la tipicidad y la antijuridicidad, dará lugar a una unidad: el injusto. Será por este injusto concreto, realización personal de un sujeto dotada de sentido y significación social, que deberá establecerse si dicho sujeto debe o no responder penalmente por él.

1. Bien jurídico y tipicidad

Determinar la tipicidad de una conducta no se agota simplemente con el proceso lógico formal de subsunción. Implica, además, en un momento posterior un proceso de valoración (TORIO, 1989). Y no puede ser de otra forma si se tiene en cuenta que el tipo penal no es simplemente una suma de diferentes elementos objetivos y subjetivos sino que es antes que nada una valoración que se expresa a través de dichos elementos.

Señalar que el tipo penal es simplemente el continente de una acción cuya realización condicionada por los demás elementos típicos da lugar a responsabilidad penal, es inexacto por insuficiencia. El tipo penal expresa más que una acción. En el tipo se contiene una **situación social**, un proceso interactivo singular que debe realizarse concurriendo las circunstancias personales y objetivas que en forma abstracta y genérica en él se contemplan. La acción no agota al tipo penal. Es un elemento que expresa una vinculación concreta entre dos sujetos en un contexto social generando un proceso interactivo dotado de sentido y significación social.

De acuerdo con nuestro sistema penal el sujeto sólo responderá de sus realizaciones lesivas de un bien jurídico. Será a partir del sentido que el sujeto haya dado a esas realizaciones en el contexto típico, que deberá establecerse si tiene alguna vinculación personal con el hecho y si esa vinculación personal se corresponde con dolo o culpa, que son las únicas que pueden dar lugar a responsabilidad penal.

Pero no basta con esa vinculación personal en una situación social típica. Es necesario que esa situación sea socialmente significativa.

En efecto, los tipos penales, como se ha dicho, recogen momentos singulares lesivos de los bienes jurídicos protegidos por la norma que los precede, Luego, esto significa que sólo serán típicas aquellas situaciones concretas que tengan significación para el bien jurídico protegido. No basta con la intencionalidad del sujeto para una responsabilidad penal. Es necesario valorar si esa acción concreta es señal de una posible lesión de un bien jurídico.

El bien jurídico da contenido material a la tipicidad. Así, todos los supuestos de delito imposible por inidoneidad absoluta en los medios o en el objeto, no son más que delitos formales ya que carecen de significación social material que les da el bien jurídico. El que quiere matar a una persona dándole a beber infusiones de manzanilla en la creencia de que es un veneno o apuñala un cadáver, no realiza una acción de matar aun cuando su intención haya sido matar. El bien jurídico protegido, la vida en este caso, no le da ninguna significación a esas conductas que sólo pueden ser signos de peligrosidad. Del mismo modo, conductas que en relación al bien jurídico tienen significación pero escasa, pueden quedar al margen de la tipicidad. Una sustracción de poca monta en un supermercado, por ejemplo, tiene una significación social negativa de tan poca importancia que

perfectamente puede quedar al margen del tipo de hurto. Una decisión en este sentido sería, por lo demás, coherente con un derecho penal de *ultima ratio*. (BUSTOS-HORMAZABAL, 1987, passim; HORMAZABAL, 1989, passim).

De este modo, la tipicidad constituye una primera valoración del hecho. Se trata de constatar mediante un juicio de atribución, la identidad formal y material de la situación social concreta con la expresada en forma abstracta y genérica en el tipo penal. Desde un punto de vista valorativo se habrá constatado no sólo un disvalor de acción, sino el disvalor de una situación social.

2. Bien jurídico y antijuricidad

La antijuricidad constituye el segundo momento valorativo de la situación social. Si en el primer momento, el de la tipicidad, el referente fue el tipo penal en esta oportunidad es el ordenamiento jurídico y la relación social concreta protegida (bien jurídico).

Desde la perspectiva del ordenamiento jurídico hay hechos que están fuera del marco del hecho típico y que deben ser valorados conjuntamente o en relación con estos. Así, los hechos que conforman presupuestos de una causa de justificación no son considerados en la determinación de la tipicidad,[1] pero si en la antijuricidad. La situación social sigue siendo una sola, pero con dos momentos valorativos diferentes. Del complejo de hechos que conforman la situación social, algunos hechos adquieren más relevancia que otros, según cual sea el

(1) En una división tripartita de los elementos del delito, no así para el causalismo valorativo (MEZGER-SAUER) o para la teoría de los elementos negativos del tipo.

momento valorativo. Dado el carácter **ratio cognoscendi** de la antijuricidad que tiene la tipicidad, simplemente constatando la ausencia de causas de justificación se habrá determinado formalmente la antijuricidad.

Pero, el sistema teleológico implica por sobre todo, la constatación de la antijuricidad material consistente en la lesión del bien jurídico protegido por la norma. También constituye un juicio valorativo. Se trata de determinar si la realización típica produjo o no una lesión del bien jurídico concreto, entendida la lesión en un sentido figurado tratándose el bien jurídico de una entidad ideal fuera del mundo causal y en un sentido amplio comprendiendo también la puesta en peligro. (SUAY, 1989, 569 y sgtes).

Se trata ahora de un juicio de imputación. Se trata de ver si la lesión del bien jurídico que siguió a la realización típica es **imputable objetivamente** a ella. A este respecto, surge como criterio valorativo especialmente valioso, la realización del plan del autor, corolario en el fondo de la fórmula del HONIG (1919, 184) del *"resultado pensado como colocado conforme al objeto"*. (BUSTOS, 1989 b, passim; HORMAZABAL, 1989, passim).

De esta forma, con la alternativa teleológica el desvalor de resultado se integra en el injusto[2] como una negación efectiva de la relación social concreta protegida. La exigencia de la antijuricidad material amplía el carácter garantista del sistema penal al entrar a considerar al delito en su realidad material, como la realización de un individuo concreto dentro de la relación social.

(2) En España, como señala BUSTOS (1989 a, 157), los finalistas han sido heterodoxos. En efecto, tanto SUAREZ MONTES (1974) como CEREZO (1981, 445 y sgtes.) han destacado el papel del desvalor del resultado en el injusto.

3. Bien jurídico y pena

El Estado protege los bienes jurídicos mediante la pena. Como se ha visto en el proceso de selección de los 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.

De esta manera, la pena tiene por función la protección de bienes jurídicos. En la protección de esas relaciones sociales concretas el estado se **autoconstata,** fijando dichas relaciones sociales, sin perjuicio de que en un Estado democrático dichas relaciones estén sujetas a una constante revisión. (BUSTOS-HORMAZABAL, 1980, 126). Por eso hablar de política penal en un Estado democrático es hablar de política de protección de bienes jurídicos. Por su parte, política penal de exclusiva protección de bienes jurídicos en un Estado democrático significa exponer el sistema penal a la revisión crítica desde su propia base de legitimación. Y la revisión de la relación social concreta protegida, de su merecimiento de protección y de la intensidad de su protección implica la revisión en definitiva del sistema penal en su conjunto y del propio Estado.

Por eso, la pena asociada a una función de bienes jurídicos viene a significar una condición necesaria de la democracia: la posibilidad que el ciudadano participe en el proceso que habrá de conducirlo a su realización como ser crítico y liberado.

V

BIBLIOGRAFÍA

ABERCROMBIE N., HILL S., TURNER B.: (1987) La tesis de la ideología dominante, Madrid, S. XXI;

AMELUNG K.: (1972 a) Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt a M., Athenäun Verlag;

- (1972 b) Recensión a Marx M.: "Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut" en ZSTW 84, págs. 1015 y sgtes.

- (1973) Resención a Hassemer W. (1973): "Theorie und Soziologie des Verbrechens", Frankfurt a. M., Athenäum en ZSTW. 87, págs. 133 y sgtes.

AMIRANTE C.: (1973) "Introducción" en FORSTHOFF E.: Stato di Diritto in Transformazione, Milan, Giuffré Editore.

ANGIONI F.: (1983) Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico, Milan, Giuffré Editore.

APARICIO M. A.: (1984) Introducción al sistema político y constitucional español, 2.ª ed., Barcelona, Ed. Ariel.

BARATTA A.: (1978) "Criminología crítica y derecho penal" en Revue Imternationale de Droit Penal 1 (1978) págs. 43-55.

- (1982) "Criminología Crítica e crítica del diritto penale" en La Questione Criminale 5.

- (1984) "La teoria della prevenzione-integrazione e la teoria sistemica della societá e del diritto" en Dei Delitti e delle Pene 1 (1984) págs. 5-31.

BERGALLI R.: (1980) La recaída en el delito. Modos de reaccionar contra ella, Barcelona.

- (1983) "Perspectiva sociológica: estructura social" en El Pensamiento Criminológico I (1983) págs. 133-158.

BINDING K.: (1916) Die Normen und ihre Uebertretung, 3 ed., Leipzig, Verlag Felix Meiner, T. I.

- (1975) Grundriss des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil, 8 ed., Leipzig, Alen Scientia Verlag.

BIRNBAUM J.M.F.: (1834) "Uber das Erfordernis eines Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung" en Archiv des Criminalrechts, Nueva Edición, T. 15, págs, 149 y sgtes.

BODENHEIMER E.: (1974) Teoría del Derecho, México, F.C.E.

BRICOLA F.: (1973) "Teoria generale del reato" en Novissimo Digesto Italiano, T. XIX, Turin, Utet, págs, 7-93.

- (1980) "Legalitá e crisi: l'art. 25, commi 2.e 3., della Costituzione rivisitato alla fine degli anni 70" en La Questione Criminale 2/3 (1980), págs. 179-275.

- (1981) "Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale" en La Questione Criminale 3 (1981), págs. 445-460.

BUNGE M.: (1989) Mente y sociedad, Madrid, Alianza Editorial.

BUSTOS J.: (1978) "Política criminal e injusto" en Revue Internationale de Droit Pénal 1 (1978), págs. 121-134.

- (1983 a)"Criminología y evolución de las ideas sociales" en El Pensamiento Criminológico I, (1983) Barcelona, págs. 27-48.

- (1983 b)"Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología" en El Pensamiento Criminológico II, (1983) Barcelona, págs. 11-31.

- (1986) Introducción al Derecho Penal, Temis, Bogotá.

- (1987) "Política criminal e injusto" en Control Social y Sistema penal, (1987) Barcelona, Ed. PPU págs. 159 y sgtes.

- (1989 a) Manual de Derecho Penal (Parte general), 3ª ed., Barcelona, Ed. Ariel.

- (1989 b) "Imputación objetiva (Cuestiones metodológicas y sistemáticas)" en Estudios penales y criminológicos XI (1989), Santiago de Compostela, págs, 105-145.

BUSTOS RAMÍREZ J., HORMAZÁBAL MALARÉE H.: "Pena y Estado" en Papers 13 (1980) págs. 97-128.

- (1987) "Significación social y tipicidad" en Control Social y Sistema Penal (1987), Barcelona, págs. 105 y sgtes.

CALLIES R.P.: (1974) Theorie der Strafe im demokratischen und soziales Rechtsstaat, Frankfurt.

CEREZO MIR J.: (1976) Curso de Derecho Penal Español, 2 ed., Madrid, Ed. Tecnos.

COMTE A.: (1934) Discurso sobre el Método Positivo, Madrid.

DE LOS RÍOS F.: (1978) "Introducción" en JELLINEK: Teoría general del Estado, Buenos Aires.

DEL ÁGUILA TEJERINA R.: (1982) Ideología y Fascismo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

DOBB M.: (1976) Estudios sobre el desarrollo del capitalismo, 8 ed., Madrid, S. XXI.

ENGISCH K.: (1967) Introducción al pensamiento jurídico, Madrid, Guadarrama.

ESCRIVÁ GREGORI J.M.: (1980) "Algunas consideraciones sobre derecho penal y Constitución" en Papers 13 (1980), Barcelona, págs. 141-165.

FEUERBACH P.J.A.: (1832) Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, Giessen, 1832.

FIANDACA G.: (1982) "Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale" en Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale 1 (1982), págs. 42-81.

GALLAS W.: (1959) La teoría del delito en su momento actual, Barcelona, Bosch.

GARCÍA COTARELO R.: (1979) Crítica de la teoría de sistemas, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas.

GÓMEZ BENÍTEZ J.M.: (1983) "Sobre la teoría del bien jurídico (aproximación al ilícito" en R.F.M.U.C.M. 69 (1983), págs. 85-111.

GONZÁLEZ RUS J.J.: (1982) Seminario sobre bien jurídico y reforma de la parte especial (Siracusa, 15-18 Octubre 1981), en Crónicas extranjeras, ADP (1982), pág. 705-718.

GONZÁLEZ VICEN F.: (1979) "La escuela histórica del derecho" en Anales de la Cátedra Francisco Suárez 18-19, Granada, págs. 1-48.

- (1969) "La filosofía del derecho como concepto histórico" en Anuario de Filosofia del Derecho. T. XIV págs. 32 y sgtes.

GOULDNER A.: (1979) La Crisis de la Sociología occidental, Buenos Aires, Amorrortu Editores.

GRAMSCI A. 1950): Cartas de la cárcel, Buenos Aires, Ed. Lautaro.

-(1968) El Princep Modern, Barcelona, Ediciones 62;

-(1971) El Materialismo histórico y la Filosofía del Benedetto Croce, Buenos Aires, Ed. Nueva Visió.

HABERMAS J.: (1984) Ciencia y Técnica como ideología, 1 ed. Madrid.

- (1986) La reconstrucción del Materialismo histórico, Madrid, Ed. Taurus.

HASSEMER W.: (1973) Theorie und Soziologie des Verbrechens, Frankfurt a.M., Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag.

- (1974) Strafrechts-Dogmatik und Kriminalpolitik, Ed. Ro Ro Ro.

- (1984) "Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale" en Dei Delitti e delle Pene 1 (1984).

- (1989) "Lineamientos de una teoría personal del bien juridico" en Doctrina Penal 46/47 (1989), págs. 275-285.

HEGEL G.W.F. (1930) Grundlinien der Philosophie des Rechts, 3 ed. Leipzig, Verlag von Felix Meiner.

- (1971) Fenomenología del Espiritu, México, F.C.E.

HELLER A.: (1981) Para cambiar la vida, Barcelona, Crítica, Grijalbo.

- (1986 a) Teoría de las necesidades en Marx, 2 ed. Barcelona, Ediciones Península.

- (1986 b) "Teoría, praxis y necesidades humanas" en Heller A.: (1986) Teoría de las necesidades en Marx, 2 ed. Barcelona, Ed. Península, págis. 159-182.

HOBSBAWM E.J.: (1974) Las Revoluciones Burguesas, Madrid, Ediciones Guadarrama.

HONIG R.: (1919) Die Einwillung des Verletzten, Mannheim-Berlin Leipzig.

HORKHEIMER M.: (1979) "La filosofía de Kant y el Iluminismo" en HORKHEIMER M. (1979): Sobre el concepto del hombre y otros ensayos, Buenos Aires.

HORMAZÁBAL MALARÉE H.: (1983) "Consideraciones en torno de la incriminación de conductas lesivas a la competencia" en Revista Técnico Laboral 15 (1983), pág. 29.

- (1986) "La imprudencia punible tras la Reforma de 1983 y de la nueva ley orgánica del poder judicial" en Revista Judídica de Cataluña (1986), págis. 686 y sgtes.

- (1984) "Política penal en el Estado democrático" en A.D.P. (1984), págs. 333 y sgtes.

- (1989) "Imputación objetiva y subjetiva en los delitos calificados por el resultado" en A.D.P. (1989). págs. 1021 y sigtes.

IHERING R.: (1916) Der Zweck im Recht, 5 ed. 2T. Leipzig. Breitkopf und Härtel.

JAKOBS G.: (1983) Strafrecht. Allgemeiner Teil, Berlin, New York, Ed. de Gruyter.

JELLINEK G.: (1978) Teoría General del Estado, trad. de la 2 ed. alemana de De los Rios F., Buenos Aires, Ed. Albatros.

JESCH D.: (1978) Ley y administración, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos.

JESCHECK H.H.: (1981) Tratado de Derecho Penal, 2 T., Barcelona, Bosch, trad. y ediciones al derecho español de la 3 ed. alemana de Mir Puig S. y Muñoz Conde F.

KAUFMANN A.: (1954) Lebendiges und Totes in Bindings Noermentheorie, Göttingen, Verlag Otto Schwartz.

- (1982) "Hans Welzel zum Gedenken" en Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, Colonia, Carl Heymanns Verlag, págs, 279-293.

KELSEN H.: (1959) Teoría general del Estado, México.

KUHN R.: (1971) "Modelos de dominación pública" en ABENDROTH W., LENK K.: (1971) Introducción a la Ciencia política, Barcelona, Ed. Anagrama.

LAMO DE ESPINOSA E.: (1981) La Teoría de la Cosificación. De Marx a la Escuela de Frankfort, Madrid, Alianza Univesidad.

LAMPE E.J.: (1974) "Rechtsgut, Kulturelle Wert und individuelles Bedurfnis" en Festsgrift für Hans Welzel, Berlin.

LECHNER N.: (1984) La conflictiva y nunca acabada construcción del orden deseado, Santiago- Chile, Ed. Ainavillo.

LENK K.: (1971) "La ciencia política como crítica e instrumento de poder. Visión histórico-dogmática" en ABENDROTH W. Y LENK K.: Introducción a la ciencia política, Barcelona, Anagrama.

V. LISZT F.: (1888) "Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft" en ZStW, T. VIII, págs. 134 y sgtes.

- (1905 a) "Kriminalpolitischen Aufgaben" en Strafrechtlichen Vorträge und Aufsätze, T.I. Berlín.

- (1905 b) "Uber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen und die Grundbegriffe des Strafrechts" en Strafgrechtlichen Vorträge aund Aufsätze, `. II Berlín, pág. 80.

- (1905 c)"Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche" en Strafrechtlichen Vorträge und Aufsätze, Berlín, págs. 212 y sgtes.

- (1905 d) "Der Zweckgedanke im Strafrecht" en Strafrechtkiche Vorträge und Aufsätze, T. I. Berlín, (1970), págs. 120 y sgtes.

- (1905 e) "Das Verbrechen als Sozialpathologische Erscheinung" en Strafrechtlichen Vorträge und Aufsätze, Berlín, (1970), págs. 230 y sgtes.

- (s/f) Tratado de Derecho Penal, Madrid, Editorial Reus, 3 T.

LUHMANN N.: (1972 a) Rechtssoziologie 1, Reinbec'; bei Hamburg, Rowohlt Taschenbuch Verlag Gmbh.

- (1972 b) Rechtssoziologie 2, Reinbeck bei Hamburg, Rowohlt Taschenbuch Verlag Gmbh.

- (1983) Sistema jurídico y dogmática jurídica, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

- (1984) Soziale Systeme, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag.

MACPHERSON C.B.: (1979) La teoría política del individualismo posesivo, 2 ed. Barcelona, Fontanella.

MARSAL J.F.: (1977) La crisis de la Sociología Americana, Barcelona.

MARX K.: (1977) Líneas fundamentales (Grundrisse) 2 T., Barcelona, Ed. Crítica.

MARX M.: (1972) Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut", Köln, Carl Heymanns Verlag, KG.

MAYER H. (1967) Strafrecht. Allgemeiner Teil (Stuttgart Berlin, Colonia, Mainz, W. Kohlhammer Verlag).

MENÉNDEZ REIXACH A.: (1979) La Jefatura del Estado en el Derecho Público Español, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.

MERKEL A.: (s/f) Derecho Penal T. I. Madrid, La España Moderna.

MERTON R.K.: (1984) Teoría y estructura sociales, México, Fondo de Cultura Económico.

MIAILLE M.: (1978) L'Etat du Droit, Grenoble, François Maspero, Presse Universitaires.

MILIBAND R.: (1978) El Estado en la Sociedad Capitalista, 8 ed. Madrid, s. XXI.

MIR PUIG S.: (1976) Introducción a las Bases del Derecho Penal, Barcelona, Bosch.

- (1985) Derecho Penal. Parte general, 2 ed., Barcelona Ed. PPU.

- (1986) "Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva" en Revista Poder y Control 0, PPU (1986), págs. 49-59.

- (s/f) "Objeto del delito" en NEJ, págs. 764 y sgtes.

MUÑOZ CONDE F.: (1985) "La norma jurídica penal" en MUÑOZ CONDE F.: (1973) Derecho Penal y Control Social, Jerez, Fundación Universitaria de Jerez, págs. 19-28.

MUSCO E.: (1974) Bene Giuridico e tutele dell'Onore, Milán, Giuffré Editore.

OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO E.: (1981) Sobre el concepto de Derecho Penal, Madrid, Facultad de Derecho, Sección Publicaciones.

OCTAVIO DE TOLEDO - HUERTA TOCILDO: (1985) Derecho Penal. Parte General 1; (1986) II.

OTTO H.: (1971) "Rechtsgutbegriff und Delikttatbestand" en Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, Colonia, Berlín, Bonn, Carl Heymann Verlag, págs. 2 y sgtes.

PADOVANI T.: (1984) "La problemática del bene giuricico e la scelta delle sanzioni" en Dei Delitti e delle Pene 1 (1984), págs. 114-132.

PAREJO ALFONSO L.: (1983) Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa, Madrid, Civitas.

PARSONS T.: (1968) La estructura de la acción social I y II, Madrid, Ediciones Guadarrama.

- (1976) El Sistema social, 2 ed., Madrid, Biblioteca de la Revista de Occidente.

PAVARINI M.: (1975) "Recerca in tema di Criminalitá economica" en La Questione Criminale 3, Bologna, págs. 537-549.

POLAINO NAVARRETE M.: (1974) El bien jurídico en el Derecho Penal, Sevilla, Anales de la Universidad Hispalense.

PORTELLI H.: (1978) Gramsci y el bloque histórico, 5ª ed. México, s. XXI.

PULITANO D.: (1981) "La teoria del bene giuridico fra codice e Constituzione" en La Questione Criminale, págs. 111-121.

- (1983) Obblighi costituzionali di Tutela penale? en Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale 2 (1983) págs. 484-531.

QUINNEY R.: (1975) "Control del crimen en la sociedad capitalista: una filosofía crítica del orden legal" en Criminología crítica, México, s. XXI, págs. 229.

RADBRUCH G.: (1930) "Zur Systematik der Verbrechenslehre" en Beiträge zur Strafrechtswissenschaft T. I, en Homenaje a Reinhard von Frank, Tubingen, J.C.B., págs. 158 y sgtes.

ROCCO A.: (1932) L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale, Roma, Societa Editrice del Foro Italiano.

ROXIN C.: (1976 a) "Sentido y límites de la pena estatal" en Problemas básicos de derecho penal, Madrid, Reus, págs. 11-36.

- (1976 b) "Franz v. Liszt y la concepción político criminal del Proyecto Alternativo" en Problemas básicos del derecho penal, Madrid, Reus, págs. 37-70.

- (1981) Culpabilidad y prevención en derecho penal, Madrid, Editorial Reus, S.A.

RUDOLPHI H.J.: (1970) "Die Verschiedene Aspekte des Rechtsgutbegriffs" en Festschrift für Richard M. Honig, Gottingen Verlag Otto Schwartz & Co.

RUSCHE G., KIRCHHEIMER O,: (1974) Sozialstruktur und Strafvollzug, Frankfurt A. M.

SABINE G.: (1975) Historia de la Teoría Política, 7 reimpresión, Madrid, Fondo de Cultura Económica.

SACK F.: (1985) "Kriminalitätstheorien, Soziologische", en Kaiser, Kerner y otros editores: Kleines Kriminologisches Wörterbuch 2 ed., Heidelberg, Müller Verlag, págs. 234-243.

SAX W.: (1972) "Grundsätze der Strafrechtsplege" en Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, 2 ed., Berlin, Dunkler & Humblot.

SCHAFF A.: (1979) La alienación como fenómeno social, Barcelona, Crítica Grijalbo.

SCHMIDHÄUSER E.: (1975) "Sobre la sistemática de la teoría del delito", en Nuevo Pensamiento Penal 5, 33-46.

SGUBBI F.: (1975) "Tutela penale di interessi difussi" en La Questione Criminale (1975), págs. 439 y sgtes.

SINA P.: (1962) Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs Rechtsgut, Basilea, Helbing & Lichtengahn.

SUÁREZ MONTES F.: (1974) "Weiterentwicklung der Finalen Unrechtslehre?", en Fesschrift Welzel.

SUAY HERNÁNDEZ B.C. (1989) El delito de sustracción de cosa propia de utilidad social a su específica destinación socio económica, Tesis Doctoral inédita, Universidad Autónoma de Barcelona.

SUTHERLAND E.H.: (1969) El delito de cuello blanco, traducción al castellano del original (1949) White collar crime, Universidad Central de Venezuela.

TERRADILLOS BASOCO J.: (1981) "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal" en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 63, págs. 125-149.

THERBORN G.: (1987) La ideología del poder y el poder de la ideología Ed. S. XXI.

TIEDEMANN K.: (1976) Kartellrechtsverstösse und Strafrecht, Colonia, Berlin, Bonn, Carl Heymanns Verlag.

TORIO LÓPEZ A.: (1989) "Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito" en ADP.

VACHET A.: (1972) La ideología liberal 2 T., Barcelona, Editorial Fundamentos.

WELZEL H.: (1944) "Uber den substantiellen Begriff des Strafgesetzes" en Probleme der Strafrechtserneuerung. Festchrift für E. Kohlrausch, Berlín, Verlag Walter de Gruyter, 1944.

- (1971) Introducción a la Filosofía del Derecho, Madrid, Aguilar.

- (1975 a) "Studien zum System des Strafrechts" en Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Berlí, Nueva York, Walter de Gruyter, 1975, pág. 184.

- (1975 b) "Naturalismus aun Wertphilosophie im Strafrecht" en Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Berlín, Walter de Gruyter, págs. 29 y sgtes.

- (1976) Derecho penal alemán, 2 ed. Santiago, Ed. Jurídica de Chile.

WOLFE A.: (1980) Los límites de la legitimidad, México, s. XXI.