

Rafael Alcácer Guirao

---

SOBRE EL CONCEPTO  
DE DELITO: ¿LESIÓN  
DEL BIEN JURÍDICO  
O LESIÓN DE DEBER?



---

Buenos Aires

Primera edición: junio 2003

345.02	Alcácer Guirao, Rafael
ALC	Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber? - 1ª ed. - Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003. 160 p.; 23x16 cm. ISBN: 950-894-390-4
	I. Título - 1. Derecho Penal-Delitos.

DIRECCIÓN EDITORIAL  
Dr. Rubén O. Villela

---

Copyright by AD-HOC S.R.L.  
Dirección, Administración y Correspondencia:  
Viamonte 1450 - Tel./Fax: 4371-0778 / 4371-6635  
C1055ABB Buenos Aires, República Argentina  
E-mail: info@adhoc-villela.com  
Sitio: www.adhoc-villela.com  
Librería virtual: www.editorialadhoc.com

---

Printed in Argentina  
Derechos reservados por la ley 11.723  
ISBN: 950-894-390-4

---

Esta edición se terminó de imprimir en Junio de 2003 en Gráfica Laf s.r.l.,  
Lovola 1654 (C1414AVJ) Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Rafael Alcácer Guirao

---

SOBRE EL CONCEPTO  
DE DELITO: ¿LESIÓN  
DEL BIEN JURÍDICO  
O LESIÓN DE DEBER?



Buenos Aires

Primera edición: junio 2003

345.02 ALC	Alcácer Guirao, Rafael Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber? - 1ª ed. - Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003. 160 p.; 23x16 cm. ISBN: 950-894-390-4
---------------	---

I. Título - 1. Derecho Penal-Delitos.

DIRECCIÓN EDITORIAL  
Dr. Rubén O. Villela

---

Copyright by AD-HOC S.R.L.  
Dirección, Administración y Correspondencia:  
Viamonte 1450 - Tel./Fax: 4371-0778 / 4371-6635  
C1055ABB Buenos Aires, República Argentina  
E-mail: info@adhoc-villela.com  
Sitio: www.adhoc-villela.com  
Librería virtual: www.editorialadhoc.com

---

Printed in Argentina  
Derechos reservados por la ley 11.723  
ISBN: 950-894-390-4

---

Esta edición se terminó de imprimir en Junio de 2003 en Gráfica Laf s.r.l.,  
Lovola 1654 (C1414AVJ) Ciudad Autónoma de Buenos Aires

## ÍNDICE

Abreviaturas .....	7
--------------------	---

### CAPÍTULO I

#### INTRODUCCIÓN: EL CONCEPTO MATERIAL DE DELITO

1. <i>El concepto material de delito: antijuridicidad formal y material</i> .....	11
2. <i>Funciones del concepto material de delito</i> ....	16
3. <i>Concepto de delito y metodología teleológica</i> ..	20

### CAPÍTULO II

#### EL DELITO COMO LESIÓN DE DEBER Y RAZONES PARA EL ABANDONO DEL BIEN JURÍDICO

1. <i>Razones ideológicas</i> .....	31
1.1. Hegel y los hegelianos .....	31
1.2. El delito en el derecho penal nacional socialista .....	36
1.3. Welzel y Hellmuth Mayer .....	42
1.4. El neokantismo y la espiritualización del bien jurídico .....	51
1.5. Otras versiones comunitaristas: Hardwig y Otto	54
2. <i>Razones metodológicas</i> .....	59
Excurso: <i>Sobre el concepto normativo de persona.</i> <i>Una crítica conceptual de la...</i>	61

## CAPÍTULO III

EL DELITO COMO LESIÓN DE BIEN JURÍDICO  
Y RAZONES PARA SU PERMANENCIA

1. <i>Concepto de bien jurídico y carácter liberal. Algunas consecuencias para el ámbito de criminalización</i> .....	75
1.1. Bases liberales de un concepto de bien jurídico .....	75
1.2. Bien jurídico material vs. espiritualización ..	79
1.3. Persona y sociedad. Naturalismo y normativismo. Perfiles de una noción funcional de bien jurídico .....	90
1.4. Bien jurídico personalista y lesividad social	106
2. <i>El concepto dogmático de delito: lesión del bien jurídico</i> .....	117
2.1. Introducción .....	117
2.2. Feuerbach, Birnbaum, Hegel .....	118
2.3. La lesión del bien jurídico como concepto dogmático de delito .....	123
2.4. Ventajas dogmáticas de la noción de delito como lesión de bienes jurídicos .....	138

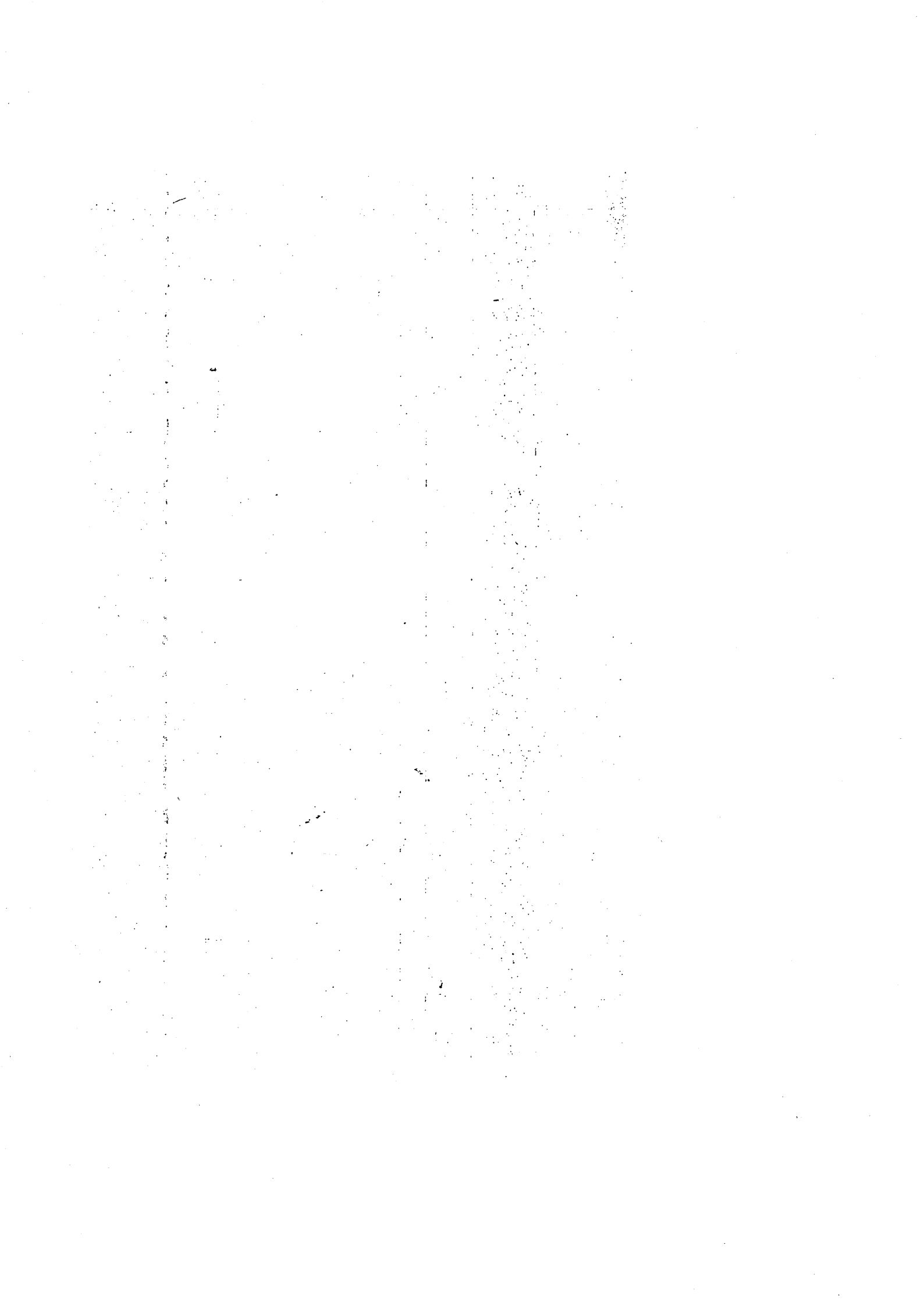
## CAPÍTULO IV

PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS Y PROTECCIÓN  
DE LA VIGENCIA DE LAS NORMAS: HACIA UNA SÍNTESIS

1. <i>Introducción. Los fines preventivos del derecho penal</i> .....	143
2. <i>La lesividad social del delito y su doble noción material</i> .....	145
3. <i>Merecimiento y necesidad de pena. Norma de conducta y norma de sanción</i> .....	146
<i>Bibliografía</i> .....	151

## ABREVIATURAS

ADPCP	<i>Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.</i>
AFD	<i>Anuario de Filosofía del Derecho.</i>
ARSP	<i>Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie.</i>
AT	<i>Allgemeiner Teil (Parte General).</i>
CDyJP	<i>Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal.</i>
CPC	<i>Cuadernos de Política Criminal.</i>
Doxa	<i>Doxa. Revista de Filosofía.</i>
DSrR	<i>Deutsches Strafrecht, Neue Folge.</i>
FS	<i>Festschrift</i>
GA	<i>Goldtdammer's Archiv für Strafrecht.</i>
GS	<i>Gedächtnis-Schrift.</i>
Jura	<i>Juristische Ausbildung.</i>
JuS	<i>Juristische Schulung.</i>
JZ	<i>Juristenzeitung.</i>
KrimJ	<i>Kriminologisches Journal.</i>
LH	<i>Libro Homenaje</i>
LK	<i>Leipziger Kommentar.</i>
LL	<i>La Ley.</i>
MDR	<i>Monatsschrift für Deutsches Recht.</i>
MschrKrim	<i>Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform.</i>
NDP	<i>Nueva Doctrina Penal.</i>
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift.</i>
NSrZ	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht.</i>
PG	<i>Parte General.</i>
PJ	<i>Poder Judicial.</i>
RFDUC	<i>Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.</i>
SK	<i>Systematisches Kommentar zum Strafgesetzbuch.</i>
StGB	<i>Strafgesetzbuch.</i>
StR	<i>Strafrechts.</i>
ZRP	<i>Zeitschrift für Rechtspolitik.</i>
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.</i>



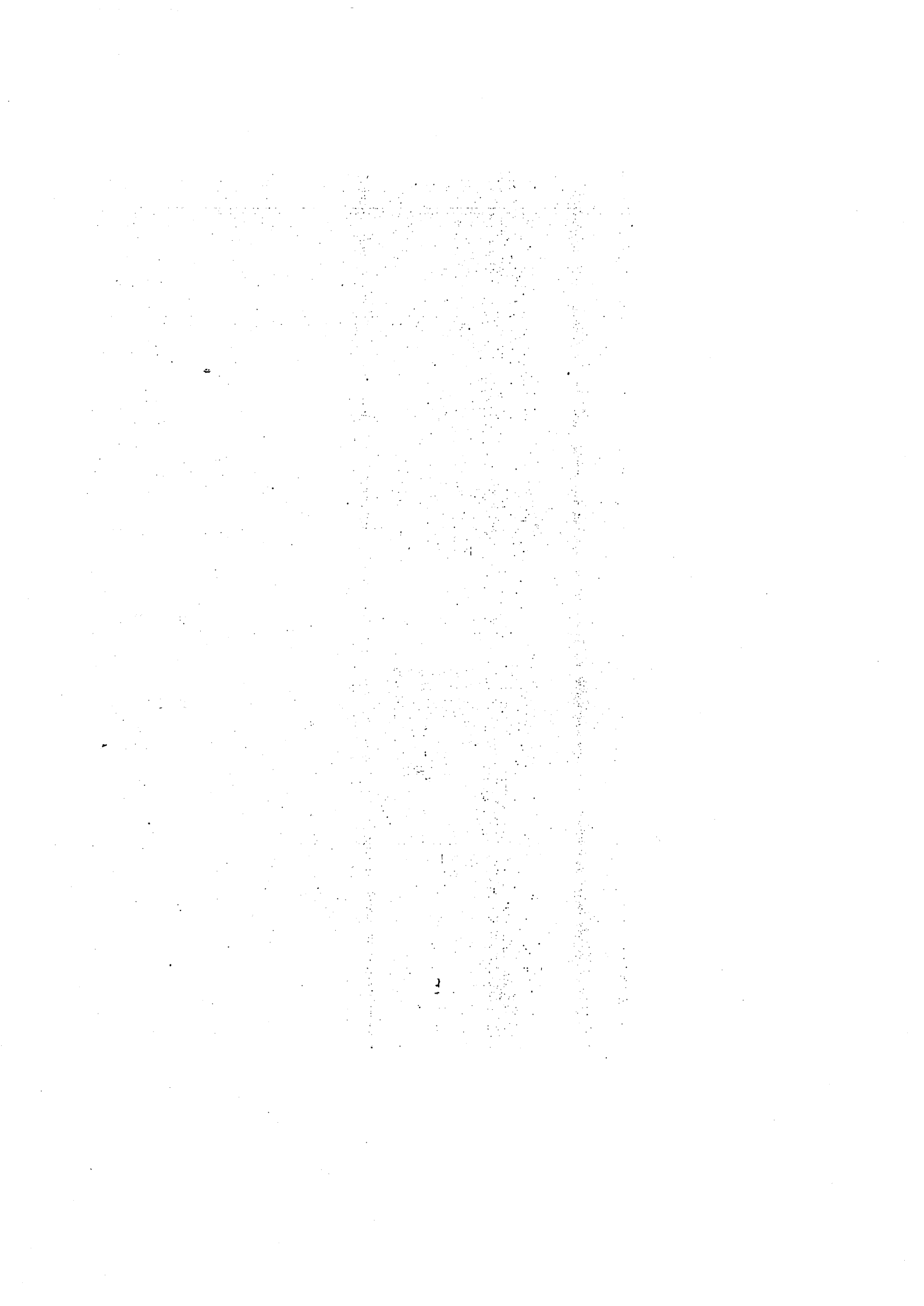
---

---

CAPÍTULO I  
INTRODUCCIÓN:  
EL CONCEPTO MATERIAL  
DE DELITO

---

---



## 1. El concepto material de delito: *antijuridicidad formal y material*

La noción de delito puede ser abarcada desde muy diversas perspectivas. Así, por ejemplo, desde un punto de vista normológico, el delito puede ser definido como la vulneración de una norma de conducta; desde la teoría dogmática del delito, como una acción típica, antijurídica y culpable; desde un punto de vista sociológico, puede definirse como una desviación de las normas sociales, etc. No serán éstas, en cualquier caso, las perspectivas que se adoptarán para enfocar la noción de delito, sino que pretendo aproximarme a dicha noción desde una perspectiva material; esto es, será el llamado "concepto material de delito"<sup>1</sup> lo que nos ocupará. El sentido de esa noción, dirigida a abarcar el carácter lesivo de la acción, viene siendo también acogido, aunque en otro ámbito de argumentación, por el término de la "antijuridicidad material", por oposición a la "antijuridicidad formal"<sup>2</sup> (ambas en un sentido amplio).<sup>3</sup> Intentaré, muy sintéticamente, exponer sus diferencias.

La argumentación en el plano de la "antijuridicidad formal" remite a la relación entre la conducta realizada y el ordenamiento jurídico positivo; más concretamente, a la relación de contrariedad u oposición entre la conducta y la norma. Es-taríamos, entonces, en esa perspectiva normológica o dogmática que habíamos mencionado: desde la primera, una acción es (formalmente) antijurídica cuando vulnera una norma de con-

<sup>1</sup> La noción de un concepto "material" de delito es manejada, por ejemplo, por ROXIN: AT, 2/1 s.; por JESCHECK: PG, p. 43; o por STRATENWERTH: AT, 1/4 y ss.

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo, ROXIN: AT, 14/4 s.; QUINTERO OLIVARES-MORALES PRATS-PRATS CANUT: PG, pp. 240 y ss.; LUZÓN PEÑA: PG I, pp. 323 y ss.

<sup>3</sup> Esto es, no referida exclusivamente a la relación entre tipo de injusto y causas de justificación, sino a la definición del propio tipo de injusto. Conf. además ROXIN, AT I, 14/10, sobre otros usos posibles de ambos términos.

ducta; desde la segunda, una acción es (formalmente) antijurídica cuando realiza lo descrito por la ley y cumple, por tanto, con los presupuestos establecidos por ella. A nadie familiarizado con la discusión habrá de extrañar la aparente contradicción que encierra la formulación anterior: que el carácter delictivo se defina al tiempo en virtud de la contrariedad y del cumplimiento del ordenamiento jurídico-penal. Ello se debe, como es sabido desde Binding, a la diferente perspectiva de enjuiciamiento: el delito infringe la norma de conducta, pero cumple lo establecido en el tipo legal como presupuesto para el castigo por la norma de sanción.<sup>4</sup>

Pero con dicha concepción formal de la antijuridicidad no se accede aún a las razones por las que una conducta haya de ser contraria a las normas jurídico-penales de conducta, desvalorada por el derecho y, en consecuencia, merecedora de sanción penal. Ello sólo se obtiene desde la perspectiva que adopta el concepto de la antijuridicidad material.<sup>5</sup> Como ha afirmado Mir Puig, "no se trata de limitarse a constatar que son penalmente antijurídicos los hechos que el derecho penal define como tales —los comportamientos humanos típicamente antijurídicos—, sino de analizar qué es lo que tienen estos hechos para que el derecho penal haya decidido desvalorarlos".<sup>6</sup> En efecto, la búsqueda de un contenido "material" en la antijuridicidad aspira a plasmar el fundamento por el que la conducta es declarada contraria a las normas jurídico-penales; la razón, como he mencionado, por la que es considerada merecedora de sanción penal. En este sentido, el componente central de esta noción viene dado por la lesividad de la conducta, aspirando, como afirma Rudolphi, a plasmar el "núcleo material de injusto común a todo comportamiento antijurídico",<sup>7</sup> y se vincula,

<sup>4</sup> Conf. Luzón Peña: *PG I*, p. 50. Sobre la concepción de Binding, en relación con la actual distinción entre norma de conducta y norma de sanción (o norma primaria y secundaria, respectivamente), véase Alcácer Guirao: *La tentativa inidónea*, pp. 157 ss.; asimismo, Haffke: *El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción, passim*.

<sup>5</sup> En igual sentido, Jescheck: *PG*, pp. 43 y 210-211; Quintero Olivares-Morales Prats-Prats Cañut: *PG*, p. 241; Luzón Peña: *PG I*, p. 323; Mir Puig: *PG*, pp. 6/9; la antijuridicidad formal "no responde a la cuestión de qué contenido ha de tener un hecho para ser penalmente antijurídico o, lo que es lo mismo, de ¿por qué un hecho es contrario al derecho penal?".

<sup>6</sup> Mir Puig: *PG*, pp. 6/9.

por ello, con el propio cometido del *tus puniendi*. Expresado muy genéricamente: si asumimos que el derecho penal aspira a un fin de *protección* de determinados intereses considerados valorados por la sociedad y, por ello, considerados merecedores y necesitados de tal protección, las conductas relevantes para él (aquéllas que considerará antijurídicas) serán las que se muestren lesivas para esos intereses y, por ello, merecedoras y necesitadas de sanción penal, siendo esta sanción penal el medio con que el derecho penal opera en aras de la satisfacción de dicho cometido de protección.<sup>8</sup>

Ello conlleva un presupuesto que habrá de ser tenido muy en cuenta para el desarrollo posterior de la discusión: el concepto material de delito dependerá de los fines del derecho penal que se postulen. Desde Von Liszt, esa antijuridicidad material se asocia, genéricamente, al carácter de "lesividad social" de la conducta, pero esa lesividad tendrá que remitirse al "objeto" valorado y, por tanto, protegido por el derecho penal. Sabido es que el concepto material de delito mayoritariamente admitido es el basado en la "lesión de bienes jurídicos", y fue ésa la noción de antijuridicidad material que el mismo Von Liszt, concretando ese carácter de lesividad social, asumió: acción antijurídica es aquella que pone en peligro o lesiona un bien jurídico.<sup>9</sup> No obstante, en la actualidad un cualificado sector doctrinal, encabezado por Jakobs, viene rechazando dicha concepción tradicional, postulando como alternativa una noción material de delito como "quebrantamiento de la vigencia de la norma". Ello trae causa, como ya mencioné, en la distinta concepción del cometido del derecho penal, que no consiste ya en la protección de bienes, sino en la protección de la vigencia del ordenamiento; por ello, lo relevante para el delito no habrá de ser en sí misma la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, sino las repercusiones negativas de la conducta para la vigencia de la norma.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Es por esta razón por la que se manifiesta que "el concepto de antijuridicidad material se vincula directamente con la función y fin de la norma y no sólo con su pura realidad positiva" (QUINTERO OLIVARES-MORALES PRATS-PRATS CANUT: PG, p. 241).

<sup>9</sup> Conf. las referencias a Von Liszt en ROXIN: AT I, 14/5. Fue, de hecho, Von Liszt, quien por primera vez estableció la diferencia entre la antijuridicidad formal y la antijuridicidad material.

<sup>10</sup> Véase, por todos, JAKOBS: AT, 2/1 y s.

Pero el rechazo al bien jurídico como criterio de lesividad del hecho punible no es un fenómeno reciente. Por el contrario, ya en etapas previas de la historia de la dogmática —especialmente en la década de los años '30 en Alemania— surgieron voces que, frente a esa concepción de delito, postularon un concepto de delito como "lesión de deber". Esta concepción comparte con la sostenida en la actualidad por el profesor de Bonn no sólo el rechazo al concepto de delito como lesión de bienes jurídicos, sino también la opción por una misma noción genérica —estructural— de delito: lesión de la norma; no obstante lo cual, sus diferencias serán esenciales en relación con el contenido de ese deber —mayor o menor subjetivación—, lo cual dependerá a su vez de los presupuestos teleológicos —y, en última instancia, ideológicos— de que cada concepción parte. En cualquier caso, a efectos de una clasificación bipartita, pueden ambas unirse bajo una misma oposición al bien jurídico. Así, podemos diferenciar entre aquellos que mantienen un delito como lesión de bienes jurídicos, y aquellos que —genéricamente— mantienen una noción de delito como lesión de deber.

En cualquier caso, como ya ha sido mencionado, la diferencia esencial entre dichas concepciones, no radicará sólo en la distinta concepción del delito, sino sobre todo en la distinta comprensión de los fines que debe cumplir el derecho penal. Así, y a rasgos muy genéricos, desde un *derecho penal protector de bienes jurídicos* se inferirá una concepción del hecho punible como lesión del bien jurídico, así como un criterio de merecimiento de pena centrado en el grado de peligro —hasta la lesión— de la conducta. Por otro lado, un *derecho penal protector de la vigencia del ordenamiento* comprenderá el hecho punible como la lesión de deber —o de la norma— y el merecimiento de pena vendría dado según el grado de quebrantamiento de vigencia del ordenamiento, puesto que lo considerado como objeto de protección no serán ya los bienes jurídicos, tal como vienen siendo entendidos por la generalidad de la doctrina. De hecho, lo que por este sector doctrinal pasa a ser entendido como "bien jurídico-penal", esto es, lo merecedor de protección, es la "vigencia práctica de la norma"<sup>11</sup> o bien "un nivel

<sup>11</sup> JAKOBS: AT, 5/25a. Véase también AT, 2/5: "Bien jurídico-penal en los delitos contra la propiedad es, en esta solución, no la cosa ajena o la relación del propietario con su objeto como unidad funcional... sino la vigencia del

suficiente de motivación fiel al derecho".<sup>12</sup> Lo que a continuación quiero someter a consideración es si, a partir de esa discusión, y en virtud del auge de la prevención general positiva, debe mantenerse o abandonarse el bien jurídico como criterio rector de la construcción del sistema y de los márgenes de imputación y ser sustituido por esa otra concepción alternativa.

En relación con esa discusión, algún autor ha resaltado que la crítica doctrinal al dogma del bien jurídico ha venido siendo realizada a tenor tanto de razones dogmáticas como de razones ideológicas.<sup>13</sup> Como veremos a continuación, serán efectivamente diferentes motivos —unos de carácter ideológico, otros de carácter metodológico o dogmático— los que llevarán a los partidarios de dicho modelo de protección del ordenamiento a propugnar el abandono —o subordinación—<sup>14</sup> del fin de protección de los bienes jurídicos. Así, si bien el punto de partida implícito será el de la distinta comprensión del *tus puniendi*,<sup>15</sup> la exposición de la discusión se ordenará en torno a las razones alegadas por este sector doctrinal para prescindir del criterio del bien jurídico como referente de la lesividad social propia del concepto material del delito, clasificadas genéricamente, según hemos mencionado, en razones ideológicas y razones metodológicas. Seguidamente, se tomará postura sobre el concepto material de delito más adecuado.

---

contenido de la norma que afirma que la propiedad debe ser; en el mismo sentido es bien jurídico-penal en el ámbito de los delitos contra la integridad corporal la vigencia de la norma "la integridad corporal ha de respetarse", etcétera.

<sup>12</sup> KINDHÄUSER: "Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz", pp. 29 y ss.

<sup>13</sup> GALLAS: *Gletsch-FS*, p. 51; AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, pp. 228-229.

<sup>14</sup> Conviene resaltar, y matizar, que entre quienes rechazan el delito como lesión de bienes jurídicos se incluirán también posturas que, si bien no prescinden del todo de tal misión del derecho penal, la subordinan a la otra alternativa genérica citada; lo cual hallará consecuencias también en la teoría del injusto: no se prescindirá totalmente del delito entendido como lesión del bien jurídico, pero será la idea de la lesión del deber la que poseerá mayor relevancia desvalorativa.

<sup>15</sup> El estudio de algunas consecuencias dogmáticas (especialmente con relación a la tentativa) emanadas de cada una de esas alternativas acerca de la labor del derecho penal ha sido abordado en ALCÁCER GUIRAO: *La tentativa inidónea*, pp. 333 y ss.

## 2. Funciones del concepto material de delito

No obstante, antes de comenzar, es preciso establecer las razones por las que dicha discusión adquiere relevancia; exponer, dicho de otro modo, qué funciones ha de tener el concepto material de delito y, por tanto, qué consecuencias van a derivarse de una u otra opción.

Habitualmente, la referencia a un concepto material de delito viene a intentar responder a la cuestión relativa a cuáles habrían de ser los intereses protegidos por el derecho penal. En palabras de Roxin, "el concepto material de delito tiene carácter previo al Código Penal y ofrece al legislador una línea político-criminal relativa a qué es lo que debería castigar y qué es lo que debería dejar impune".<sup>16</sup> La argumentación se sitúa, entonces, en el nivel de la *criminalización de conductas* y atiende a lo que ha venido en llamarse el "principio de exclusiva protección de bienes jurídicos".<sup>17</sup> Tradicionalmente, la noción del bien jurídico ha venido ocupando un lugar central en dicho marco de discusión, desplegando lo que se ha llamado su función político-criminal o su aspecto "trascendente al sistema".<sup>18</sup> Desde el concepto del bien jurídico se ha pretendido desarrollar el catálogo de los intereses que, por su carácter esencial para la convivencia, podían considerarse merecedores y necesitados de protección a través de la sanción penal. A este respecto, si en algo existe consenso en la actualidad, es que a partir de la mera noción del bien jurídico apenas pueden aportarse parámetros de decisión al legislador,<sup>19</sup> no sólo por la propia vaguedad en su definición, coexistiendo una multiplicidad de acepciones de él,<sup>20</sup> sino porque para esa decisión político-cri-

<sup>16</sup> ROXIN: AT I, 2/1.

<sup>17</sup> Conf. en esta línea STRATENWERTH: AT, 1/4 y ss.; FRISCH: *Stree/Wessels-FS*, pp. 69 y ss. En esta línea, en relación con la noción de "concepto material del delito", GÓMEZ BENÍTEZ: *RFDUC*, 1981, pp. 85 y ss., pp. 85-86.

<sup>18</sup> Sobre esta última noción, véase HASSEMER: *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, pp. 19 y ss., 27 y ss., y *passim*.

<sup>19</sup> Como resalta recientemente TERRADILLOS BASOCO: *LH a Valle Muñiz*, p. 788: "La controversia doctrinal ha servido para poner en cuestión la pretendida eficacia del principio del bien jurídico, ya que ha hecho evidente que la mera apelación al mismo nada dice sobre su contenido".

<sup>20</sup> Un listado de los distintos conceptos manejados por la doctrina expone,

minal —siendo lo primero a debatir, por lo demás, si ello ha de ser labor de la doctrina— se precisa una más amplia perspectiva de análisis y decisión, orientada hacia aspectos filosófico-políticos —como por ejemplo la tensión entre los intereses de la persona y los de la sociedad— o jurídicos —como la interpretación de la Constitución—, incorporando otra serie de principios limitadores del *ius puniendi*, de naturaleza tanto utilitarista como valorativa (principio de intervención mínima, de *ultima ratio*, de fragmentariedad, etc.), que no pueden integrarse en la exclusiva referencia al bien jurídico.<sup>21</sup>

En todo caso, debe advertirse que la opción por uno u otro concepto de bien jurídico —p. ej., la opción por un bien jurídico espiritualizado o por un bien jurídico de base material— sí puede venir a arrojar cierta trascendencia político-criminal, dilatadora de los márgenes de lo punible en el primer caso, limitadora en el último, tal y como luego mencionaremos;<sup>22</sup> y ello, porque la adopción de uno u otro concepto de bien jurídico va a tener su origen, más o menos explícito, en una determinada perspectiva filosófico-política y, por ello, va a poder integrar de forma más o menos adecuada las aspiraciones de la perspectiva que explica y legitima su adopción.

Pero, si bien ello no ha de obstar a que se aborden ciertas consecuencias para ese ámbito, no es esa vertiente de criminalización la que configurará el núcleo de la discusión en las páginas siguientes. Por el contrario, objeto relevante del análisis serán también las repercusiones dogmáticas de dicha oposición entre la concepción del delito como lesión de bienes jurídicos y como lesión de deber; más concretamente: en dos aspectos en los que la concepción del delito ostenta especial relevancia: en

<sup>21</sup> La incapacidad del bien jurídico como canon de la criminalización ha sido destacada por numerosas voces en la doctrina actual. Conf., entre otros, STRATENWERTH: *Lenckner-FS*, pp. 388 y ss.; FRISCH: *Stree-Wessels-FS*, pp. 69 y ss.; KUHLEN: "Strafrechtsbegrenzung durch einen materiellen Straftatbegriff?", pp. 77 y ss.; ESER: *ADPCP*, 1996, pp. 1021 y ss., p. 1039. Esa mayor complejidad en la argumentación es destacada, p. ej., por SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, pp. 285, haciendo hincapié en la fundamental idea de que responde a una síntesis entre las relaciones dialécticas de los diversos fines del derecho penal; sintéticamente: prevención vs. garantías.

<sup>22</sup> Véase sobre ello, por el momento, ALCÁCER GUIRAO: *La tentativa inidónea*, pp. 288-290, nota 201.

la construcción sistemática y en la interpretación de los tipos legales.

Como ha destacado, entre otros, Hassemer, tales son las funciones dogmáticas o "inmanentes al sistema" del concepto de bien jurídico y que, por extensión, pueden atribuirse a la noción material de delito, caracterizada por la doctrina, cuando a dichas funciones se remite, como "antijuridicidad material": interpretación de la ley y construcción del sistema.<sup>23</sup>

Siguiendo esta línea, podemos exigir a todo concepto de antijuridicidad material, en lo que a estas páginas interesa destacar, al menos dos funciones esenciales.

En primer lugar, ha de permitir la construcción del sistema del delito, tanto en relación con la clasificación y sistematización de delitos en función de los intereses protegidos, lo que posibilitará una interpretación uniforme de los tipos legales orientados a la protección de un mismo bien jurídico —con ello se entremezcla ya la función de interpretación—,<sup>24</sup> como a las estructuras de valoración e imputación de los presupuestos de la sanción, especialmente en relación al tipo de injusto. Esto último vendrá dado por la posibilidad que ha de emanar del concepto del hecho punible de una graduación valorativa del injusto.<sup>25</sup> Así, frente a la antijuridicidad formal, que contempla al delito exclusivamente como contrariedad a la norma, por lo que carece de un referente externo desde el que ponderar diferencias cualitativas entre conductas,<sup>26</sup> una noción material de lo injusto permite operar en dirección a esa graduación, dado que su configuración viene dada por la lesividad de la conducta, y esa lesividad es susceptible —o debería serlo— de graduación y, por ello, de ponderación cualitativa. Y esa graduación, no referida a la comparación de conductas que quebrantan distintas normas y que, por tanto, atentan contra distintos bienes jurídicos (ponderación cualitativa ya efectuada en el nivel de criminalización), sino al distinto grado de injusto de conductas contrarias a la misma norma de conducta, deberá plasmarse en una construcción categorial y sistemática susceptible de in-

<sup>23</sup> Cfr. de nuevo HASSEMER: *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, pp. 19 y ss., 57 y ss. Véase además RUDOLPH: *Hontg-FS*, p. 151.

<sup>24</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA: *PG I*, p. 329.

<sup>25</sup> Así, ROXIN: *AT I*, 14/7.

<sup>26</sup> Conf. ROXIN: *AT I*, 14/7.

tegrar dichas diferencias; ese cometido persigue, por ejemplo, la diferenciación entre desvalor de la conducta y desvalor de resultado. Esa graduación cualitativa basada en la diferente lesividad de la conducta (art. 66, 1º, C.P.: "mayor o menor gravedad del hecho") permitirá una determinación de la cantidad de pena ajustada al parámetro axiológico que justifica la sanción,<sup>27</sup> coadyuvando no sólo a la racionalidad interna del sistema, sino a la igualdad, proporcionalidad y, en suma, justicia de sus efectos externos. Por lo demás, la posibilidad de que esos criterios cualitativos de gravedad lesiva puedan reconstruirse en el sistema, formando categorías de enjuiciamiento diferenciadas susceptibles de evaluación del caso concreto, permitirá aportar un instrumento más racional de aplicación de las normas por parte de los jueces y, por ello, más susceptible de contrastación, fomentando con ello la seguridad jurídica y la posibilidad de discusión intersubjetiva de la imposición razonada de las sanciones.

En segundo lugar, y encaminado al mismo cometido de racionalización y justicia en la aplicación del derecho (no otro es el cometido fundamental de la dogmática), un concepto material del injusto ha de constituir un instrumento útil de interpretación de los tipos legales,<sup>28</sup> especialmente por el carácter que posee de interconector entre los fines del derecho penal y las consecuencias de su aplicación. Con la atención al grado de lesividad se pretende ir más allá de la mera subsunción gramatical de la conducta en la descripción típica, a partir de una interpretación normativa y material de ella en función del ámbito de protección asignado al tipo legal correspondiente, y excluir del marco del injusto típico aquellas conductas que, si bien gramaticalmente (formalmente) caen bajo la órbita de sentido posible del tipo legal, no poseen el grado de lesividad suficiente (principio de insignificancia), o su lesividad es tolerada o asumida socialmente (adecuación social, riesgo permitido) que los haga merecedores y necesitados de pena.<sup>29</sup> Como ejemplo

<sup>27</sup> De una "función de criterio de medición o determinación de la pena" habla LUZÓN PEÑA: PG, I, p. 329. En igual sentido, por todos, MIR PUIG: PG, 6/45.

<sup>28</sup> Conf., entre otros, TERRADILLOS BASOCO: RFDUC, 1981, p. 128; ROXIN: AT I, 14/8; MIR PUIG: PG, 6/44.

<sup>29</sup> Conf., entre muchos, TORIO LÓPEZ: *Fin de protección*, p. 385; QUINTERO OLIVARES-MORALES PRATS-PRATS CANUT: PG, p. 243.

especialmente ilustrador de este cometido de la noción de la "antijuridicidad material" puede traerse a colación la interpretación restrictiva que por la doctrina suele realizarse de determinados delitos de peligro abstracto, exigiendo, frente a la mera "peligrosidad estadística" un cierto grado de peligrosidad de la conducta en el caso concreto (a determinar desde una perspectiva *ex ante*),<sup>30/31</sup> alegando que sólo la exigencia de una cierta probabilidad de lesión del bien jurídico permitirá afirmar un "injusto material".<sup>32</sup>

### 3. Concepto de delito y metodología teleológica

Las anteriores "funciones" han sido tradicionalmente predicadas del criterio del bien jurídico, ya en su faceta de criminalización de conductas, ya en su faceta dogmática. Pero ello ha sido así porque tradicionalmente el concepto de hecho punible, de hecho merecedor y necesitado de pena, si así quiere denominarse, ha venido definido en función del bien jurídico. Así, en rigor, no es del concepto del bien jurídico desde el que deben postularse esas funciones, sino del concepto material de hecho punible, el cual viene a plasmar la *lesividad social* que convierte al delito en una infracción especialmente grave del ordenamiento jurídico, y lo que hace necesaria la reacción con una pena. Por ello, lo que a continuación habrá de plantearse es si el concepto del delito como lesión de deber, o como lesión de la vigencia del ordenamiento, puede satisfacer las exigencias político-criminales y dogmáticas establecidas para el concepto

<sup>30</sup> Sobre la diferencia entre el enjuiciamiento de una peligrosidad estadística y una peligrosidad de la conducta desde una perspectiva objetiva *ex ante*, cfr. ALCÁCER GUIRAO: *La tentativa inidónea*, pp. 232 ss.

<sup>31</sup> Conf., entre otros muchos, RUDOLPHI: *Maurach-FS*, pp. 59-60; WOLTER: *Objektive und personale Zurechnung*, pp. 276 y ss.; HIRSCH: *Arthur Kaufmann-FS*, pp. 559 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 291 y ss., 298 y ss.; MAQUEDA ABREU: *AP*, 1994, pp. 485 y ss.; TERRADILLOS BASOCO: *LH a Valle Muñiz*, pp. 798 y ss.

<sup>32</sup> Véase, por todos, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 338: "Los delitos de peligro abstracto, para adaptarse a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico-penal, especialmente a la exigencia de *antijuridicidad material*, han de ser expresión de un peligro real para bienes jurídicos, lo que se traduce en la exigencia de la efectiva peligro-

material del delito; expresado en otros términos: determinar cuáles habrán de ser las consecuencias, en ambos órdenes de la argumentación, de dicho concepto, contrastarlas con las propias de la noción del delito como lesión de bienes jurídicos y optar por uno de los dos en función de su aptitud para satisfacer dichas exigencias.

No obstante, como ya habíamos mencionado, la opción por uno u otro fin no depende únicamente de la corrección de sus consecuencias, sino asimismo de la discusión acerca de los presupuestos de que cada una de ellas parte; es decir: de los fines del derecho penal, existiendo entre la fundamentación de los fines del derecho penal y el concepto material de delito una relación de mutua implicación. Como afirma Kargl, "la cuestión esencial de toda aproximación teleológica de la pena remite a en qué consiste el daño que produce un hecho punible".<sup>33</sup> Así, es precisamente porque se asume un distinto cometido de protección del derecho penal, por lo que la concepción de la lesividad social adopta diferentes perspectivas en ambas concepciones: el carácter de lesividad social viene dado precisamente porque se postula un distinto "objeto" de protección; de este modo, lo relevante para la concepción opuesta no será la lesión del bien jurídico, por el hecho de que no son los bienes jurídicos lo que el derecho penal debe estar llamado a proteger.

En todo caso, esos diferentes aspectos de la discusión: la relativa a los fines del derecho penal y la que atiende a las consecuencias dogmáticas o político-criminales del concepto del delito emanado de dicho fin del derecho penal, no pueden someterse a discusión de forma independiente. La razón, creo, no puede sorprender en el actual estado de evolución de la ciencia del derecho penal: si se asume, como considero no sólo adecuado, sino inevitable desde el carácter instrumental del derecho penal, una metodología teleológica, tanto la construcción del sistema como la interpretación de los tipos penales han de venir presididos por la orientación de los fines asignados axiológicamente al derecho penal.<sup>34</sup> Es a partir de este pre-

<sup>33</sup> KARGL: ARSP, 1996, p. 486.

<sup>34</sup> Es decir, por los fines considerados legítimos, y no por las "funciones" que *de facto* cumple la pena. Sobre algunas consideraciones metodológicas relativas a las relaciones entre el ser y el deber ser en el derecho penal, conf.

supuesto desde el que el concepto material de delito adquiere una especial trascendencia para dichas cuestiones dogmáticas; al venir conformado precisamente en función de los fines del *ius puniendi*, operará como una instancia axiológica intermedia, como un puente metodológico entre las finalidades del derecho penal y la labor dogmática.

Es por esta razón por lo que Von Liszt calificó la antijuridicidad material como un "concepto metajurídico". Para este autor, como es archiconocido, entre la dogmática y la política criminal existía una infranqueable barrera; por ello, sólo la antijuridicidad formal poseía carácter dogmático, siendo la antijuridicidad material un concepto político-criminal;<sup>35</sup> y sus vías de relación eran escasamente fluidas, dada la dificultad para traspasar la citada barrera. Superada esa visión de las relaciones entre la dogmática y la política criminal, la noción material del hecho punible, siendo una instancia político-criminal, puede y debe erigirse en uno de los pilares de construcción del sistema dogmático del delito. Como afirma Roxin, "ciertamente, el concepto de antijuridicidad material posee un marcado significado político-criminal, pero éste se despliega, a través de la interpretación de los tipos, de la graduación del injusto y de la ponderación de intereses, en los márgenes del derecho vigente".<sup>36</sup>

En relación con estas consideraciones metodológicas, es preciso incidir aún en dos aspectos ulteriores. En primer lugar, acerca de la labor de la dogmática —o de la "ciencia"— jurídico-penal; en segundo lugar, en relación con los presupuestos teleológicos del sistema.

Por lo que respecta al primer aspecto, la separación de la dogmática y la política criminal postulada por Von Liszt sigue teniendo un marco de vigencia en lo relativo al nivel de argumentación de la criminalización de conductas; al menos en el sentido de que tanto el juez como el teórico del derecho penal están abocados a lidiar con el derecho que es, con el derecho vigente. Resultaría, en efecto, absurdo (además de ilegítimo) que el aplicador del derecho se sirviera en su labor del derecho que desearía que fuera; y no menos absurdo (además de inútil) sería construir una teoría del delito ajena a lo establecido por

<sup>35</sup> Así, ROXIN: AT I, 14/12.

<sup>36</sup> Idem, 14/14.

el Código Penal. No obstante, la cuestión que quiero plantear es si de la agenda de trabajo del teórico del derecho penal forma parte no sólo la construcción teleológica del sistema —otorgando al aplicador del derecho criterios para concretar la interpretación del derecho vigente—, sino además la crítica a ese derecho vigente. En otros términos: si ha de tener algo que decir acerca de la discusión sobre la criminalización o descriminalización de conductas, o si, en cambio, ello es exclusivo cometido del político o el filósofo moral.

La cuestión, aparte de su trascendencia intrínseca, adquiere su relevancia en lo que a nuestro tema compete, no sólo porque precisamente una de las funciones esenciales del "concepto material del delito" radica en concretar lo que ha de ser el haz de "bienes jurídicos penalmente protegidos",<sup>37</sup> sino porque el sector doctrinal más representativo de la nueva orientación del delito como lesión de la vigencia de la norma rechaza expresamente ese cometido. Así, Müssig, un discípulo aventajado de Jakobs, manifiesta que "los puntos de partida de la teoría sistémica son, esencialmente, ciegos ante la problemática jurídico-penal de la legitimación". Por esa razón, su metodología parte de "un modelo formal y positivista en la medida en que da por supuesta, es decir, no convierte en el tema a tratar, la configuración concreta de la sociedad",<sup>38</sup> de igual modo que lo es —formal y positivista— la metodología sociológica de Luhmann.<sup>39</sup> Sobre esta cuestión ya me he manifestado en otro lugar,<sup>40</sup> por lo que aquí me limitaré a exponer, sucintamente, mi opinión, lo que vendrá a justificar que más adelante me detenga a analizar las consecuencias del concepto del hecho punible para la criminalización. A mi entender, dentro de la propia labor dogmática debe incorporarse la crítica al derecho penal

<sup>37</sup> Véase, por todos, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 277; y ya antes, MIR PUIG: "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *tus puntendi*", pp. 159 y ss., *passim*.

<sup>38</sup> Cfr. Müssig: *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüter-schutz*, pp. 72 y 238, respectivamente. Conf. también p. 142: "La teoría de la prevención general positiva es un concepto positivista: presupone el derecho y la forma de la sociedad, en el sentido de que son éstos los que determinan el contenido y el ámbito del derecho penal". En igual sentido se manifiesta JAKOBS, *ZStW* 107 (1995), p. 855.

<sup>39</sup> Sobre ello, véase, en sentido crítico, WEINSEGER: *ARSP* 1996, pp. 543 y ss.

<sup>40</sup> ALCÁCER GURAO: *NDP* 1998, pp. 420 y ss.

vigente; en otras palabras: que la dogmática habrá de ser crítica y creadora del derecho.<sup>41</sup> Y ello no sólo a partir de una concreción interpretativa de los tipos legales en función de postulados valorativos, perfectamente factible asumido el carácter abierto del lenguaje y la maleabilidad semántica de los textos legales, sino también desde lo que viene en llamarse una argumentación *de lege ferenda*.

Son varias razones las que avalan esa conclusión; demasiadas, de hecho, para poder ser desarrolladas aquí. Por ello, me voy a limitar a exponer dos de ellas, quizá las más extravagantes. La primera intenta responder al positivismo con su mismo lenguaje (y, por ello, es de corto alcance); la segunda es de carácter emotivo (y es, por ello, estrictamente personal).

Como se ha dicho, desde esa concepción positivista de la labor dogmática, el teórico del derecho debe limitarse a ofrecer al juez las herramientas para interpretar de manera racional y uniforme el derecho vigente, sin trascender, entonces, el marco de la *lege lata*. Pues bien, la discusión acerca de qué conductas deben ser objeto de reacción penal no viene sino a aportar instrumentos para interpretar el art. 4º, párrs. 2º y 3º, del C.P. español, los cuales facultan al juez para que, cuando estime alguna conducta no penada por la ley que considere digna de represión, o cuando, inversamente, considere que alguna conducta penada por la ley no debiera serlo, solicite al gobierno su incriminación o su derogación, respectivamente. Por consiguiente, es el mismo derecho positivo el que abre la posibilidad de su crítica, con lo que, como parte de la interpretación del derecho vigente, el dogmático habrá de proceder al análisis relativo a si el derecho que es se corresponde con el que debería ser; para lo que, a su vez, deberá remitirse a presupuestos ideológicos: político-criminales, que desarrollen el "programa" valorativo de un Estado de derecho democrático y social plasmado en la Constitución. Como se ha afirmado, "en las sociedades democráticas contemporáneas no parece legítimo conformar las premisas valorativas de la dogmática del delito prescindiendo de los principios plasmados en los textos constitucionales, que son la máxima expresión del consenso axiológico alcanzado en

<sup>41</sup> *Mis Punc: Dogmática creadora y política criminal*, p. 13; MÜLLER-DIETZ:

tales sociedades".<sup>42</sup> Esta remisión a la Constitución nos permitiría seguir aferrados a un positivismo —en cuanto opuesto a un iusnaturalismo trascendente—,<sup>43</sup> el cual, en todo caso, no puede entenderse ya en el sentido decimonónico de la subsunción formal —que mejor haríamos en llamar "formalismo jurídico", o algo similar—. Ante el texto constitucional habremos de toparnos de nuevo con la circularidad hermenéutica, por cuanto éste ha de ser objeto de interpretación, la cual vendrá inevitablemente mediada por la *decisión* del intérprete; decisión que, hasta cierto punto, no deja de ser creación del derecho.<sup>44</sup> Por esta razón, se hace necesario que el intérprete revele los parámetros axiológicos desde los que habrá de orientar esa labor, en aras de permitir una argumentación racional de ellos, y de evitar una ideologización encubierta tras un neutralismo valorativo, como el que postula la metodología de la actual Escuela de Bonn. Como ha afirmado Mir Puig, asumiendo el carácter inevitablemente valorativo de la política criminal y, desde una metodología teleológica, de toda labor dogmática, "no por ocultarlo tras la fachada de una política criminal pretendidamente neutral, podría llegar otra concepción a descartar la interferencia de juicios personales de valor, pues no es imaginable una política criminal que prescindiera de decisiones valorativas básicas, y éstas, aunque hayan de ser objetivamente fundadas, son inevitablemente subjetivas. El reconocimiento explícito de este hecho ofrece, en cambio, la ventaja de evitar que el ocultamiento ideológico opere —como a menudo sucede con la neutralidad política— en un sentido de mantenimiento *acrítico* de los valores de hecho dominantes. Una política criminal valorativa ha de abrir las puertas a la discusión crítica

<sup>42</sup> SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 113. En igual sentido, por ejemplo, TERRADILLOS BASOCO: "Función simbólica y objeto de protección del derecho penal", pp. 16-17.

<sup>43</sup> Obviemos el hecho, por evidente, de que el actual positivismo jurídico (Hart, Bobbio, Hoerster, etc.) en absoluto niega la posibilidad de argumentar desde esa perspectiva trascendente y crítica al derecho positivo. Lo único que sostiene, expresado muy sucintamente, es que el derecho considerado ilegítimo es derecho, y no que todo derecho haya de ser, en cuanto tal, legítimo.

<sup>44</sup> Conf. sobre esto, entre muchos, CARRIÓ: *Notas sobre derecho y lenguaje*, pp. 61, 105 y ss.; HASSEMER: *Sistema jurídico y codificación*, p. 211: "El juez no es la 'boca de la ley' (Montesquieu); su manejo de la ley tiene más bien

de las bases ideológicas de cada una de las instituciones penales. Solamente así será posible, no sólo oponer políticamente fundadas al legislador en la necesaria reforma penal (...), sino también revisar críticamente el contenido ideológico que corresponde a la ley penal".<sup>45</sup> La objeción de fondo a esa comprensión acrítica de la política criminal es, en suma, que "hacer de escéptico en los asuntos ético-políticos es, por supuesto, adoptar una posición ético-política".<sup>46</sup>

La segunda razón es, como se adelantó, puramente emotiva. Presupuesto para ser buen jurista es, como dijera Radbruch, serlo con mala conciencia, es decir, "ser plenamente consciente en todo momento de su vida profesional de que su tarea es algo necesario y, a la vez, algo profundamente cuestionable".<sup>47</sup> Siendo ello así, la mejor forma de convivir con esa mala conciencia es quizá la de someter a permanente crítica el derecho penal vigente, oponiéndolo a la imagen de lo que habría de ser un derecho penal más legítimo. De hecho, "buena parte de culpa de nuestra mala conciencia como dogmáticos puede corresponder al profundo arraigo que, muy especialmente en derecho penal, ha conseguido una imagen literalmente positivista de la tarea jurídica, que tiende a reducirla a la repetición aclaratoria de las leyes, con la consiguiente renuncia a la secular función de la dogmática como medio de *participación en la creación del derecho*".<sup>48</sup> Supongo, por lo demás, que es la mala conciencia de la que tampoco Jakobs escapa lo que le lleva, desoyendo sus propias declaraciones programáticas acerca de la neutralidad dogmática, a la crítica del derecho penal vigente en Alemania y a la elaboración de propuestas acerca de cómo habría de ser un derecho penal más legítimo.<sup>49</sup>

<sup>45</sup> MIR PUIG: *Introducción a las bases*, p. 314.

<sup>46</sup> MCCARTHY: *Ideales e ilusiones. Reconstrucción y deconstrucción en la teoría crítica contemporánea*, p. 124.

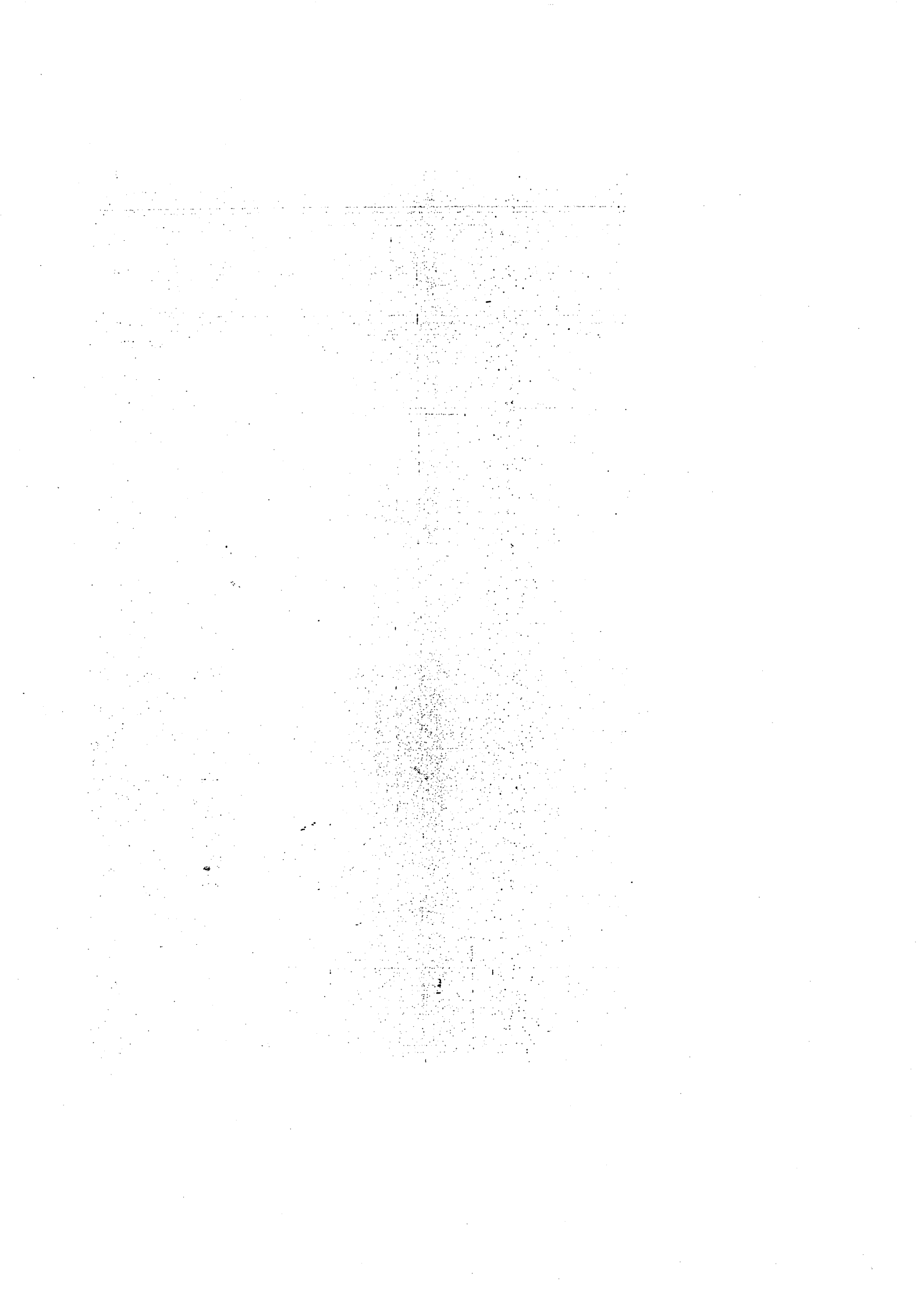
<sup>47</sup> Citado por KAUFMANN, Arthur: *Filosofía del derecho, teoría del derecho, dogmática jurídica*, p. 40.

<sup>48</sup> MIR PUIG: *Dogmática creadora y política criminal*, p. 13.

<sup>49</sup> Baste con echar un vistazo a su manifiesto liberal *Criminalización en el ámbito previo a la lesión del bien jurídico*. Esa vertiente marcadamente político-criminal de Jakobs, así como su incongruencia respecto de sus postulados metodológicos, es resaltada por SUÁREZ GONZÁLEZ-CANCIO MELIÁ: "La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva", p. 81.

Nos queda por mencionar un aspecto en esta ya demasiado extensa introducción. A pesar de considerar esencial el concepto de hecho punible —y, por tanto, la noción de lesividad social— que se mantenga para la construcción y crítica del sistema penal, debo poner ya aquí de manifiesto que ello no ha de ser el único elemento axiológico a tener en cuenta en orden a esos fines, sino que será preciso congeniar ese elemento con otras exigencias garantísticas. Ello es así por la misma razón que el fin preventivo del derecho penal (protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia de las normas), del que emana el concepto material de delito, no ha de erigirse en exclusivo referente teleológico del *ius puniendi*, sino que frente a él coexiste una finalidad específicamente garantística, siendo precisa una permanente labor de síntesis entre ambas direcciones opuestas.<sup>50</sup>

<sup>50</sup> Ello ha sido especialmente destacado por SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, pp. 241 y ss. Véase asimismo, BAURMANN: "Schuldlose Dogmatik?", p. 255; HASSEMER-MUÑOZ CONDE: *Introducción*, p. 137; ROXIN: AT, 7/69.



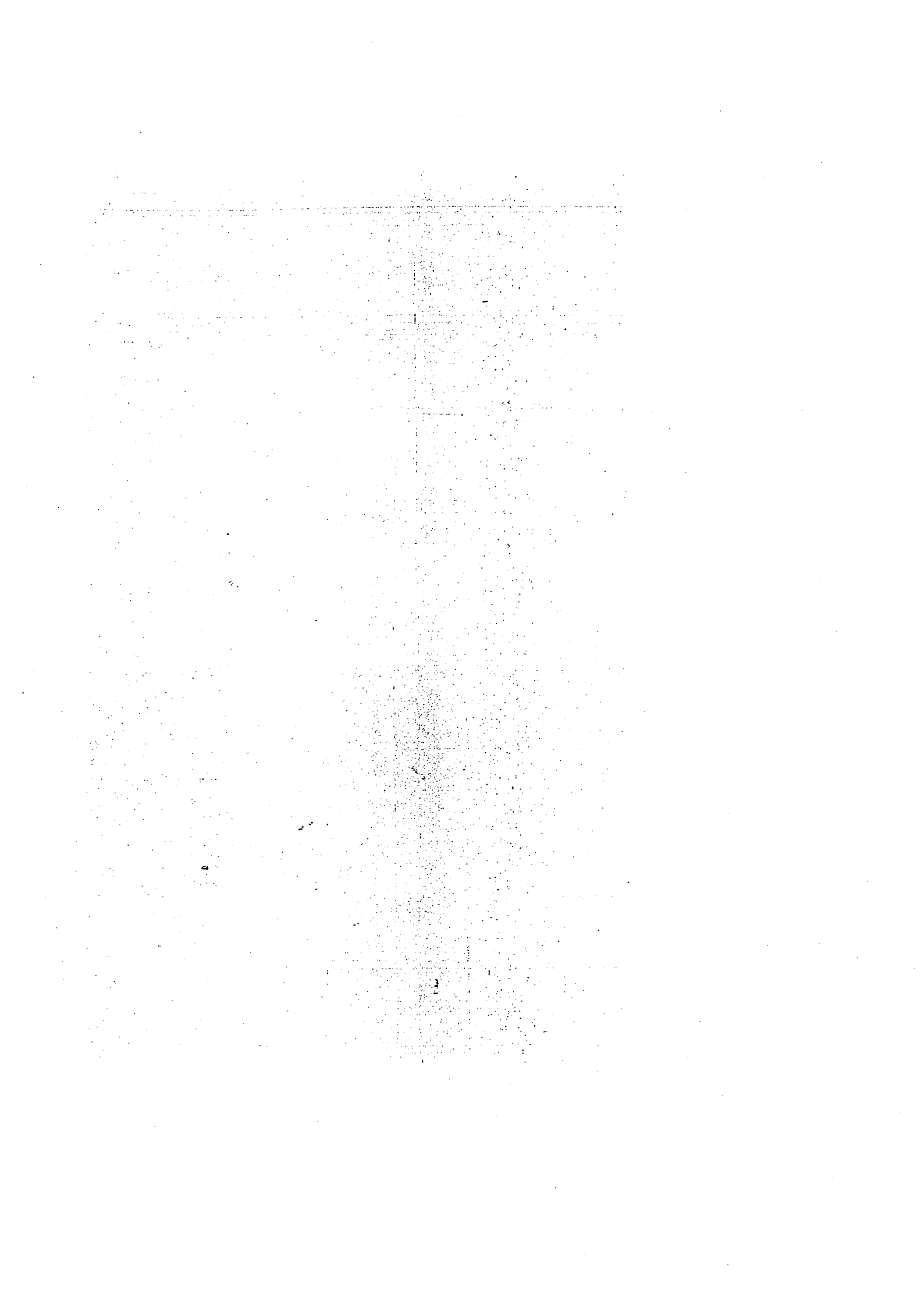
---

---

CAPÍTULO II  
EL DELITO COMO LESIÓN  
DE DEBER Y RAZONES  
PARA EL ABANDONO  
DEL BIEN JURÍDICO

---

---



## 1. Razones ideológicas

Como se afirmó, son razones tanto valorativas como metodológicas las que han llevado a prescindir del criterio rector del bien jurídico como definición de la lesividad social del hecho punible; razones que, a pesar de su diversa procedencia, abogarán por una misma comprensión genérica del delito: lesión del deber. Por ello, y aunque en muchos autores concurrirán tanto razones materiales como formales, es conveniente separar ambas en su presentación.

### 1.1. Hegel y los hegelianos

De igual forma que en algunas versiones de la prevención general positiva, puede situarse a Hegel como punto de partida de la comprensión del delito como lesión del deber. En aras de concretar el sustrato ideológico al que nos enfrentamos, podría comenzar por afirmarse que el filósofo alemán parte, especialmente en su concepción del Estado, de presupuestos filosófico-políticos propios del llamado "comunitarismo", concepción que, por oposición al liberalismo político, se caracteriza, sintéticamente, por dos aspectos:<sup>51</sup> primero, por situar como *príus* axiológico esencial no los intereses del ciudadano, sino los del todo social, el Estado o la comunidad, estableciendo como fin del Estado y el derecho la identidad y cohesión de la comunidad; segundo, por asumir la moral colectiva como esencia de esa identidad y, por ello, como cemento aglutinador de la comunidad, postulando, entonces, una fusión entre derecho y moral, tanto en la fundamentación de las normas, como en las formas de su acatamiento.

<sup>51</sup> Sobre la oposición entre ambas corrientes, remito a ALCÁZER GUIRAO: *Los fines del derecho penal*, pp. 139 y ss.

En cualquier caso, se hace preciso resaltar ya en este momento que el arsenal teórico de Hegel ha sido también interpretado en clave epistemológica por un cierto número de penalistas —Jakobs o Lesch—, poniendo en primer plano sus aspectos formales y relegando —o al menos no asumiendo expresamente— sus implicaciones valorativas y políticas. Así, la figura de Hegel será una referencia constante —explícita o implícita— para todos los autores partidarios del fin (genérico) de protección del ordenamiento y del delito como lesión del deber, desde los hegelianos hasta los autores nacionalsocialistas, pasando por Welzel y H. Mayer y llegando hasta Jakobs, en la actualidad.<sup>52</sup>

De sobra conocida es la concepción del delito y de la pena del filósofo: el delito es la negación del derecho, lesión "del derecho en cuanto derecho", y la pena es la negación de dicha negación, es decir, la pena es reafirmación del derecho. El delito, si bien tiene una existencia positiva exterior, mediante la que "se altera algo", es, en sí mismo, nulo: "Lo nulo es haber eliminado el derecho en cuanto derecho".<sup>53</sup> Y el derecho, mediante la afirmación de esa nulidad por medio de la pena, adquiere realidad efectiva: a la manifestación de la voluntad de-

<sup>52</sup> Respecto de las diversas interpretaciones realizadas sobre Hegel, debe decirse que, si bien la concepción del Estado en el filósofo alemán puede asociarse con tendencias organicistas de talante conservador (conf. lo afirmado en ALCÁCER GUIRAO: *Los fines del derecho penal*, pp. 51 y ss., así como las referencias a autores como Popper, Sabine, Ferrajoli, Bobbio, Cortina, Thiebaut o Bilbeny, en la misma obra) su concepción dialéctico-simbólica de la pena y el delito, así como en general todas sus manifestaciones en materia penal, dado su elevado grado de abstracción, pueden 'rellenarse' de diferentes contenidos materiales. A modo ejemplo puede citarse la interpretación objetivista que hace VEHLING: *Die Abgrenzung*, pp. 22, de la teoría de la imputación hegeliana, afirmando que la comprensión subjetivista de éste por parte de hegelianos como Köstlin, Hälschner o, posteriormente, Larenz, se debe a un error de interpretación de éstos; lo cual es mucho decir. Más ajustado a la realidad es afirmar que la vaguedad y abstracción inherente a Hegel permite que sea interpretado de diferentes formas según el talante valorativo e histórico. En este sentido, son muy acertadas las palabras de PEÑARANDA-CANCIO: *Estudio preliminar*, p. 26, nota 24: "Esta controversia es indicativa, en nuestra opinión, de que quizá no debiera sobrevalorarse la teoría de Hegel para la discusión dogmática en el campo del derecho penal, dada su imbricación en un complejo sistema filosófico".

<sup>53</sup> HEGEL: *Principios*, § 97, y agregado. Conf., además, SEELMAN: *JuS*, 1979, p. 688.

lictiva del delincuente es preciso oponer la voluntad general del derecho, para eliminar la primera, que de otro modo sería válida, y restaurar con ello el ordenamiento.<sup>54</sup> Lo relevante del delito, su lesividad, no viene entonces dada por el daño material que produce a un determinado bien, sino por su capacidad de poner en duda la validez del derecho mismo: el delito lesiona la "cosa universal", lo que Hegel asocia a una "peligrosidad de la acción para la sociedad", cuyo grado dependerá tanto de la propia magnitud del delito como del grado de la "representación y conciencia de la validez de las leyes" dentro de esa sociedad.<sup>55</sup> Y es ese daño a la conciencia jurídica de la sociedad lo relevante, quedando la lesión material del concreto individuo —de sus bienes— como la mera forma de aparición del delito. Afirma, así, Hegel: "El hecho de que en un miembro de la sociedad son lesionados todos, altera la naturaleza del delito, no según su concepto, sino según su existencia exterior. La lesión afecta ahora la representación y la conciencia de la sociedad civil, y no sólo la existencia del individuo meramente lesionado".<sup>56</sup> En el mismo sentido, respecto del objeto lesionado, se manifiestan los autores hegelianos. Köstlin afirma, en este sentido, que "la particularidad del delito frente a otras formas de injusto es que no va simplemente dirigido contra una de las formas de aparición del derecho, sino contra la misma esencia del derecho".<sup>57</sup> Ahora bien, siendo el derecho lo absoluto, el "Espíritu ético", no puede lesionarse directamente por una voluntad individual, sino que sólo se quebrantará mediatamente a través de la lesión material de un objeto exterior. "El objeto del delito —afirma Köstlin— es de hecho la esencia moral presente a través de su aparición exterior, pero la lesión como tal no puede sufrirla la esencia sino sólo su aparición",<sup>58</sup> ya que el derecho, como realidad espiritual, no pertenece al mundo exterior, material. Lo lesionado será, entonces, y según diferentes posturas de los hegelianos; la "sustancia ética" del derecho, la "voluntad gene-

<sup>54</sup> HEGEL: *Principios*, § 99.

<sup>55</sup> Ídem, § 218. Véase sobre ello también LESCH: *Das Problem*, pp. 140 y ss.; VEHLING: *Die Abgrenzung*, pp. 24-25.

<sup>56</sup> HEGEL: *Principios*, § 218.

<sup>57</sup> Citado por SINA: *Die Dogmengeschichte*, p. 31; en forma similar, KÖSTLIN: *Neue Revision*, p. 40.

<sup>58</sup> KÖSTLIN: *Neue Revision*, p. 32

ral", o también "el orden estatal";<sup>59</sup> "objetos" que, dado su carácter ideal, sólo podían ser vulnerados mediante la lesión inmediata de un bien jurídico. Con ello, según Sina, el concepto de delito se convertía en una noción abstracta y formalizada,<sup>60</sup> ya que "cuanto más se consideraba la lesión de la voluntad general como lo específicamente delictivo, más perdía la lesión de los bienes jurídicos concretos su función de elemento material del delito",<sup>61</sup> función sistemática de carácter liberal y garantístico, a juicio de este autor.

Puede, ciertamente, discutirse que el criterio del bien jurídico represente, por su razón de ser o por sus consecuencias, una decisión de talante liberal. De hecho, las múltiples concepciones doctrinales de tal figura revelan que éste puede ser moldeado de forma que su empleo sea compatible con cualquier filiación ideológica. En todo caso, habría que hablar, por tanto, del talante liberal de una u otra comprensión concreta del bien jurídico, sobre lo que posteriormente volveremos. Lo que sí parece plausible es que la decisión de raigambre hegeliana de prescindir del bien jurídico (de los intereses del individuo) como criterio definidor del delito y del merecimiento de pena, sustituyéndolo por la lesión de la 'totalidad', venga dada por consideraciones de carácter ideológico, derivadas del lugar axiológicamente secundario que ocupa el individuo frente a la comunidad o el Estado en la comprensión política de esta línea filosófica. Ello queda patente a tenor de las afirmaciones de Hegel respecto del papel del individuo en el Estado. Para el autor alemán el individuo, y su ámbito de derechos y deberes, depende enteramente de la encarnación del espíritu ético de la comunidad en el Estado absoluto. Ello es expresión de la corriente citada del "comunitarismo", según la cual la fundamentación de las normas que regulan la libertad de los individuos no se origina a partir de un pacto de los ciudadanos realizado en condiciones de igualdad —tal como representa la metáfora

<sup>59</sup> Conf., sobre ello, SINA: *Die Dogmengeschichte*, pp. 32-33. Conf. también KOHLER: *Studien*, p. 20; MERKEL: *StR*, p. 133.

<sup>60</sup> SINA: *Die Dogmengeschichte*, pp. 36-37. En similar sentido, mencionando, con Hegel y los hegelianos, una tendencia a la "elevación del objeto del delito hacia lo general" y, a la postre, a la espiritualización del bien jurídico. ESER: *ADPCR* 1996, pp. 1035 y ss.

<sup>61</sup> SINA: *Die Dogmengeschichte*, p. 37.

del contrato social—, desde el cual puedan verse representados los intereses de todos los individuos, sino que el único criterio de legitimación queda en el interés de la comunidad como tal, encarnada en el Estado, que es "lo racional en sí y por sí".<sup>62</sup> Desde esta perspectiva, y a partir del historicismo hegeliano, serán los valores morales fácticamente vigentes en la comunidad los que delimitarán la libertad del individuo, ya que lo fundamental no será maximizar la libertad individual, sino la estabilidad del todo social y, especialmente en Hegel, del Estado.<sup>63</sup> Afirma el filósofo alemán que "el espíritu tiene realidad y sus accidentes son los individuos. Respecto de lo ético sólo hay por lo tanto dos puntos de vista posibles: o se parte de la sustancialidad o se procede de modo atomístico, elevándose de la particularidad como fundamento. Este último punto de vista carece de espíritu, porque sólo establece una conexión mientras que el espíritu no es algo individual, sino la unidad de lo individual y lo universal".<sup>64</sup> Así, "el derecho subjetivo de los individuos a una determinación subjetiva de la libertad tiene su cumplimiento en el hecho de que pertenecen a una realidad ética".<sup>65</sup> Desde estos presupuestos, la subordinación del individuo al Estado es una consecuencia necesaria, y asumida por Hegel: "Esta unidad sustancial es el absoluto e inmóvil fin último en el que la libertad alcanza su derecho supremo, por lo que este fin último tiene un derecho superior al individuo, cuyo supremo deber es ser miembro del Estado".<sup>66</sup> Es decir, el individuo, en el Estado ético de Hegel, no es ciudadano (legislador de las normas que enmarcan su esfera de libertad), es súbdito.<sup>67</sup> Por lo

<sup>62</sup> Conf. HEGEL: *Principios*, § 258.

<sup>63</sup> Como todas las interpretaciones de la filosofía hegeliana, ésta puede ser discutible. Conf. un mayor abundamiento de la que aquí se sostiene, en ALCÁZER GUIRAO: *Los fines del derecho penal*, pp. 53 y ss.

<sup>64</sup> HEGEL: *Principios*, § 256, agregado. Conf. sobre Hegel, BOBBIO: "Hegel und die Naturrechtslehre", p. 91: "La comunidad del pueblo, concebida como histórica y viva totalidad, cuyo sujeto ya no es el individuo o la suma de individuos, sino una colectividad, un *todo orgánico*". Véase también, FORST: *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 163; y SCHELSKY: *Systemfunktionaler*, p. 40, quien resalta la comprensión totalizadora y colectivista de lo social implícita en el espíritu objetivo hegeliano.

<sup>65</sup> HEGEL: *Principios*, § 253.

<sup>66</sup> Ídem, § 258.

<sup>67</sup> Como ha afirmado SABINE: *Historia de la teoría política*, pp. 473 y ss., en Hegel era el Estado nacional "más que el individuo o cualquier otro grupo

demás, el carácter antiliberal del filósofo alemán quedó plasmado también en los argumentos de los penalistas hegelianos. Así, por ejemplo, la concepción de Feuerbach basada en la defensa por el derecho penal de los derechos subjetivos, es rechazada por Kohler, tachándola de asumir un "Injustificado individualismo",<sup>68</sup> que no toma en cuenta que "el ordenamiento jurídico es algo en sí tan sagrado, que un atentado contra el mismo se hace merecedor de represión, sin que sea preciso que la acción haya puesto en peligro una cosa o una persona determinada".<sup>69</sup>

## 1.2. El delito en el derecho penal nacionalsocialista

Quiénes sí entendieron el concepto de delito como lesión de bien jurídico como fruto de la tradición liberal e iluminista fueron los autores nacionalsocialistas, y es por oposición ideológica a dicha tradición por lo que combatieron esa comprensión del hecho punible, oponiendo la basada en la contradicción a deber.<sup>70</sup> A pesar de ello, junto a razones abiertamente

---

de individuos lo que constituía la unidad significativa... [y] El genio o el espíritu de la nación (*Volksgest*), que actúa a través de los individuos pero independiente en gran medida de su voluntad e intención conscientes, era considerado por él como el verdadero creador del arte, el derecho, la moral y la religión". Por ello, continúa, el "individuo es sólo una variante accidental de la cultura que lo ha creado... no debe contar mucho porque, en general, 'los individuos caen dentro de la categoría de medios'. Sus deseos y satisfacciones son justamente sacrificados para la realización de los fines más amplios de las naciones" (p. 484). "Obviamente, pues, el Estado debía ser absoluto puesto que él y sólo él encarna los valores éticos. Obviamente también, el individuo alcanza la dignidad y la libertad moral sólo cuando se dedica al servicio del Estado" (p. 493).

<sup>68</sup> KOHLER: *Studien*, p. 21.

<sup>69</sup> Ídem, p. 20.

<sup>70</sup> Véase, p. ej., GALLAS: *Gleispach-FS*, p. 51; DAHM: *Gemeinschaft*, p. 10. Sobre dicha comprensión liberal del delito como lesión de bien jurídico por penalistas afines al régimen nazi, cfr. AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, pp. 231 ss.; POLAINO NAVARRETE: *El bien jurídico*, p. 168, citando a Schaffstein; MARXEN: *Der Kampf*, pp. 36 y ss. y 177 y ss. Afirma, por ejemplo, SINA: *Die Dogmengeschichte*, p. 70, que el concepto del bien jurídico y su idoneidad para servir como criterio definidor del delito fue uno de los temas más debatidos en la época nacionalsocialista. Sobre el rechazo del nacionalsocialismo al liberalismo, puede verse AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, pp. 217,

ideológicas concurren también relevantes consideraciones de índole metodológica y dogmática,<sup>71</sup> si bien ello impregnado asimismo de un trasfondo valorativo, puesto que para estos autores la metodología del positivismo naturalístico era, en cualquier caso, heredera, o expresión, del individualismo liberal,<sup>72</sup> e incluso la posterior orientación teleológico-valorativa de la escuela sudoccidental alemana, no dejó de ser, a pesar del importante giro metodológico, más que una modificación de la primera, sin diferencias en lo tocante a sus antecedentes ideológicos.<sup>73</sup> Desde esa perspectiva, incluso la modificación del concepto de bien jurídico llevada a cabo por Schwinge y Honig, y a pesar de la espiritualización que suponía del objeto de protección, tampoco vino a modificar demasiado, según la Escuela de Kiel, la raíz liberal del bien jurídico.<sup>74</sup> En suma, todo lo que se

<sup>71</sup> Conf. POLAINO NAVARRETE: *El bien jurídico*, p. 164: Las críticas al bien jurídico respondían también a una "singular preocupación por el problema metodológico".

<sup>72</sup> Conf., p. ej., GALLAS: *Gletsch-FS*, p. 55; WELZEL: *Naturalismus*, pp. 40 a 50 y p. 118, donde afirma expresamente que el positivismo es el sostén teórico del liberalismo. Véase asimismo, sobre el sustrato material en que se asentaba gran parte del debate metodológico, SINA: *Die Dogmengeschichte*, p. 72.

<sup>73</sup> WELZEL: *Naturalismus*, p. 36. En el mismo sentido que en el texto, respecto al sustrato material y valorativo en que se asentaban las críticas de índole metodológica, MARXEN: *Der Kampf*, p. 177, nota 50a.

<sup>74</sup> AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, p. 229, y nota 95, citando a Schaffstein; POLAINO NAVARRETE: *El bien jurídico*, p. 169. Afirmación que, por lo demás, resulta más que discutible. Sabido es que muchos penalistas cercanos a la ideología nazi no tuvieron dificultad en incluir en el sistema del delito las consecuencias derivadas de aquélla sin necesidad de prescindir —formalmente, puesto que no era sino un concepto formal— del bien jurídico. Sobre ello, SINA: *Die Dogmengeschichte*, pp. 77; conf. también, p. ej., HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico*, p. 68: "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 nacionalsocialista para la instrumentalización política del derecho penal". En el mismo sentido, FERRAJOLI: *Derecho y razón*, p. 469, quien afirma que, tras la comprensión del bien jurídico como "valor", "a los juristas nazis, en el marco del nuevo modelo eticista y subjetivista del derecho penal de la voluntad, no les quedaba sino decretar su archivo y la coherente sustitución por los conceptos de 'violación del deber', 'desvalor de la actitud interna' o 'infidelidad' al Estado o a su jefe". Sobre las críticas realizadas por éstos mismos penalistas a la posición citada en el texto, mantenida exclusivamente por la Escuela de Kiel —Schaffstein, Dahm—, conf. POLAINO NAVARRETE: *El bien jurídico*, pp. 178 y ss.

asemejara, siquiera nominalmente, al denostado "dogma del bien jurídico" era rechazado de plano por estos autores.<sup>75</sup>

Para esta orientación ideológica el delito no podía entenderse, al modo de la tradición liberal, como la lesión de un interés individual, ni, por tanto, dada la identificación citada, como la lesión de un bien jurídico. Como razones dogmáticas se alegaba, entre otras, que dicha concepción no se correspondía con numerosos tipos penales de la Parte Especial, los cuales no estaban basados en la lesión causal de un objeto perteneciente al mundo exterior, sino que, como los delitos especiales, respondían a un especial deber exigido al individuo; asimismo, numerosas figuras jurídicas incluían determinados elementos subjetivos, como el ánimo de lucro en el delito de hurto, los cuales no podían ser abarcados por dicha comprensión del hecho punible,<sup>76</sup> etc.; razones que, como es sabido, son las que también el finalismo opuso al concepto clásico de delito, y que terminó por incluir el aspecto subjetivo del delito en el tipo de injusto.

Pero son, más allá de dichas objeciones sistemáticas, sobre todo consideraciones ideológicas las que llevan a este sector doctrinal al rechazo del bien jurídico como criterio definidor del delito y a instaurar el delito como lesión del deber. Ello es, por ejemplo, patente en el joven Gallas, quien afirma que "la búsqueda de un objeto 'lesionable' *in concreto*, de un 'lesionado' como portador de ese objeto conlleva el peligro de una concepción material o individualista limitadora del contenido del injusto",<sup>77</sup> y quien sienta las bases reales de la discusión: "La elección entre los posibles puntos de vista viene determinada en atención a *presupuestos políticos y filosóficos*, y la conclusión no puede ponerse en duda: debe ponerse el acento en la lesión de deber y no en la lesión del bien jurídico".<sup>78</sup>

<sup>75</sup> No obstante, lo cierto es que ni Schaffstein ni Dahm, tras una revisión de sus posturas, expulsaron del todo el bien jurídico de la construcción del sistema del delito, si bien no le atribuyeron ningún peso material respecto de su relevancia como criterio de valoración lesiva de las acciones. Conf. AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, pp. 230 y 234.

<sup>76</sup> Conf. GALLAS: *Gleispach-FS*, p. 61. Sobre ello, véase AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, pp. 233 y ss.

<sup>77</sup> Ídem, p. 61 (cursivas y comillas en el original!).

<sup>78</sup> Ídem, p. 53 (cursivas añadidas).

Los presupuestos políticos y filosóficos de estos autores parten del pensamiento comunitarista e irracionalista de los años '30, desde cuyos postulados genéricos la autonomía del individuo queda sometida a la prioridad axiológica de la comunidad, formada y cohesionada no a partir de la decisión racional intersubjetiva, sino en torno a vínculos de sangre y nación, así como en torno a un uniforme y colectivo horizonte moral. En palabras de Amelung, "el valor más elevado para el pensamiento nacionalsocialista lo constituye el pueblo, no el individuo. Por ello, la misión más alta del derecho penal es su mantenimiento. Pero este fin no es identificable con la protección de sus miembros. El pueblo es más que una suma de individuos que conviven juntos. Es una esencia viva de una clase particular, que se asienta mucho más allá del hombre individual: es la inseparable comunidad de las pasadas, presentes y futuras generaciones vinculada en torno a la sangre y el suelo".<sup>79</sup> Ello implica, por un lado, el rechazo a la protección de los intereses del individuo como tal: el único bien merecedor de protección es la comunidad misma y, por ello, en palabras de Gallas, "para la valoración jurídico-penal sólo tienen relevancia los intereses de la comunidad".<sup>80</sup> La consecuencia para la concepción del delito y el merecimiento de pena es clara: "Según nuestra concepción —afirma Dahm— la esencia del delito no es la lesión de intereses y bienes jurídicos, sino la rebelión contra la comunidad y su ley interna".<sup>81</sup> Para estos autores, la noción del bien jurídico, caracterizada por una exigencia *material* de lesividad sobre intereses prioritariamente *individuales* —características que, como acaba de verse, Gallas consideraba "peligrosas"—, no podía formar parte del programa jurídico-penal, en cuanto impedía recalcar la esencia supraindividual de lo dañado y el componente ético del desvalor jurídico, factores que eran los que manifestaban la relación de rebelión de la conducta frente a la comunidad.<sup>82</sup> La trascendencia de esta ideología para la

<sup>79</sup> AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, p. 217.

<sup>80</sup> GALLAS: *Gleispach-FS*, p. 62. En el mismo sentido, DAHM: *Gemeinschaft*, p. 12; H. MAYER: *DStR*, 1938, pp. 76-77 y 81.

<sup>81</sup> DAHM: *Gemeinschaft*, p. 12; H. MAYER: *DStR*, 1938, p. 77.

<sup>82</sup> Así, GALLAS: *Gleispach-FS*, p. 55. Conf., sobre ello, AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, pp. 231-232.

concepción del delito es claramente expresada en las siguientes consideraciones programáticas de Gallas: "La teoría del bien jurídico y su lesión aparece como el resultado de un forma de pensar liberal e individualista, para la que la misión del ordenamiento jurídico se limita a mantener separadas entre sí una serie de 'esferas de intereses', ya del individuo, ya de personas jurídicas concebidas según la imagen de aquél. Por el contrario, el ideal jurídico del nacionalsocialismo viene determinado por la unidad de la comunidad y sus miembros: Desde esta perspectiva, la esencia del delito no consistirá en el ataque ilícito a los intereses jurídicamente protegidos, sino en su carácter destructor de la comunidad. Con ello, cobra protagonismo la parte personal del delito y son los conceptos de 'deber' y 'actitud', y no, o no en primer lugar, los de 'bien jurídico' e 'interés' los que pasan a ocupar el centro de la construcción conceptual jurídico-penal".<sup>83</sup> En efecto, el delito se convertirá en lesión de deber, pero además —y esto es lo que dota a dicha noción de su componente material— este deber se entenderá dirigido a la actitud interna, como una vinculación interna entre el individuo y la comunidad, dando lugar a una subjetivación extrema del injusto.<sup>84</sup>

Ello es consecuencia de la segunda característica esencial de toda concepción comunitarista del derecho, que con el nacionalsocialismo llegará a su exasperación, consistente en la fusión del derecho y la moral tanto respecto de la génesis de las normas penales como, por tanto, respecto de la desvaloración e imputación de responsabilidad. Como mencionamos, dicha fusión debe su fundamento al hecho de que, desde esa concepción filosófico-política, son las convicciones morales imperantes las que conforman el núcleo en el que la comunidad halla su identidad y cohesión. Con el auge de dicho pensamiento de los años '30 en Alemania, y siguiendo la estela hegeliana, se procederá, así, a una "etización" del derecho penal,<sup>85</sup> desde la cual la

<sup>83</sup> GALLAS: *Gleispach-FS*, p. 51; en el mismo sentido, DAHM: *Gemeinschaft*, pp. 13-14.

<sup>84</sup> GALLAS: *Gleispach-FS*, p. 53; el mismo, *ZStW*, 67 (1955), p. 4; H. MAYER: *StR* 1936, pp. 95-96.

<sup>85</sup> Véase, en este sentido, AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, p. 218; LESCH: *Das Problem*, p. 141; HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien Jurídico*, pp. 69-70: "La diferencia entre derecho y moral habría de desaparecer desde el momento en que el nacionalsocialismo sólo habría de reconocer como única fuente del

desvaloración de las conductas no vendrá dada por su potencialidad lesiva para intereses personales o supraindividuales, del ciudadano, sino que hallará su fundamento en la *actitud de rebelión* frente al orden moral que representa la comunidad misma; el delito implicará un significado de infidelidad, de *traición* a la comunidad,<sup>86</sup> consistiendo lo más reprochable de dicha traición "no en el ataque a una forma exterior de la vida en común o en la lesión de un bien jurídico estatal, sino en la lesión del deber de fidelidad que vincula a cada miembro con la comunidad".<sup>87</sup> En palabras de H. Frank, ministro del III Reich, "el derecho penal habrá de ser sustancialmente un ordenamiento para el castigo de la falta de fidelidad".<sup>88</sup>

La tendencia de este derecho penal de la voluntad dará paso también al derecho penal de autor, según el cual esa actitud determinará la peligrosidad de los individuos para la comunidad del pueblo;<sup>89</sup> derecho de autor que conforma con el derecho penal de la voluntad, como destaca Frommel, "una unidad ideológica, cuya intención era lograr una subjetivación, relativización y anticipación de la intervención del derecho penal".<sup>90</sup> Para ambas, en suma, y tal y como postulaba Gallas, "es la actitud contraria a la comunidad, en su forma más extrema de infidelidad a la comunidad, la que determina el juicio de injusto sobre la persona del autor".<sup>91</sup>

En conclusión, el rechazo a la concepción del delito como lesión del bien jurídico viene dado por el hecho de que los intereses individuales plasmados en ellos no son, desde la ideología del nazismo, merecedores de protección, sino que el único supervalor a cuyo mantenimiento debe consagrarse el derecho penal es la comunidad como esencia moral e histórica. Con ello, el resultado del delito, como lesión de un objeto funcional para el ciudadano, deja de tener relevancia a efectos de merecimien-

<sup>86</sup> DAHM: *Gemeinschaft*, p. 14; H. MAYER: *DSiR*, 1938, pp. 76 y 100.

<sup>87</sup> Conf. MARXEN: *Der Kampf*, p. 187.

<sup>88</sup> Citado según FERRAJOLI: *Derecho y razón*, p. 246, nota 41.

<sup>89</sup> Véase sobre ambas formas de concebir el derecho, a partir del mismo núcleo de pensamiento, GALLAS: *Gleispach-FS*, p. 69. Sobre el derecho penal de autor, véase también MARXEN: *Der Kampf*, pp. 199 y ss.

<sup>90</sup> FROMMEL: *ADPCP*, 1989, p. 625.

<sup>91</sup> GALLAS: *Gleispach-FS*, p. 55. Conf. MÜLLER-TUCKFELD: *Integrationsprävention*, p. 366: El concepto material del delito en el nacionalismo se reduce a una lesión del individuo a la comunidad.

to de pena, y este criterio pasa a ser todo el componente subjetivo de la actitud interna y de fidelidad a las normas del "orden moral del pueblo". Lo único relevante es, entonces, la "contrariedad valorativa a la comunidad", que engloba tanto el componente objetivo como el subjetivo del hecho, y la lesión del bien jurídico sólo es tenido en cuenta como mera manifestación exterior de esa contrariedad,<sup>92</sup> de forma similar a los autores neohegelianos.

### 1.3. Welzel y Hellmuth Mayer

Próximas a las anteriores se sitúan las concepciones del delito y el derecho penal de H. Mayer y Welzel, si bien existen también notables diferencias, tanto respecto a los autores nacionalsocialistas como entre sí. Sabido es que Mayer y Welzel, en la época de los '30, se mantuvieron apegados —el segundo más que el primero— a la construcción dogmático-conceptual, y no cayeron en el irracionalismo metodológico del *konkretes Ordnungsdenken* y en la comprensión emotivista y totalizadora del delito. Por otro lado, ninguno de ellos tuvo la pretensión de expulsar totalmente el bien jurídico del sistema, si bien, como intentaré mostrar, considero que su mantenimiento en la concepción de estos autores fue debido antes a razones sistemáticas que valorativas, ya que la esencia de desvalor —y de lesividad, por tanto— en el delito radicaba, asimismo, en la lesión de deber subjetivo, en la infidelidad a los valores ético-sociales.

Los postulados de H. Mayer se acercan más, en lo que a los presupuestos filosófico-políticos se refiere, a los autores nacionalsocialistas.<sup>93</sup> Como ellos, eleva la comunidad del pueblo a origen y objeto de protección del derecho penal y, en consecuencia, incluye el derecho dentro de la ley moral de la comunidad. "El derecho es el orden moral mismo del pueblo... el ordenamiento jurídico es la parte coercitiva del orden moral".<sup>94</sup> Desde estas premisas, el derecho tendrá el fin, antes que de

<sup>92</sup> GALLAS: *Gletsch-FS*, p. 65.

<sup>93</sup> Ello, en cualquier caso, es asumido por el mismo autor en el "Prólogo" de su *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, 1936.

<sup>94</sup> Conf. H. MAYER: *StR*, p. 64.

proteger los bienes jurídicos, de mantener vigente en las conciencias de sus miembros el orden moral que conforma la identidad a la comunidad.<sup>95</sup> Como consecuencia de ello, el delito no puede concebirse ya como la lesión de bienes jurídicos, sino como lesión del deber ético-jurídico que todo miembro tiene con su comunidad. No obstante, pueden detectarse en Mayer al menos dos diferencias con respecto al pensamiento de la Escuela de Kiel, las cuales se darán también en Welzel. En primer lugar, si bien la desvaloración de la conducta se dirigirá hacia el aspecto subjetivo, hacia la actitud externamente manifestada, Mayer concibe la lesividad propia de la conducta delictiva en forma esencialmente objetiva, si bien simbólica, no material.<sup>96</sup> Frente a la relación puramente interna entre la actitud del autor y los valores de la comunidad propia de la Escuela de Kiel, entendiendo el delito entonces como mera rebelión subjetiva, como traición, Mayer, si bien no niega el núcleo de verdad de dicha concepción —en cuanto que asume que “la acentuación del deber de fidelidad conlleva un momento de verdad, ya que la moral debe ir referida y debe emanar de la comunidad del pueblo”—,<sup>97</sup> pone el acento en los efectos que dicha rebelión tiene en el entorno: el delito es “la acción que, entrando en contradicción insostenible con el orden moral del pueblo, *reclama vigencia en el mundo exterior*”.<sup>98</sup> No es, entonces, únicamente la actitud rebelde al orden moral, sino la actitud cuya manifestación en el mundo exterior puede debilitar su vigencia normativa: el delito es “ejemplo insostenible”, el cual lesiona “el poder psicológico y vigencia ideal del orden moral”.<sup>99</sup> En cualquier caso, Mayer afirma expresamente que esta concepción no contradice la mantenida por Schaffstein y Dahm, relativa a que el delito, como traición, destruye la comunidad, sino que su concepción podría entenderse incluso como una más concreta definición de lo que dicha destrucción significa.<sup>100</sup> En

<sup>95</sup> H. MAYER: *StR*, pp. 4 y 26, entre otras.

<sup>96</sup> H. MAYER: *DStR*, 1938, pp. 99-100.

<sup>97</sup> Ídem, p. 100.

<sup>98</sup> H. MAYER: *StR*, p. 71; el mismo, *DStR*, 1938, p. 78 (cursivas añadidas).

<sup>99</sup> H. MAYER: *DStR* 1938, p. 78. Conf. también H. MAYER: *StR*, p. 75: “Punible no es el pensamiento malvado, ni la resolución malvada de la voluntad como acto mental, ni tampoco la actitud malvada, el carácter perverso o la personalidad inferior, sino únicamente el hecho malvado, en el cual la voluntad malvada reclama vigencia en el mundo de los fenómenos”.

<sup>100</sup> Ídem, p. 78.

realidad, pocas diferencias conllevará en lo tocante a la anticipación de los márgenes de punición. Así, también para este autor "el delito es... lesión de un deber moral".<sup>101</sup>

Como segunda diferencia, H. Mayer no rechaza enteramente la protección de los bienes protegidos por las normas de conducta, si bien lo considera una finalidad de rango inferior, entendiendo que "el punto de vista del ejemplo insostenible es el de más largo alcance y abarca en sí mismo el momento de la protección de bienes jurídicos".<sup>102</sup> Aparte de por razones dogmáticas, rechaza H. Mayer la sola consideración del delito como lesión de bienes jurídicos porque impide atender a la parte subjetiva del delito, cuya desvaloración ético-jurídica es tan relevante como la objetiva.<sup>103</sup> Más en general, el rechazo viene dado por una cuestión filosófico-política de fondo: el fin del derecho no es proteger esferas individuales de libertad, sino, en primer lugar, mantener vigentes las convicciones morales de la comunidad;<sup>104</sup> sólo dentro de este fin superior cabe la protección de bienes jurídicos.<sup>105</sup>

Respecto de la concepción welzeliana, la relativización del bien jurídico como criterio caracterizador del contenido material del hecho punible que introduce en su sistema, trae, evidentemente, su razón de ser en la relativización del propio fin de protección de bienes jurídicos y la prioridad dada a la misión de protección de la vigencia de los valores ético-sociales inscriptos en las normas como auténtica misión del derecho penal. Desde este presupuesto, Welzel afirmará que "el contenido material de las proposiciones jurídico-penales no es la mera protección de

<sup>101</sup> Ídem, p. 98.

<sup>102</sup> Ídem, p. 78.

<sup>103</sup> H. MAYER: *StR*, p. 96.

<sup>104</sup> En este sentido, destaca AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, p. 163, que para H. Mayer el verdadero motivo de creación de una norma penal no se halla en la protección de un estado u objeto valorado, sino la protección del valor social que yace tras los mismos.

<sup>105</sup> H. MAYER: *StR*, p. 97 aduce también razones puramente funcionales, afirmando que la protección de bienes jurídicos, si no es a través de la protección inmediata de los valores morales, siempre llegaría tarde a su propósito. A mi juicio, parece obvio que en la concepción de este autor, en la supeditación del fin de protección de bienes jurídicos a la labor ético-pedagógica del derecho penal pesan más razones filosófico-políticas que meramente funcionales.

bienes jurídicos, sino el mantenimiento de los valores de la actitud correcta".<sup>106</sup> Por ello, "la lesión del bien jurídico... sólo es un momento parcial dependiente y condicionado dentro del más amplio desvalor del acto de la acción".<sup>107</sup> El valor del resultado está condicionado al valor del acto porque supone su presupuesto, por el hecho de que el valor del acto dependerá de qué resultado pretendiera realizar la acción y porque, por tanto, con la protección de los valores del acto se protegerán también, indirectamente, los valores del resultado, los bienes jurídicos, pero el juicio de desvalor irá dirigido en primer lugar a la voluntad manifestada:<sup>108</sup> "La conducta prohibida contraria a la ética social (y no la lesión del bien jurídico) es el contenido material de desvalor de todas las normas".<sup>109</sup> En suma, el injusto es primariamente desvalor (subjetivo) de acción, no desvalor de resultado: el delito es lesión de deber, no lesión de bienes jurídicos.<sup>110</sup> Pero también para Welzel el delito es, ante todo, ejemplo insoportable para la vigencia del poder espiritual del derecho, entendido éste como expresión de la ética social de la comunidad.<sup>111</sup> Expresado de otra forma, mientras que el desvalor de resultado es un daño a un bien, el desvalor del acto se concibe como un daño a la vigencia del valor.<sup>112</sup> No obstante, y al igual que Mayer, el juicio de desvalor se dirigirá sobre la voluntad meramente manifestada, dada la presunción de que la mera exteriorización de una actitud rebelde al derecho será susceptible de poner en duda dicho poder espiritual,<sup>113</sup> con lo que la anticipación de la punición será la misma.

<sup>106</sup> WELZEL: "Über den substantiellen Begriff", p. 229; el mismo, *StR*, p. 1.

<sup>107</sup> Ídem, p. 228; similar, WELZEL: "Studien", p. 147.

<sup>108</sup> Ídem, p. 232; el mismo, *StR*, p. 193.

<sup>109</sup> WELZEL: "Studien", pp. 38-39, nota 30.

<sup>110</sup> Conf. LESCH: *Das Problem*, p. 149, quien afirma que la comprensión welzeliana del injusto apenas dista de la concepción del delito como lesión del deber.

<sup>111</sup> Conf. WELZEL: *StR*, p. 193. Véase también LESCH: *Das Problem*, p. 149.

<sup>112</sup> Así, AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, p. 168. Véase también WELZEL: *Naturalismus*, p. 114.

<sup>113</sup> Conf. su concepción de la tentativa en WELZEL: *StR*, p. 193: Welzel defiende una teoría subjetiva de la tentativa, por entender que ella "ve el ordenamiento jurídico en un sentido integrador como un poder espiritual configurador de la vida del pueblo". Y "la realidad y vigencia de este poder espiritual es ya lesionada por medio de una voluntad que toma la acción que se propone realizar como el comienzo de ejecución idóneo de un deli-

Si bien Welzel no podría considerarse un autor directamente nacionalsocialista —no es eso lo que aquí pretende afirmarse—, la postura del autor alemán sólo puede entenderse dentro del giro de pensamiento producido en Alemania en las décadas de los años '20 y '30, sobre el que ya hemos hecho mención; giro de pensamiento que se afana en rechazar algunos postulados básicos del liberalismo político, como son la estricta separación entre derecho y moral y el consiguiente principio de neutralidad, o la limitación del derecho penal a una labor de protección de intereses esenciales de la persona. Dicha tendencia filosófico-política se traducirá, en el ámbito del derecho penal, en una etización general de él, en una fusión, más o menos inmediata, de lo jurídico con lo moral, tanto en la génesis, como en los fines, así como —consecuencia de dicha etización— en una subjetivación del contenido de lo delictivo.<sup>114</sup> A esta tendencia se refiere Gallas, cuando, ya en el año 1955, afirma que "en nuestro pensamiento jurídico actual se ha asentado, o ha vuelto a asentarse, una tendencia que encuentra demasiado limitada la exclusiva vinculación del injusto con el pensamiento de la protección, que ve en el injusto no sólo la lesión de intereses, sino también la lesión de deber, no sólo la conducta socialmente lesiva, sino asimismo la conducta ético-socialmente reprochable".<sup>115</sup>

A este respecto, y porque las afirmaciones vertidas sobre Welzel podrían resultar no sólo discutibles, sino incluso ofensivas a más de un finalista —de los pocos que van quedando—, conviene profundizar un poco más en la discusión. Prueba de

---

to... un acto así resulta ya insostenible para el ordenamiento jurídico como poder configurador de orden". Sobre dicha concepción, conf. en profundidad ALCÁCER GUIRAO: *La tentativa inidónea*, pp. 53 y ss.

<sup>114</sup> Como afirma LESCH: *Das Problem*, p. 149, los ejemplos de H. Mayer y de Welzel muestran que el fomento de una etización del derecho penal en absoluto partió únicamente del nacionalsocialismo; si bien, en cualquier caso los presupuestos filosófico-políticos del nacionalismo no distan en realidad demasiado de los propios de Welzel y H. Mayer. Conf. sobre ello, por ejemplo, MÜLLER-TUCKFELD: *Integrationsprävention*, pp. 365 y ss.

<sup>115</sup> GALLAS: *ZStW* 67 (1955), p. 38, quien afirma que presupuestos de dicha concepción son Hegel y la fenomenología, filosóficamente, y el pensamiento de la prevaencia de la comunidad sobre el individuo, políticamente (conf., p. 38, nota 74 y p. 4). Respecto de esa tendencia, también BUSCH: *Moderne Wandlungen*, p. 36; crítico con Welzel, WÜRTENBERGER: *Die geistige Situation*, pp. 48 y ss. Asimismo, FERRAJOLI: *Derecho y razón*, pp. 230 y ss., 469 y ss.

que Welzel rechazaba una concepción basada en una ética del resultado para determinar la especial lesividad del delito es la expresa crítica que emite frente a un modelo consecuencialista de enjuiciamiento de las acciones, asociado por él —correctamente— a la protección de bienes jurídicos. Así, afirma que la exclusiva atención a la protección de bienes jurídicos “lleva a una sobrevaloración del resultado y a un inevitable utilitarismo del derecho penal. Lo ajustado a derecho o lo injusto de una acción se miden en función de su beneficio o lesividad social. Ello tiene por consecuencia no sólo una fuerte tendencia al utilitarismo, sino asimismo una fuerte actualización del enjuiciamiento de la acción: el daño o beneficio actual del resultado de la acción determinan el valor de ésta...”.<sup>116</sup> Algunos autores<sup>117</sup> han querido ver en esta crítica al utilitarismo por parte de Welzel un intento de establecer límites a la exasperación punitiva propia de la prevención, e impedir una funcionalización del derecho penal que menospreciara garantías individuales, atribuyendo a Welzel una finalidad correctora de los desmanes totalitarios propios de la época en que fueron redactadas esas palabras. Pues bien, a mi entender, esa interpretación es ahistórica, y desatiende tanto el *Zeitgeist* en que esas críticas de Welzel se plasmaron, como la finalidad a las que ellas iban dirigidas, las cuales no se ubicaban en el ámbito de los límites a la prevención, sino en el del enjuiciamiento valorativo de las acciones, donde se produce ese cambio de acento de la desvaloración, desde los efectos de la acción (ética del resultado) a la actitud manifestada (ética de la actitud). Más acertado es, por el contrario, el diagnóstico de Müller-Tuckfeld: “La lucha de Welzel contra el utilitarismo no nace de una planteable crítica humanístico-ilustrada contra el sometimiento del hombre a los fines, sino que es una lucha contra el individualismo liberal y contra los aspectos limitadores del derecho penal del naturalismo”.<sup>118</sup> Siguiendo esta línea, sobre las interpretaciones de Welzel en este punto conviene tener muy presente la advertencia de Amelung de que en la época alemana de los años

<sup>116</sup> WELZEL: *StR*, p. 3.

<sup>117</sup> HASSEMER-MUÑOZ CONDE: *Introducción*, p. 101; FEJOO SÁNCHEZ: *El injusto penal*, p. 84.

<sup>118</sup> MÜLLER-TUCKFELD: *Integrationsprävention*, p. 34.

'30 y '40 el derecho penal se apoyaba no en la racionalidad instrumental (*Zweckrationalität*), sino en la racionalidad valorativa (*Wertrationalität*),<sup>119</sup> pero entendida ésta no como una decisión sobre principios éticos intersubjetivamente acordada, sino como emanación de los valores *morales* de la cultura de la comunidad, razón por la que el utilitarismo y su ética del resultado era precisamente asociado con la tradición liberal.<sup>120</sup> "Tras 1945 —continúa Amelung— la tendencia del derecho penal se ha querido basar en los 'valores', con la idea de que de esa forma podría prevenirse el 'utilitarismo' con el que se había asociado el derecho penal del nacionalsocialismo. Pero debe dudarse de si en verdad la caracterización como utilitarista de la concepción nacionalsocialista del derecho penal es adecuada. Ya en los años '30 —y bajo expresa remisión al nacionalsocialismo— autores como *Kempermann*, *Welzel* o *Schaffstein*, entre otros, rechazaron el pensamiento 'utilitarista' en la teoría del derecho penal, ya que *entonces* era considerado como típicamente liberal".<sup>121</sup> Por lo demás, resultaría paradójico que Welzel —y H. Mayer—<sup>122</sup> pretendiera establecer una limitación a los supuestos excesos utilitaristas de un derecho penal exclusivamente orientado al fin preventivo de protección de bienes jurídicos y, sin embargo, fuera partidario de un crudo utilitarismo al adelantar el ámbito de punición a conductas todavía no peligrosas para los bienes jurídicos. De hecho, cuando estos autores argumentan desde la perspectiva del fin de protección de bienes jurídicos, es con un afán puramente utilitarista con que justifican el fin de la protección de los valores —y su consiguiente adelantamiento de punición de las conductas—, afirmando que la mera protección inmediata de bienes jurídicos —es decir, una desvaloración basada en el peligro o lesión de ellos: una ética del resultado—, siempre llegaría tarde al cumplimiento de su cometido, y que sólo a través de la moralización colectiva pueden defenderse *eficazmente* los bienes jurídicos.<sup>123</sup>

<sup>119</sup> Sobre ambos conceptos, acuñados por Max Weber, conf. ALCÁCER GUIRAO: *NDP*, 1998, pp. 394 y ss.

<sup>120</sup> AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, pp. 227-228.

<sup>121</sup> *Ibidem* (cursivas y comillas en el original).

<sup>122</sup> Conf. H. MAYER: *SIR*, p. 97.

<sup>123</sup> H. MAYER: *SIR*, p. 97.

No obstante, la construcción de Welzel no sólo no rechazó el concepto de bien jurídico, sino que lo dotó de un contenido material, el cual, dada su vinculación con los efectos lesivos de la acción, puede ser perfectamente asumido, como luego veremos, por postulados liberales, centrados en el daño a intereses personales. En ello radica la fundamental ventaja dogmática del sistema del creador del finalismo con respecto a los hegelianos y autores nacionalsocialistas. Pero debe ponerse de manifiesto que la razón por la que Welzel mantuvo ese concepto de bien jurídico no fue por un afán de contrarrestar la tendencia subjetivadora del juicio de contrariedad al derecho propia de esta época, sino por razones de racionalidad y sistematización categorial dentro del sistema del delito. La aspiración fundamental de Welzel a este respecto, era la de oponerse a un concepto "espiritualizado" de bien jurídico —que a continuación veremos—; concepto que, dado que definía el bien jurídico como un valor ideal, situaba su lesividad en el plano ideal de la vigencia de los valores y las normas, viniendo a coincidir enteramente con su noción del "desvalor del acto". Así, Welzel era consciente de que la alternativa de asumir un bien jurídico de carácter espiritualizado llevaría a una notable confusión dogmática, a esa "noche de los conceptos", al igualarse en el sistema tanto material como estructuralmente la lesión del bien jurídico —el desvalor de resultado— con la lesión de deber —desvalor del acto—, dado que todo desvalor del acto, en cuanto lesionaría ya la vigencia del valor ideal, implicaría ya el desvalor de resultado.<sup>124</sup> Y que optar por prescindir enteramente del bien jurídico haría perder coherencia lógica a todo su sistema, al carecer de un objeto exterior —un estado valorado— hacia el que se dirigiera la finalidad de la acción —el desvalor del acto—.<sup>125</sup> En cualquier caso, considero que, a pesar del mantenimiento de un bien jurídico material, y dado el peso teleológico y axiológico secundario que tenía en su sistema frente a la lesión de deber, su comprensión del enjuiciamiento jurídico-penal de las acciones no partía de una ética del resultado —es decir, de

<sup>124</sup> WELZEL: "Studien", p. 137, nota 30.

<sup>125</sup> Conf., por ejemplo, WELZEL: *Das neue Bild*, p. 3. Las similitudes y diferencias entre la concepción de Welzel y las del bien jurídico espiritualizado han sido desarrolladas más ampliamente en ALCÁZER GUIRAO: *La tentativa inidónea*, pp. 276 y ss.

valorar las acciones en función de los efectos lesivos que producen—, propia de la tradición liberal,<sup>126</sup> sino de una ética del acto, propia de esa corriente subjetivista de los años '30 y coherente con el fin del derecho penal por él propugnado.<sup>127</sup> Las palabras de Amelung describen muy nítidamente la comprensión de lo delictivo de Welzel y de H. Mayer, así como sus presupuestos. Ambos autores, afirma, "divergen, bajo la influencia del hegelianismo y de la fenomenología", de la concepción del delito basada en el resultado. "Buscan concebir la acción como una totalidad plena de sentido, como la realización de un sentido de la acción determinado por la voluntad. La acción delictiva por sí sola se convertía en un relevante fenómeno ético-social, independientemente de sus ulteriores efectos. El delito es una voluntad malvada realizada, malvada en el sentido de que contradice los valores esenciales del actuar ético, el orden ético y cultural dominante".<sup>128</sup> De ahí, en suma, que el fundamento del injusto radicara en el desvalor del acto y no el del resultado, en la contradicción con los valores ético-jurídicos y no en la lesión del bien jurídico. Es cierto, como se ha afirmado, que Welzel exigía esa suerte de 'efecto' externo consistente en el quebrantamiento social de la vigencia de los valores, pero esa exigencia, desprovista de toda plasmación efectiva en el mundo exterior, de todo sustrato material, quedaba, a la hora del enjuiciamiento concreto de la acción, como una mera exigencia formal y retórica, presumiéndose ese efecto; ese resultado simbólico, como acontecido toda vez que la voluntad manifestada alcanzaba cierto grado de seriedad delictiva. El parámetro determinante del enjuiciamiento, es decir, lo que otorgaba ese sentido contrario a lo ético-social a la acción era, a pesar de esa cierta objetivación, esencialmente subjetivo. La razón de esta concepción, ciertamente, sólo puede hallarse en el fin del derecho penal considerado fundamental por el autor alemán:

<sup>126</sup> Conf. AMELUNG: "Rechtsgüterverletzung", p. 275.

<sup>127</sup> Conf. WELZEL: *SIR*, p. 3; el mismo, "Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes", pp. 224 y ss., donde aparece claramente manifestada la derivación directa del "desvalor de la actitud correcta" y del fin del derecho penal como fomento de los valores de la actitud, de los fundamentos ideológicos antiliberales.

<sup>128</sup> Así, AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, p. 160, resaltando la ascendencia hegeliana de tal concepción.

la protección de los valores ético-sociales de la actitud, y no, como a veces se ha pretendido sostener, a partir de su concepto final de acción.<sup>129</sup>

#### 1.4. El neokantismo y la espiritualización del bien jurídico

Fruto de esa tendencia de la que habla Gallas es la concepción del bien jurídico como "valor ideal" emanada de las filas del neokantismo. Podría resultar a primera vista contradictorio incluir dentro de los defensores de un concepto de delito como lesión de deber a los defensores de esta línea doctrinal, en la medida en que según sus presupuestos el delito es precisamente definido como "lesión del bien jurídico". No obstante, lo cierto es que, a pesar de tal definición formal, el sustrato material del hecho punible se reconduce por estos autores a la lesión subjetiva del deber, al asumir el bien jurídico no como una realidad fáctica, social o institucional, sino como un valor: ya como un "valor abstracto",<sup>130</sup> como un "valor ideal espiritualizado",<sup>131</sup> o como una "pretensión de respeto".<sup>132</sup> En efecto, lo que con ello pretende ese sector doctrinal es precisamente continuar la tendencia que mencionaba Gallas dirigida a hallar un lugar en la idea de hecho punible de la contrariedad al deber y de la contrariedad a los valores ético-sociales que subyacen tras las normas. En este sentido, su concepción esencial del derecho penal y del delito apenas se diferencia de la de Welzel, siendo la única diferencia la terminología empleada y la ordenación sistemática de los elementos del delito.<sup>133</sup>

Ejemplo de ello es Jescheck, quien comienza por afirmar que el fin del derecho penal no radica sólo en la protección de los bienes jurídicos sino también en la defensa de los valores

<sup>129</sup> Lo que constituiría una falacia naturalista, al derivar un deber ser (desvalor de la actitud manifestada) del ser (acción final). Sobre ello, ampliamente, ALCÁZER GUIRAO: *La tentativa inidónea*, pp. 54 y ss., y nota 168.

<sup>130</sup> JESCHECK: PG, pp. 44, 211, 232; SAX: JZ, 1976, pp. 432 ss.

<sup>131</sup> BAUMANN-WEBER-MITSCH: AT, 3/18.

<sup>132</sup> SCHMIDHÄUSER: AT, 5/26; el mismo, *Englisch-FS*, pp. 433 y ss.

<sup>133</sup> En general sobre esta concepción, aparte de la breve exposición del texto, puede verse, AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, pp. 146 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ: *RFDUC*, 1981, pp. 85 y ss.; GRAUL: *Gefährungsdelikte*, pp. 58 y ss.; ALCÁZER GUIRAO: *La tentativa inidónea*, pp. 276 y ss.

ético-sociales de la acción; por ello "el delito aparece así como lesión simultánea del bien jurídico y del deber".<sup>134</sup> Como a continuación veremos, esta afirmación se revelará tautológica, puesto que para Jescheck el bien jurídico no es otra cosa que el valor ético-social y, por ello, la lesión de deber implica, *per se*, la lesión del bien jurídico. Pero no adelantemos conclusiones.<sup>135</sup> En sus presupuestos, no ignora este autor el trasfondo ideológico de la discusión; así, resalta que "la acentuación de la protección del bien jurídico como tarea primordial del derecho penal es una característica de la concepción *liberal* del Estado. Detrás se halla el convencimiento de que la cualidad interna de las acciones humanas no puede someterse al juicio del derecho penal, porque ahí sólo cabe reconocer el foro de la conciencia". La noción de bien jurídico que en esa afirmación maneja no es, ciertamente, la que él postula, sino una de carácter material y social —no "espiritual"—, centrada en los intereses del ciudadano, y desde la cual se aspira a la separación entre derecho y moral; en cualquier caso, esa protección de la autonomía privada propia del liberalismo, según la cual el derecho penal no puede conformar el fuero interno del ciudadano,<sup>136</sup> no es del agrado de Jescheck; así, sostiene que "a tal concepción se opone, sin embargo, el hecho de que la protección de la sociedad en un mundo libre (...) únicamente puede lograrse actuando sobre la voluntad de los ciudadanos. Por eso, la teoría ético-social del derecho penal considera como tarea primaria el castigo de la 'desviación materializada respecto de los valores básicos del actuar jurídico'".<sup>137</sup> Esa concepción es lo que le lleva a asumir que el bien jurídico no puede entenderse en dicho sentido "liberal", sino como un valor abstracto vigente en la comunidad; y, por tanto, a comprender la noción de "lesión del bien jurídico" como "el desprecio del específico interés de la vida de la comunidad".<sup>138</sup> La lesión del bien jurídico no conlleva, por

<sup>134</sup> JESCHECK: *PG*, pp. 6-7.

<sup>135</sup> Muy crítica con las contradicciones en que incurre este sector doctrinal —especialmente Jescheck y Schmidhäuser—, al entremezclar en su argumentación el bien jurídico como valor y el bien jurídico como realidad fáctica, GRAUL: *Abstrakte Gefährungsdelikte*, pp. 90 y ss.

<sup>136</sup> Sobre ello, y sus repercusiones para el derecho penal, véase ALCÁ CER GUIRAO: *Los fines del derecho penal*, pp. 157 y ss.

tanto, la lesión de interés personal, sino "el menoscabo de la vocación de vigencia de un valor ideal":<sup>139</sup> "la vulneración del bien jurídico atañe a la relación entre la acción típica y la pretensión de respeto del valor protegido".<sup>140</sup>

En suma, como resalta Amelung, para este sector doctrinal el bien jurídico no está constituido por el "objeto valorado" —por la vida de un ciudadano, p. ej.—, sino por la "valoración del objeto": por la vida como valor social o cultural, o por la propiedad como institución.<sup>141</sup> Por ello, la lesión de él se identificará con la lesión del deber, puesto que un valor ideal no puede lesionarse materialmente, sino sólo menoscabarse su vigencia, su "pretensión de respeto". Lo que caracteriza la lesividad social de la acción delictiva será, entonces, el significado de la conducta en cuanto expresión del rechazo al valor ideal: lesión de la vigencia de los valores ético-sociales. Estamos, en suma, ante la misma concepción que la de Welzel.<sup>142</sup> Así, lo que para Welzel es el "valor de la actitud correcta" constituye para estos autores el bien jurídico; y, de igual modo, lo que para Welzel es el "desvalor del acto", conforma la lesión del bien jurídico para Jescheck o Schmidhäuser. Esto es: lesión de deber. Ello es claramente asumido por Schmidhäuser, cuando reconoce que "lesión del bien jurídico" significa lo mismo que lesión de deber".<sup>143</sup> La identidad de fondo entre ambas concepciones es puesta de manifiesto por el mismo Welzel, cuando, a partir del ejemplo del bien jurídico "propiedad", critica esa concepción espiritualizada del bien jurídico, poniendo de manifiesto que "una idea o una institución no pueden ser realmente protegidas, sino —desde la parte de los bienes— sólo pueden serlo los verdaderos bienes. La 'idea' o la 'institución' de la propiedad sólo puede protegerse manteniendo el valor del acto de la honradez. En la errada representación de la protección de la idea de la propiedad, o planteamientos por el estilo, se esconde en realidad el pensamiento de la protección de los valores de la actitud".<sup>144</sup>

<sup>139</sup> Ídem, p. 232.

<sup>140</sup> Ídem, p. 238.

<sup>141</sup> AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, pp. 140, 177, 181.

<sup>142</sup> Ello es destacado, p. ej., por KRÜPELMANN: *Die Bagatelldelikte*, p. 83; MÜSSIG: *Rechtsgüterschutz*, p. 55.

<sup>143</sup> SCHMIDHÄUSER: *AT*, 5/33.

Dada la confusión sistemática a que ello conduciría, los defensores de esta concepción terminan por operar con la noción del "objeto del bien jurídico" como criterio de determinación del desvalor de resultado, conformando el desvalor de la acción como "lesión del bien jurídico".<sup>145</sup> Con estas consideraciones se muestran ya, a mi entender, las ventajas sistemáticas de una noción "liberal" de bien jurídico —esto es, sustentada en el interés personal del ciudadano y, por ello, tangible y material— frente a la idea de delito como lesión de deber. Pero no es éste el momento de sacar conclusiones dogmáticas. Como conclusión puede afirmarse que también para este sector doctrinal, a pesar de la estrategia<sup>146</sup> de asumir la terminología del bien jurídico como fundamento del delito, lo que convierte el delito en un hecho merecedor de pena no radica en la lesión de intereses individuales, sino en el quebrantamiento de los valores de la comunidad: en la lesión de un deber conformado en la actitud interna del individuo. Muestra de esa subjetivización, de que también para este sector la atención primordial no se pone en las nociones de "interés" y de "bien jurídico", sino en las de "deber" y "actitud" —tal como postula el primer Gallas de los años '30— es la relevancia que Jescheck otorga al "desvalor de la actitud interna", entendido como tercer factor configurador del injusto junto al desvalor de acción y desvalor de resultado, y que, en realidad, apenas se diferencia de su concepto de desvalor de acción y, por tanto, de la misma "lesión del bien jurídico", tal como él la concibe: ese desvalor radica en "un especial grado de reprobabilidad de la actitud interna del autor, que se manifiesta en el menosprecio de los valores fundamentales de la convivencia social por parte del autor".<sup>147</sup>

### 1.5. Otras versiones comunitaristas: Hardwig y Otto

Especial interés presentan, como muestra de un rechazo ideológico a la concepción del bien jurídico, las concepciones

<sup>145</sup> Así, SCHMIDHÄUSER: *Engtsch-FS*, p. 445: "lesión del bien jurídico tiene igual significado que desvalor de acción o desvalor de omisión, perteneciendo, por contra, al desvalor de resultado la lesión del objeto del bien jurídico". De igual modo opera JESCHECK: *PG*, pp. 43, 232.

<sup>146</sup> Conf. AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, p. 153.

<sup>147</sup> JESCHECK: *PG*, p. 44.

de Hardwig y Otto, por cuanto en ambos se plasman con particular claridad los presupuestos de un derecho penal "comunitarista" y sus diferencias con un derecho penal de rai-gambre liberal.

Comencemos por la postura de Hardwig. Partiendo de los postulados organicistas propios de la idea de la "comunidad" de Tönnies,<sup>148</sup> opone claramente Hardwig dos formas de entender el derecho penal.<sup>149</sup> Por un lado, un derecho penal propio de la "sociedad", caracterizado por la tendencia hacia la protección social, apelando la pena a la razón de los individuos, y en el que el contenido material del delito lo constituye la lesividad social. En ella, el delito se determina, entonces, según el resultado o el peligro de lesión, por lo que carece de sentido el enjuiciamiento ético de la conducta. Por otro, un derecho penal de la "comunidad", en el cual "todo delito supone la lesión de un valor supraindividual de la comunidad y, dado que el valor funda un deber moral, supone asimismo la lesión de un deber jurídico éticamente fundado. El desvalor del hecho radica primariamente en la lesión de deber, no en un resultado. Es un 'desvalor del acto'. El contenido material del delito es aquí la contrariedad a la comunidad".<sup>150</sup> Como ejemplo de esa oposición, Hardwig identifica el desvalor del resultado y la lesión del bien jurídico como modelos del derecho penal de la sociedad, y el desvalor del acto y la lesión de deber como modelos del de la comunidad.<sup>151</sup> Así, a diferencia de en un derecho penal (liberal) centrado en la noción de "sociedad", a la que sólo le interesa el daño a los bienes de los individuos, en el derecho penal de la comunidad, del que Hardwig se muestra partidario, el objeto de referencia en la desvaloración de las acciones es la *actitud*, categoría ética definida como "la disposición general de una persona hacia los valores esenciales de la comunidad"<sup>152</sup> o, simplemente, como el grado de fidelidad a ella. La infidelidad manifestada conforma el desvalor del acto, que es el contenido

<sup>148</sup> Sobre la concepción de la sociedad y el derecho en Tönnies conf. ALCÁZAR GUIRAO: *Los fines del derecho penal*, pp. 57 y ss.

<sup>149</sup> HARDWIG: ZStW 68 (1956), pp. 19-20; similar, el mismo, *MschrKrim.* 1961, pp. 195 y ss.

<sup>150</sup> Ídem, p. 20.

<sup>151</sup> Ídem, p. 19, nota 10.

<sup>152</sup> Ídem, p. 19.

material del injusto personal.<sup>153</sup> Ello es así, porque la misión del derecho penal no radica en la protección de bienes individuales, sino en el mantenimiento de la comunidad misma, a través de la protección de la vigencia de sus valores. "El injusto es lesión del valor, pero no en el sentido de una lesión del bien jurídico, de un daño infligido a un individuo o a una suma de individuos, sino en el sentido de que un fundamento valorativo que permite una vida digna y que conforma el honor del todo ha sido tocado".<sup>154</sup> El delito es, en suma, lesión de un deber ético-jurídico subjetivamente configurado.

A similares resultados llegará también Otto, puesto que parte, en realidad, de similares presupuestos ideológicos que el autor anterior. En cualquier caso, merece la pena presentar, brevemente, su postura, puesto que ello servirá, además, para resaltar las diferencias existentes entre esta concepción socio-política y la de otros autores que, como Jakobs, defienden también un concepto genérico de delito como lesión de deber. Otto se ocupa de la dicotomía entre sociedad y comunidad de Tönnies, así como de su traslado por parte de Hardwig al derecho penal,<sup>155</sup> concluyendo que, si bien ambas formas de entender lo social son susceptibles de ilustrar con nitidez la opción entre las dos formas posibles de entender el injusto, el confuso margen de separación entre ellas las hace inadecuadas para servir de línea teórica para la construcción del sistema del delito. Como alternativa, propone Otto el empleo de algunos conceptos básicos de la teoría sistémica —en concreto, el mecanismo funcional de la confianza/desconfianza—, los cuales, a su juicio, sirven para expresar los diferentes criterios de estructuración del injusto que laten en la oposición de Tönnies.<sup>156</sup> Al igual que Luhmann, de cuyas líneas de argumentación se sirve, afirma Otto que el fundamento del derecho radica en la confianza, desde cuya necesidad para el funcionamiento del sistema social, y a partir de la existencia de desconfianza, se hace precisa la creación de normas jurídicas. No obstante, realiza Otto una serie de sustanciales modificaciones filosófico-políti-

<sup>153</sup> Ídem, pp. 20, 22 y 30.

<sup>154</sup> HARDWIG: *MschKrim*, 1961, p. 197.

<sup>155</sup> OTTO: *ZStW* 87 (1975), pp. 550 y ss.

cas respecto de la concepción luhmaniana de la confianza y del sistema social, las cuales vienen, a su vez, a modificar el entendimiento de lo delictivo. Otto critica a Luhmann que haya basado la confianza exclusivamente en un principio de autoseguridad individual, y que, por tanto, haya concebido el mantenimiento de la confianza a través del derecho sólo bajo el presupuesto de una disminución del riesgo en los contactos sociales.<sup>157</sup> Asimismo, le objeta que haya opuesto la noción de confianza interpersonal propia de las sociedades pequeñas y no diversificadas, a la de la confianza institucional, característica de las sociedades complejas. Para la construcción del derecho desde el principio de confianza, afirma Otto, no puede partirse de la desconfianza interpersonal propia de las sociedades plurales actuales, sino que ha de ser precisamente la confianza originaria (prejurídica) entre los individuos la noción nuclear desde la que se conciba la existencia y construcción del derecho penal. "La confianza debe ser considerada como un hecho originario, como relación concreta entre personas, y no sólo dentro de un complejo sistema social. La confianza presupone —y en esto radica la identidad con los elementos esenciales del pensamiento de la comunidad— un sentimiento de solidaridad interna con el otro, que pese a todo tipo de otras diferencias no debe ser puesto en duda".<sup>158</sup>

A primera vista, la pretensión de sustituir, en las premisas de la argumentación, la referencia al sistema por la referencia al individuo parecería una modificación de índole liberal a la siempre sospechosa concepción social luhmaniana. Pero, por el contrario, lo que dicha atención a los individuos viene a suponer es, de hecho, un mayor grado de exigencia en la obediencia a derecho, así como una limitación de la autonomía del individuo en aras de los intereses de la comunidad. En efecto, Otto viene a negar un hecho que ya los liberales de la primera época habían asumido, y que en las sociedades actuales no puede ponerse seriamente en duda: la presencia del pluralismo moral y de la diversidad de talentos valorativos existentes en la sociedad, así como la complejidad, diversidad y anonimato entre personas existente en ella, hecho a partir del que los libera-

<sup>157</sup> Ídem, pp. 554- 555.

les llegaron a postular la exigencia de neutralidad del Estado en materia religiosa y moral,<sup>159</sup> y a partir del que Luhmann basa su tránsito desde la confianza interpersonal, —inexistente hoy— hasta la confianza sistémica, precisamente necesaria desde la asunción de la desconfianza en las relaciones sociales, así como su estricta delimitación entre el ámbito del sistema derecho y el del sistema moral.<sup>160</sup> Por el contrario, Otto impone la premisa —la impone, en tanto en cuanto es refutada por la realidad— de una solidaridad e identidad entre los miembros de la sociedad, premisa de marcado carácter ideológico y sociológicamente aberrante. En otras palabras, Otto viene a asumir los postulados políticos de esta línea ideológica que hemos denominado "comunitarista", y los traslada, al igual que hiciera Hardwig, al derecho penal. Ello queda patente cuando opone la concepción penal del liberalismo ilustrado, a la que sitúa, significativamente, como paralela a la concepción luhmaniana de la confianza,<sup>161</sup> a la concepción que se derivaría de los postulados que él defiende. El modelo ilustrado sería el propio del contrato social, según el cual el derecho viene fundamentado a partir de la razón de los individuos, los cuales se asumen mutuamente como sujetos iguales en derechos e interesados en mantener su individualidad y autonomía, dada la amenaza del *homo homini lupus* y de la consecuente desconfianza en los demás, lo más alejada posible de las acciones lesivas de los otros individuos y del poder estatal. Característico de esta tendencia es el establecimiento de una serie de derechos fundamentales frente al Estado, así como una concepción objetiva del injusto, fundada en la seguridad jurídica: "La lesión del derecho, el injusto, vendrá... determinado desde la perspectiva del lesionado, desde la lesión de la propia esfera jurídica o —como más tarde se llamaría— desde la lesión del bien jurídico".<sup>162</sup> En su concepción, por el contrario, la atención gira hacia lo subjetivo: "Si, por el contrario, puede presuponerse una amplia disposición a la confianza del otro, el pensamiento de la limitación y aislamiento, de la defensa de una esfera segura que

<sup>159</sup> Conf., por todos, NINO: *Ética y derechos humanos*, pp. 204-205; LARMORE: *Politischer Liberalismus*, p. 133.

<sup>160</sup> Conf. LUHMANN: *Confianza*, pp. 81 y ss.

<sup>161</sup> Conf. OTTO: *ZStW* 87 (1975), p. 557.

<sup>162</sup> *Ibidem*.

los demás deben respetar, pierde su prioridad. Más relevante será la pregunta relativa a qué es lo que el otro 'realmente' ha querido, 'por qué' ha terminado por lesionar o poner en peligro un bien jurídico. *La lesión de deber se convierte en el criterio decisivo*".<sup>163</sup> Apoyándose en el fin ético-social del derecho penal mantenido por Welzel, concluye Otto que, si bien la protección de bienes jurídicos no queda excluida, la labor esencial del derecho penal es el fomento de esa solidaridad interna de la comunidad.<sup>164</sup>

## 2. Razones metodológicas

Más allá de la genérica comprensión del delito como lesión de deber que comparten estas concepciones, el concreto contenido de la lesión del deber (su grado de subjetivismo u objetivismo en relación con el contenido de la prohibición) dependerá de los presupuestos filosófico-políticos que inspiren cada postura. Como el mismo H. Mayer afirma, el concepto de lesión de deber puede conllevar muy diversos significados;<sup>165</sup> en otras palabras, es un concepto formal, más abstracto, en principio, que el de lesión del bien jurídico.<sup>166</sup> Así, la asunción del componente subjetivo de la acción como objeto de desvaloración y como factor de alteración del clima moral que aglutina los lazos del grupo por parte de los autores vistos hasta ahora viene claramente dado por los postulados comunitaristas de que parten, por la identificación entre respeto a la norma y actitud de fidelidad interna. En cambio, el rechazo de Jakobs y sus seguidores al bien jurídico como criterio material y sistemático de referencia para el sistema del delito no proviene, a mi entender, de una oposición material a la tradición liberal en la que la teoría del bien jurídico parece asentarse, sino en atención a argumentos dogmáticos y metodológicos. Por lo demás, ello, en consecuencia, podría implicar también un diferente ámbito de

<sup>163</sup> Ídem, pp. 557-558 (cursivas añadidas).

<sup>164</sup> Ídem, p. 558.

<sup>165</sup> H. MAYER: *DStR*, 1938, p. 95.

<sup>166</sup> Dicho carácter formal es acentuado también por Müssig: *Rechtsgüterschutz*, p. 143. Su mayor formalismo frente a la noción de bienes jurídicos parece, en cualquier caso, ser negado por JAKOBS: *ZStW* 107 (1995), p. 847, nota 10. Sobre ello volveré más adelante.

relevancia penal de las conductas, llevando esta concepción a una menor subjetivación de lo prohibido y, por ello, a menor adelantamiento de punición que las que conciben el injusto como lesión de un deber ético-jurídico.<sup>167</sup> Conviene, en todo caso, entrar a valorar dichas objeciones, antes de plantearnos el hecho de esas posibles diferencias materiales de punición entre las concepciones subjetivistas de la lesión del deber y la concepción de la lesión de la vigencia de la norma, término con el que podemos denominar la caracterización del delito de Jakobs, estableciendo ya una primera distinción, siquiera nominal, con las anteriores.

En la concepción que Jakobs ha venido desarrollando en los últimos años, inspirado, en sus aspectos teórico-formales, especialmente en la teoría sistémica de Luhmann, pero también en determinada asunción sociologizante de Hegel, la oposición esencial no es la de individuo/comunidad (Estado), de carácter axiológico, sino la de sistema/entorno, de carácter esencialmente epistemológico; dualismo que, acentuando este carácter, es interpretado por Jakobs desde los procesos de comunicación social, oponiendo los términos de sentido y naturaleza, respectivamente.<sup>168</sup> Según esta concepción, la sociedad no es entendida como la asociación de un conjunto de individuos, sino que conforma un sistema social autónomo constituido por un complejo entramado de relaciones comunicativas, que conforman la estructura organizativa del sistema.<sup>169</sup> Así, los fenómenos sociales no se codifican en el sistema como procesos naturales, causales, pertenecientes al entorno del sistema, sino como procesos de comunicación referidos al sistema mismo, en atención al código binario de lo funcional/disfuncional para el mantenimiento de la estructura inalterada del sistema.<sup>170</sup>

<sup>167</sup> Sobre estas consideraciones, puede verse ALCÁCER GUIRAO: *La tentativa indónea*, pp. 344 y ss.

<sup>168</sup> JAKOBS: *ZStW 107* (1995), p. 863; en el mismo sentido, respecto del concepto (jurídico-penal) de acción, JAKOBS: *Handlungsbegriff*, p. 12.

<sup>169</sup> JAKOBS: *ZStW 107* (1995), p. 848.

<sup>170</sup> Conf., sobre ello, LUHMANN: *Rechtssoziologie*, p. 99. Sobre el concepto de 'función' en el funcionalismo sistémico, conf. también SCHELŠKY: *Systemfunktionaler*, pp. 43-44; AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, p. 358: "El concepto que permite tender un puente desde el análisis estructural hasta la problemática del mantenimiento de la estructura es el concepto de la función

La sociedad, como sistema de comunicaciones, no está constituida entonces por realidades pertenecientes a la naturaleza, sino por comunicaciones, por normas.<sup>171</sup>

Ese presupuesto metodológico afectará a todas las categorías y conceptos que rodean el hecho delictivo, comenzando por el mismo concepto de *persona*. Por "persona" como agente social y jurídico, como destinatario y quebrantador de las normas, no puede entenderse, al modo como se hizo en el naturalismo causalista y en el finalismo —apunta Jakobs—, como un sujeto presocial y naturalista, como un "individuo". Y ello porque el sujeto, que conforma un "sistema psíquico-físico",<sup>172</sup> no está, asumido en su subjetividad, integrado en el sistema social, sino que pertenece a su entorno, por lo que no generará comunicación en él, siendo sus movimientos corporales, sus deseos e intenciones *como tales*, elementos pertenecientes a la naturaleza. Por el contrario, el sujeto en el sistema social sólo puede entenderse como "persona": como "entidades determinadas por normas cuyo comportamiento no interesa como comportamiento que ocasiona algo o que no lo ocasiona, sino como un comportamiento que contiene significado"; el cual, "desde un punto de vista jurídico-penal se trata del significado bajo la perspectiva de la vigencia de la norma".<sup>173</sup>

Excurso: *Sobre el concepto normativo de persona.*

*Una oveja con piel de lobo.*

Conviene detenernos, siquiera a modo de breve digresión, en este punto de la concepción de Jakobs, por cuanto esa, aparentemente provocadora, tesis de que no los individuos como tales, sino sólo la "persona", los que forman parte del sistema social o jurídico, ha sido objeto de algunas críticas de cariz ideológico que, a mi entender, han errado la perspectiva de su observación. Además, ello puede ser relevante para la discusión posterior acerca del carácter liberal del bien jurídico.

<sup>171</sup> Conf. JAKOBS: *ZStW* 107 (1995), p. 847. Véase también AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, p. 369; NEUMANN-SCHROTH: *Neuere Theorien*, p. 101.

<sup>172</sup> JAKOBS: *La omisión: estado de la cuestión*, pp. 152-153.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 152.

Dicha idea: la de que en la comprensión de la sociedad no es relevante, en cuanto tal, el "individuo", sino la "persona", no es, de una parte, tan novedosa, ni, de otra, conlleva, en sí misma, ninguna toma de postura ideológica. Por lo que respecta a la primera aseveración, esa separación de planos en la contemplación del sujeto es, en el ámbito jurídico, tan antigua como el derecho civil y la teoría del Estado,<sup>174</sup> y, en lo tocante a la sociología, se ha convertido en un lugar común. Por no citar el antecedente etimológico griego de la "persona" como máscara, referida a la empleada en el teatro griego; es decir, como "personaje" que interpreta un papel.

En el ámbito jurídico, y por quedarnos en referencias clásicas, podemos servirnos del ejemplo de Radbruch y su concepto de "persona como igualdad", basado en el principio de la igualdad jurídica de todos los participantes en el tráfico jurídico. Y esa "capacidad jurídica igual, que constituye la esencia de la persona, no está implícita en los hombres ni en las asociaciones humanas, sino que es una atribución posterior del orden jurídico. Nadie es persona por naturaleza o nacimiento (...) todas las personas, tanto las físicas como las jurídicas, son creaciones del orden jurídico. También las personas físicas son, en sentido estricto, 'personas jurídicas'".<sup>175</sup> Como puede apreciarse, también para el derecho clásico la persona ha sido siempre un "concepto normativo y abstracto" (Jakobs), y siempre se ha distinguido "la artificialidad del sujeto de derecho frente al sujeto real y pleno".<sup>176</sup>

Por lo que respecta a la sociología, esa aproximación abstracta a la idea de persona, frente a la de individuo, ha venido especialmente plasmada en la noción de "rol"; noción que adopta también Jakobs, remitiéndose, como suele ser habitual en esta argumentación, a la idea clásica: "Ser persona significa tener que jugar un rol; 'persona' es la máscara, es decir, no expresión de la subjetividad de su portador, sino presentación de una competencia socialmente comprensible".<sup>177</sup> Por roles sociales ha

<sup>174</sup> Como destaca SCHULZ: *Strukturen von Verantwortung*, p. 188, "ya en la filosofía de Ilustración anglosajona la noción de persona no era concebida empíricamente, sino que es el producto de un proceso de imputación".

<sup>175</sup> RADBRUCH: *Filosofía del derecho*, p. 167.

<sup>176</sup> *Ibidem*, citando a MARCK: *Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie*, 1925.

<sup>177</sup> JAKOBS: *ZStW* 107 (1995), p. 859; LESCH: *RDPC*, 2000, pp. 255 y ss.

de entenderse, según la formulación clásica de Dahrendorf, los "haces de expectativas, vinculadas en una sociedad dada al comportamiento de los portadores de posiciones".<sup>178</sup> Lo que con ello quiere ponerse de manifiesto, expresado muy prosaicamente, es que en las relaciones sociales adoptamos distintas posiciones, distintos "papeles", en función de las relaciones de expectativas de comportamiento existentes con los terceros: esposa, madre, asalariada, magistrada, presidenta de una comunidad de vecinos, etc. Y es en función del rol desempeñado en cada ámbito de donde emanan las expectativas que los terceros tienen de nuestra conducta. Así, por ejemplo, el rol de magistrada conlleva unos estándares de comportamiento que todos los que establezcan contactos sociales con el portador de dicho rol pueden esperar. Y, por seguir con el ejemplo, las expectativas que tenga el procesado no dependerán del individuo portador del rol —de la identidad *anónima*, privada, del sujeto con su nombre y apellido, esfera que el procesado desconoce—, sino del individuo en cuanto magistrado: de su rol social y, por ello, *público* o, al menos, no íntimo. Si bien "la conformación de los roles preestablecidos no es sólo una imposición de determinadas sociedades modernas, sino una característica universal de todas las formas sociales",<sup>179</sup> lo cierto es que es especialmente en las actuales sociedades complejas donde la conformación de las relaciones en función de los roles desempeñados comporta mayor relevancia. Como ha puesto de manifiesto Luhmann, mientras en las sociedades arcaicas y no diversificadas las relaciones de expectativas parten de una "confianza personal", basada en el conocimiento intersubjetivo entre los concretos individuos que las forman, en las actuales sociedades complejas, caracterizadas por el pluralismo valorativo y por el anonimato en los contactos sociales, las expectativas de conducta sólo pueden garantizarse por lo que lla-

<sup>178</sup> DAHRENDORF: *Homo sociologicus*, p. 69. Las definiciones posteriormente formuladas apenas se diferencian de ésta; véase, p. ej., RUNCIMAN: *El animal social*, p. 11: los roles "son constituidos por prácticas; es decir, unidades de comportamiento recíproco informadas por el reconocimiento mutuo de intenciones y creencias compartidas". Véase también, entre otros, HOLIS: *Filosofía de las ciencias sociales*, pp. 179 y ss.; WILLMS: *Funktion, Rolle, Institutionen*, pp. 41 y ss., pp. 54 y ss. (desde una perspectiva meta-teórica).

<sup>179</sup> DAHRENDORF: *Homo sociologicus*, p. 74.

ma la "confianza institucional", o sistémica.<sup>180</sup> Ello se debe a que dicho anonimato nos impide establecer expectativas en función de la familiaridad con los individuos, sino que hemos de asumir expectativas generalizadas establecidas en función de las posiciones sociales que el sujeto ocupa: de los roles. Así, la conformación de los roles sociales en "haces de expectativas" nos permite confiar en lo que los demás harán atendiendo exclusivamente al rol que ocupa en su trato con nosotros, sin la necesidad de indagar en sus actitudes internas. Tal es uno de los mecanismos fundamentales del derecho: con las normas jurídicas se procede a una *institucionalización de los roles*, estableciendo el conjunto de conductas a que está obligado el portador de un rol, y el respeto a esas obligaciones es garantizado por la sanción. Como vengo afirmando, ello, por novedoso que pueda parecer a algunos, forma parte del acervo clásico de la sociología.<sup>181</sup> Así, afirma Dahrendorf que "ese carácter de las expectativas de rol se basa en el hecho de que la sociedad dispone de *sanctones*, con cuya ayuda es capaz de imponer sus prescripciones. Quien no representa un rol, es castigado (...) Al menos el gran sector del sistema jurídico, en el que los individuos actúan como portadores de posiciones en algún sentido, puede ser entendido como un agregado de sanciones, con cuya ayuda garantiza la sociedad la observancia de las expectativas sociales de rol".<sup>182</sup>

Es, en suma, en virtud de esta concepción sociológica tradicional por la que Luhmann termina por afirmar, cargando las tintas si se quiere, que el individuo, asumido en su subjetividad, no forma parte de la estructura del sistema social, sino que, en tanto la sociedad está constituida por comunicaciones: por normas, son las normas que conforman su rol social, su competencia comunicativa dentro del sistema, las que configuran la noción sociológica o socio-política y, en cualquier caso, abstracta y convencional, de *persona*. Y, para este sector doctrinal —volviendo la mirada a Hegel, más allá de los particulares roles posibles, el rol fundamental que ostenta todo individuo ante el derecho es el de "persona",<sup>183</sup> el cual se determina,

<sup>180</sup> LUHMANN: *Confianza*, pp. 65 y ss., pp. 81 y ss.

<sup>181</sup> A demostrar este hecho se ha dedicado recientemente SÁNCHEZ-VERA y GÓMEZ-TRELLES: CPC, 2001, pp. 391 y ss.

<sup>182</sup> DAHRENDORF: *Homo sociologicus*, pp. 73 y 75 (cursivas en el original).

<sup>183</sup> SÁNCHEZ-VERA y GÓMEZ-TRELLES: CPC, 2001, pp. 413 y ss., apoyándose en Hegel

entonces, no atendiendo a las particularidades individuales de cada sujeto, sino en forma generalizada. Como afirma Jakobs, "en el ámbito jurídico, la persona se determina de manera general-normativa".<sup>184</sup> El comportamiento propio del rol de persona, al que está obligado, es el respeto de las normas. "El rol cuyo mantenimiento garantiza el derecho penal es el de ciudadano respetuoso del derecho, es decir, el de persona en derecho", afirma en este sentido Jakobs.<sup>185</sup>

Esa noción, entonces, habrá de tener una importancia fundamental en el derecho penal, por cuanto el concepto de persona, o de ciudadano, construido por normas, vendrá a determinar los criterios de imputación de responsabilidad jurídico-penal, y a establecer la imagen que el derecho penal ha de tener (en un sentido normativo) del ciudadano en su "rol" de destinatario de las normas. Pero, en sí misma, en tanto concepción abstracta y meramente analítica, no prejuzga una determinada imagen. Con ello entramos en la cuestión de sus implicaciones ideológicas. Frente a lo sostenido por algunas voces críticas, a mi entender esa concepción no tiene por qué abocar a una comprensión holista u organicista de la sociedad,<sup>186</sup> según la cual el papel de los ciudadanos: sus obligaciones en cuanto portadores del rol de persona, venga determinado exclusivamente en aras del mantenimiento de la cohesión social—que es, como vimos, a lo que remiten las concepciones estudiadas con anterioridad—. Si esa noción de persona es normativa, su definición dependerá de cuáles sean las normas que conformen su ámbito de obligaciones; siendo una noción abstracta, no prejuzga cuáles han de ser dichas normas. Ciertamente, la asunción de esa noción podría conllevar dudas de tipo ético o político,<sup>187</sup> pero ello, insisto, sólo será así cuando en la configuración de la esfera de los derechos de la persona se dé prioridad a intereses del mantenimiento del sistema frente a los de la libertad del individuo. Así, en suma, no es en sí misma la concepción abstracta de la "persona" lo que presenta esos problemas, sino los presupuestos valorativos desde los

<sup>184</sup> JAKOBS: "El principio de culpabilidad", p. 387.

<sup>185</sup> JAKOBS: *ZStW* 107 (1995), p. 865.

<sup>186</sup> No obstante, plantea algunas dudas a este respecto, HOLIS: *Filosofía de las ciencias sociales*, pp. 182 y ss.

<sup>187</sup> Así, p. ej., PÉREZ MANZANO: *Culpabilidad y prevención*, p. 51.

que habrán de fundamentarse las normas. Nos hallamos, como puede apreciarse, en el ámbito de la criminalización de conductas —y en el de los límites garantísticos al *ius puniendi*—, ante el cual, tal como ya mencionábamos en la introducción, esta concepción "sistémica" de la prevención general positiva se muestra "ciega"; esto es, no lo incorpora como objeto de argumentación en sus planteamientos. Más allá de lo sostenido por este sector doctrinal, lo cierto es que esa distinción efectuada entre el "individuo" (basado en su identidad personal) y la "persona" (basado en la identidad social)<sup>188</sup> puede interpretarse también como un presupuesto central del liberalismo político. Precisamente, el del respeto a la autonomía privada, que se basa en la separación radical entre el ámbito de lo privado (imperio del fuero interno en el que ni terceras personas ni el Estado están legitimados a propasar para conformar y fomentar las convicciones morales del sujeto) y el ámbito de lo público, que es el ámbito de interacción social en el que el sujeto, en cuanto "persona de derecho", está obligado a respetar las normas que garantizan las esferas de libertad ajenas.<sup>189</sup> Así, lo cierto es que sólo concibiendo al sujeto como persona de derecho, a partir del ámbito de derechos y deberes (normas) que han de orientar su actuación y la de terceros respecto de él, y manteniendo alejado del poder coactivo del derecho la subjetividad del individuo, puede garantizarse su autonomía privada. Ello aparece claramente expresado, por ejemplo, en las siguientes consideraciones de Habermas: "Esta abstracción tiene un significado asegurador de la libertad. El *status* de persona jurídica protege la esfera en la que puede desarrollarse libremente una persona concreta, de forma moralmente responsable y conduciendo a la vez éticamente su vida. La reducción de la persona jurídica a un portador de derechos subjetivos individuado por su libertad de arbitrio cobra, ciertamente, ella misma un sentido moral y ético en la medida en que la garantía jurídica de libertades subjetivas asegura una esfera para un modo de vida consciente y autónomo. El derecho actúa como una espe-

<sup>188</sup> Conceptos manejados por HOLZ: *Filosofía de las ciencias sociales*, p. 181.

<sup>189</sup> Conf., en este sentido, FORST: *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 51 y ss., 145 y ss., y *passim*. Una más detallada exposición acerca de la autonomía privada y la concepción del sujeto como "persona de derecho", puede verse en ALCÁCER GUIRAO: *Los fines del derecho penal*, pp. 141 y ss.

de "máscara protectora" (H. Arendt) ante la fisonomía de la persona individuada por su propia biografía, que quiere actuar con conciencia y vivir en autenticidad".<sup>190</sup> Esa noción abstracta de persona llevará, así interpretada, a una radical separación entre derecho y moral, a una mayor objetivación de lo prohibido, y, además, a la ilegitimidad del fomento de actitudes de fidelidad interna, cuasimoral, a las normas; exigencias radicalmente opuestas a los postulados "comunitaristas" vistos con anterioridad.

Una vez concluidas estas consideraciones, volvamos a la concepción del delito mantenida por Jakobs y su escuela. Asumidos dichos presupuestos metodológicos, se concluye que el fin del derecho penal no puede enunciarse como protección de objetos o estados pertenecientes al entorno del sistema, a la naturaleza: los bienes jurídicos, puesto que, según estos autores, dicha teoría es epistemológicamente incorrecta: "La reducción de la perspectiva del conflicto penalmente relevante únicamente a un mundo exterior de bienes yerra sobre el ámbito de comunicación constitutivo tanto del derecho como de la sociedad".<sup>191</sup> El marco de actuación del derecho se desarrolla, por el contrario, en el interior del sistema social, protegiendo los procesos de comunicación jurídicamente institucionalizados, es decir, las normas que conforman la "identidad normativa" —jurídica, que no moral— de la sociedad, concebidas como expectativas contrafacticamente estabilizadas, las cuales permiten la continuidad de los contactos sociales.<sup>192</sup> Así, desde esa oposición epistemológica entre naturaleza/entorno, por un lado, y sentido comunicativo/sistema, por otro, Jakobs y sus discípulos pretenden despojar a la dogmática de todo lastre de naturalismo,<sup>193</sup> procediendo a una renormativización, a partir del bagaje conceptual de la

<sup>190</sup> HABERMAS: *Facticidad y validez*, p. 178, nota 36

<sup>191</sup> MÜSSIG: *Rechtsgüterschutz*, p. 153.

<sup>192</sup> Conf. JAKOBS: *ZStW 107* (1995), p. 844. En el mismo sentido, LESCH: *Das Problem*, p. 239: "La sociedad no se constituye sólo a través de la integridad de los intereses individuales, sino en primer lugar por medio de los contactos sociales entre personas".

<sup>193</sup> JAKOBS: *AT*, p. VII (Prólogo a la primera edición); el mismo, *ZStW 107* (1995), pp. 844, 861 y *passim*; LESCH: *ADPCR*, 1995, pp. 916 y ss. Como acertadamente afirma LÜDERSSEN: *ZStW 107* (1995), p. 887, en Jakobs la idea de funcionalismo —entendido como oposición a la noción del "alteuropäischen Prinzipiendenken", dualismo en torno al que se orientan las obras de am-

sociología sistémica, y aderezado además, como ya mencionamos, con ciertas reminiscencias hegelianas,<sup>194</sup> de ciertas concepciones básicas de la teoría del delito.

Desde esa perspectiva epistemológica, el delito no puede concebirse como la producción causal de un daño material a un bien jurídico, sino que, "como acción con sentido, es decir, como acción interpretable y comprensible socialmente, el injusto penal es esencialmente un elemento de la sociedad como sistema de comunicación".<sup>195</sup> Es decir, el delito es quebrantamiento de la vigencia de las normas. En palabras de Jakobs: "Al derecho penal no le interesa toda alteración perjudicial para un bien en tanto que situación valorada positivamente; más bien la alteración debe dirigirse contra la propia valoración positiva. Esto sólo puede tener lugar mediante un comportamiento humano con el contenido expresivo de que no es preciso respetar la valoración positiva. Lo que constituye una lesión del *bien jurídico penal* no es la causación de una muerte (ésta no es más que la lesión de un bien), sino la contradicción de la norma existente en el homicidio evitable".<sup>196</sup> El delito —al igual que la pena— no es entonces entendido como fenómeno que produzca efectos en el mundo exterior al sistema, sino como un "hecho social": como un proceso de comunicación referido al sistema mismo.<sup>197</sup> Delito y pena han de concebirse como mensaje y respuesta respecto de la vigencia de la norma;<sup>198</sup> el daño material producido por el delito no es relevante a efectos del derecho penal, sino que lo relevante, lo que hace a una conducta injusta, contraria a derecho, es su *significado* contrario

bos autores publicadas en ZStW 107 (1995)— va dirigida, dogmáticamente, a la superación del naturalismo. Conf. también PUPPE: GA, 1998, p. 297, quien resalta que el término "naturalista" suele ser empleado en la discusión actual en un sentido crítico, destacando a su vez la ausencia de definición de lo que "naturalismo" significa por parte de quienes así lo emplean.

<sup>194</sup> Especialmente LESCH: ADPCP, 1995, pp. 911 y ss.

<sup>195</sup> MÜSSIG: Rechtsgüterschutz, p. 144.

<sup>196</sup> JAKOBS: AT, 2/5. En sentido similar, criticando la visión naturalista de lo social de la teoría del bien jurídico, KARGL: "Rechtsgüterschutz", p. 54.

<sup>197</sup> MÜSSIG: Rechtsgüterschutz, p. 144: "El injusto penal afecta a las condiciones autorreferenciales de constitución de la sociedad como sistema de comunicación".

<sup>198</sup> Similar, JAKOBS: AT, p. VII (Prólogo a la primera edición); LESCH: ADPCP, 1995, p. 952.

a la vigencia de la norma, es su daño simbólico.<sup>199</sup> Siguiendo tales presupuestos, concluye, por ejemplo, Feijoo que "el delito ha de dejar de tenerse en consideración como algo fáctico y se ha de tener en consideración como una lesión del derecho".<sup>200</sup> En suma, el delito no es lesión de bienes jurídicos, sino lesión de la vigencia del ordenamiento: lesión de la norma.

Con dicha concepción del delito se consigue, por un lado, resaltar el carácter específicamente social de la lesividad inherente a todo delito. El daño no se produce en un bien perteneciente a un individuo, sino que el daño característico del delito ha de localizarse dentro del sistema social: lo relevante, a efectos lesivos, es la perturbación del orden, de las normas que mantienen la estructura social, de la vigencia del ordenamiento.<sup>201</sup> Como afirma Jakobs, "la prevención general positiva no sólo dirige sus normas a la generalidad sino que indica también que el hecho entraña una lesión de un bien de la generalidad: la lesión de la norma".<sup>202</sup> Además, con ello pretende destacarse también el carácter específicamente penal del fundamento de actuación del derecho penal. Se afirma, así, que la protección de bienes jurídicos es una labor realizada también por otros ámbitos del derecho, por lo que no permite otorgar al derecho su carácter específico;<sup>203</sup> este carácter sería, por un lado, el hecho de que el derecho penal protege los bienes jurídicos no totalmente y frente a todo fenómeno lesivo para los mismos, sino sólo respecto de algunas modalidades de acción (principio de fragmentariedad),<sup>204</sup> y lo hace no mediante la prevención directa de acciones lesivas de bienes —ésta es propia de la labor policial, como gustan de afirmar estos autores—,<sup>205</sup>

<sup>199</sup> Conf. JAKOBS: AT, 1/9 y 2/1 y ss., 2/5: "El bien jurídico penal en el sentido indicado [scil. la vigencia de las normas] no puede ser atacado por un comportamiento como suceso externo, sino sólo por un comportamiento como suceso con significado"; LESCH: *Das Problem*, pp. 253 y ss.; el mismo, ADPCP 1995, pp. 926 y 953; VEHLING: *Abgrenzung*, pp. 105 y ss.; MÜSSIG: *Rechtsgüterschutz*, p. 145.

<sup>200</sup> FEIJOO SÁNCHEZ: *El injusto penal*, p. 83.

<sup>201</sup> AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, pp. 387 y 390; JAKOBS: AT, 1/8; LESCH: JA, 1994, p. 599; FEIJOO SÁNCHEZ: *El injusto penal*, p. 83.

<sup>202</sup> JAKOBS: *Representación del autor*, pp. 229-230, nota 20.

<sup>203</sup> LESCH: ADPCP 1995, p. 930; FEIJOO SÁNCHEZ: *El injusto penal*, p. 80.

<sup>204</sup> JAKOBS: AT 2/23; FEIJOO SÁNCHEZ: *El injusto penal*, pp. 80-81.

<sup>205</sup> Así, ya WELZEL: *StR*, p. 3; JAKOBS, AT, 2/16; LESCH: *Das Problem*, pp. 242 y ss.; el mismo, ADPCP, 1995, p. 951, nota 163; MÜSSIG: *Rechtsgüterschutz*.

sino indirectamente, por medio de la estabilización social de la vigencia del derecho; por otro lado, el hecho de que el derecho penal únicamente se ocupa de acciones culpables, y sólo la concepción del delito como lesión del derecho y la pena como reacción a esa lesión —y no un derecho penal orientado a la prevención futura de acciones, el cual toma al delito no como fundamento, sino como mero motivo de una reacción— permite hallar un fundamento para la pena en un derecho penal de la culpabilidad,<sup>206</sup> y llevar a un mismo plano de significación y vinculación el injusto y la pena, como medio específicamente penal.<sup>207</sup> Esto último es especialmente resaltado por Lesch, quien entiende que sólo la sanción penal adquiere ese carácter, destacando así el carácter predominante que otorga esta posición doctrinal a la pena impuesta, frente al momento preventivo de la norma de conducta: el "injusto penal no debe ser interpretado sobre la base de normas de comportamiento *ajenas* al derecho penal, sino que debe ser interpretado de forma *genuinamente penal*, tomando por tanto como referencia la sanción, esto es, teniendo en cuenta la función de las consecuencias jurídicas propias del derecho penal. Eso es lo referido cuando se definen delito y pena como 'discurso y respuesta'".<sup>208</sup>

Hasta aquí los planteamientos metodológicos y teleológicos de partida de este sector doctrinal, desde los cuales surge la crítica al mantenimiento del bien jurídico como instancia de criminalización —y de construcción dogmática—. Dichos planteamientos han llevado a este grupo de autores —de manera más radical en su última evolución— a postular una configuración del sistema dogmático del delito que diverge en gran medida del seguido mayoritariamente por la doctrina. Así, por poner sólo un par de ejemplos, la diferenciación entre desvalor de acción y desvalor de resultado, así como la misma diferenciación entre injusto y culpabilidad, pierde toda relevancia en él. No obstante, será en un momento posterior, cuando nos adentremos en la discusión acerca de las implicaciones dogmáticas, cuando expongamos —y critiquemos— dicho sistema. Continuemos, entonces, con las consecuencias que de dichos plan-

<sup>206</sup> Especialmente, LESCH: *ADPCP*, 1995, pp. 918-919.

<sup>207</sup> Cfr. JAKOBS: *AT*, 2/5, nota 2; LESCH, *ADPCP*, 1995, p. 951; el mismo, *RDCP*, 1996, p. 261.

<sup>208</sup> LESCH: *ADPCP*, 1995, p. 930 (cursivas en el original).

teamientos metodológicos han de derivarse para la discusión que ahora nos ocupa.

Dada la exclusiva pretensión epistemológica o metodológica de estos autores, el rechazo del bien jurídico no tendría por qué llevar a un detrimento de exigencias liberales, ni a la legitimación de normas ajenas a intereses personales. En este sentido, podrían citarse, por ejemplo, las consideraciones de Amelung respecto de la diferencia entre la concepción del hecho punible como lesión de derechos subjetivos propia del primer liberalismo y la de lesión de bienes instaurada por Birnbaum posteriormente. Amelung critica la teoría de los bienes jurídicos porque con ella la producción del daño se entiende producida fuera de la sociedad, concebida ésta, al modo sistémico, como estructura organizada; y otorga mayor validez teórica a la teoría de la lesión de los derechos subjetivos desde la perspectiva de que "para la Ilustración el acto socialmente lesivo es el que desorganiza la sociedad. Dicho acto contradice el principio estructural, el contrato social, y destruye el elemento estructural fundamental, el derecho subjetivo, el cual ordena las relaciones sociales en la sociedad".<sup>209</sup> A tenor de estas afirmaciones, no habría obstáculo, en principio, para sostener que la comprensión sistémica de la sociedad puede, en principio, ser también aplicable a un derecho penal de carácter liberal, siempre que esa "identidad normativa" de la sociedad —el derecho penal, en nuestro caso—, que es lo que determina la "identidad normativa" o social del ciudadano, esté formada por normas que se limiten a proteger los intereses más esenciales de los individuos o, dicho de otra forma, siempre que las expectativas de comportamiento contrafácticamente estabilizadas regulen esos intereses.<sup>210</sup>

<sup>209</sup> AMELUNG: "Rechtsgutsverletzung", p. 271. En un sentido similar, KARGL: "Rechtsgüterschutz", pp. 60 y ss.

<sup>210</sup> La compatibilidad del análisis sistémico-funcional con todo tipo de sociedades y de formas de Estado, tanto las liberales como las dictatoriales, es resaltado por el mismo JAKOBS: ZStW 107 (1995), p. 853. Lo que, en cualquier caso, habría de plantearse es si un método de análisis sociológico —y, asimismo, de construcción del sistema del delito— de tan aséptico carácter valorativo es apto para configurar los criterios de imputación de un instrumento social tan eminentemente valorativo y, por ende, político, como es el derecho penal. O, en otras palabras, si la concepción positivista y formal de la labor dogmática en Jakobs resulta aceptable. No podemos, en cualquier caso, ocuparnos aquí de esta cuestión. Algunas consideraciones sobre ello he formulado en ALCÁZER GUIRAO: NDP, 1998, pp. 405 y ss., 420 y ss.

Pero no sólo son consideraciones de naturaleza metodológica las que llevan a este sector doctrinal a rechazar la comprensión tradicional del delito como lesión de bienes jurídicos, sino que, abundando en los motivos de este rechazo, aducen también una serie de objeciones propiamente dogmáticas, las cuales, en sus líneas esenciales, vienen a reiterar las que ya se hicieran desde los años '30 y el comienzo del finalismo. Así, se afirma en primer lugar que existen muchas características subjetivas y objetivas en los tipos penales que no pueden ser abarcados por la definición clásica del delito; ello conecta con la crítica anterior: el derecho penal no se interesa por toda lesión causal de bienes, sino sólo por determinadas modalidades de acción.<sup>211</sup> Asimismo, existen determinados tipos penales cuyo comportamiento no puede ser explicado con dicha definición del delito, como son los que regulan la infracción de un deber especial derivado de competencia institucional, en los cuales el bien jurídico no sólo no se lesiona por la acción, sino que sólo surge cuando el sujeto desempeña el papel que le viene asignado por ese concreto deber.<sup>212</sup> Para estos tipos delictivos sólo la acepción del delito como lesión de la norma acierta a expresar su contenido material.<sup>213</sup> Por último, la concepción del delito como lesión de bienes jurídicos no se ajusta a las normas que protegen situaciones psicosociales como la paz social, delitos regulados en el StGB tales como la prohibición de maltratar animales, las injurias a la religión o el incesto, los cuales son normalmente entendidos, por los partidarios del concepto clásico del delito, como delitos de peligro abstracto, pero cuya extremada anticipación en la línea de punición hacen difícil su fundamentación desde esa comprensión teleológica, lo cual no sucede bajo la definición del hecho punible como quebrantamiento de la vigencia de la norma.<sup>214</sup>

<sup>211</sup> JAKOBS: AT, 2/16; FEIJOO SÁNCHEZ: *El injusto penal*, p. 81.

<sup>212</sup> JAKOBS: AT, 2/17.

<sup>213</sup> Ídem 2/18.

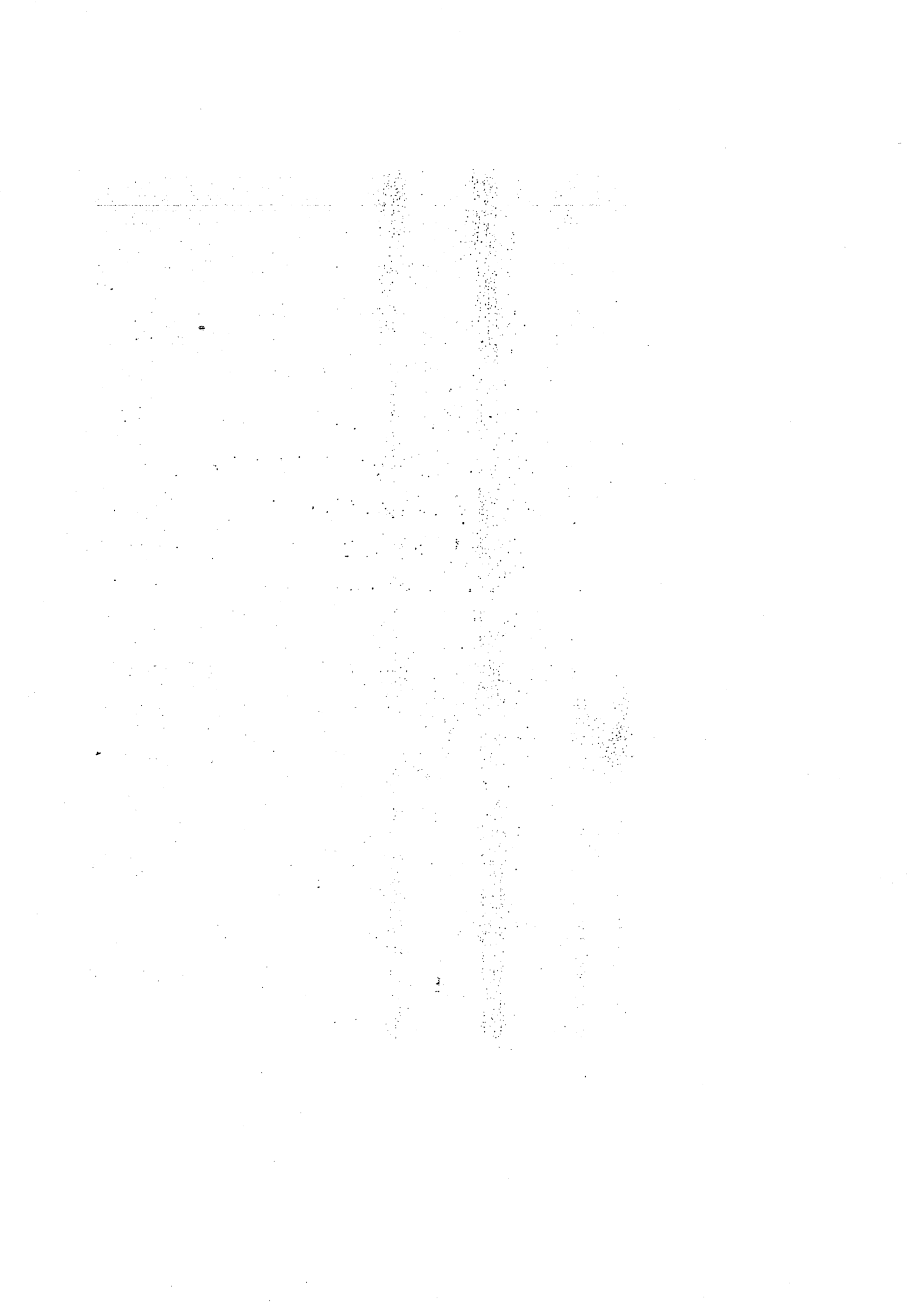
---

---

CAPÍTULO III  
EL DELITO COMO LESIÓN  
DE BIEN JURÍDICO  
Y RAZONES  
PARA SU PERMANENCIA

---

---



## 1. Concepto de bien jurídico y carácter liberal.

### *Algunas consecuencias para el ámbito de criminalización*

#### 1.1. Bases liberales de un concepto de bien jurídico

Es ciertamente significativo que, mientras el sector doctrinal que rechaza la teoría de la defensa de los bienes jurídicos por razones valorativas, afirme normalmente su origen y carácter liberal; el que la rehúsa por razones metodológicas niegue, por el contrario, dicha filiación política.<sup>215</sup> Ello puede dar ya una orientación respecto de lo que materialmente separa a estas tendencias doctrinales, en la medida en que el sector doctrinal encabezado por Jakobs, al negar la teoría del bien jurídico y negar al tiempo su carácter liberal, no viene a rechazar una concepción liberal del delito;<sup>216</sup> en cambio, para el sector comunitarista, dada la identificación entre teoría del bien jurídico e ideología liberal, el rechazo de una supone consecuente y conscientemente el rechazo de otra.

La cuestión es la que no hemos recalado aún, sino que la hemos dado prácticamente por supuesta, es si el criterio del bien jurídico y, por tanto, la noción de delito como lesión de bien jurídico posee efectivamente ese carácter liberal. Vaya por delante la afirmación de que para dilucidar esa cuestión no puede partirse de una supuesta naturaleza inherente al mero concepto de bien jurídico, o de generalizaciones similares. Asiste

<sup>215</sup> Conf. AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, pp. 246 y ss.; el mismo, "Rechtsgutverletzung", p. 269, más matizado en p. 269, respecto del concepto weizelliano del bien jurídico; JAKOBS: *AT*, 2/18, nota 32: "En general, hay que dudar de que la teoría de la lesión del bien jurídico tenga por principio un contenido liberal".

<sup>216</sup> En este sentido, destaca con razón PAPAGEORGIOU: *Schaden und Strafe*, p. 96 —citando además a Jakobs—, que la crítica al "dogma de la lesión del bien jurídico" no ha de entenderse como una consecuencia obligada de un derecho penal autoritario.

toda razón a Mir Puig cuando resalta que "más que la incapacidad del bien jurídico, en sí mismo, para servir a la función de límite del *ius puniendi*, lo que la historia de este concepto demuestra es la falta de desarrollo de un concepto material del mismo capaz de cumplir tal misión".<sup>217</sup> En esta medida, es cierta la réplica de Jakobs de que las objeciones dirigidas a su definición del delito, relativas a su formalismo y abstracción, serían también aplicables a la figura genérica de la "lesión de bien jurídico", mientras no se determine con claridad qué ha de entenderse por tal bien jurídico,<sup>218</sup> tanto respecto a qué bienes han de ser concretamente protegidos, como respecto a cuáles sean los contornos del propio concepto. En este sentido, la discusión sobre el talante liberal de la teoría del bien jurídico sólo podrá plantearse después de haber optado por una definición material de bien jurídico, al igual que sólo entonces podremos plantear sus consecuencias para los dos *ámbitos* de referencia en los que esa teoría se aplica: en el ámbito de la criminalización, también calificado como político-criminal, y en el ámbito intrasistemático, o función dogmática, si bien, como ya mencionamos, preñada ésta también de presupuestos y consecuencias político-criminales.<sup>219</sup>

Ahora bien, ¿qué ha de entenderse por un "carácter liberal"? Perogrullescamente, podríamos responder que al bien jurídico, o más en general, el concepto material del hecho punible, podrá asignársele carácter liberal cuando plasme, o sea adecuado para plasmar, los principios básicos del liberalismo político. Pero con ello no hemos contestado nada. Para ello es preciso establecer esos principios. A este respecto, no creo que sea necesario entrar a presentar detalladamente dicha concepción filosófico-política, entre otras cosas porque de la exposición anterior acerca de las posturas "comunitaristas" podría extraerse, como reverso, los aspectos que lo definen.<sup>220</sup> Nos limitaremos por ello, a mencionar las exigencias que, desde pre-

<sup>217</sup> MIR PUIG: *Introducción a las bases del derecho penal*, pp. 131-132.

<sup>218</sup> ZStW 107 (1995), p. 847, nota 10.

<sup>219</sup> Conf., p. ej., AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, pp. 201 y ss.; HASSEMER: *Theorie*, p. 58; HORMAZÁBAL: *Bien jurídico*, pp. 9 y ss.; MIR PUIG: *PG*, 6/36.

<sup>220</sup> Una amplia exposición de los fundamentos del liberalismo político, en

supuestos liberales, habrán de predicarse del concepto material de delito.

No creo que sorprenda la afirmación de que el primer postulado del liberalismo es la prioridad axiológica de la libertad de la persona. Esto lleva, en primer lugar, al postulado de limitar su reducción por parte del Estado al mínimo imprescindible; es decir, a lo necesario para proteger las esferas de libertad de terceras personas. De este modo, el fundamento del Estado no es sino el de proteger las libertades básicas de los ciudadanos. Según la metáfora del contrato social —que es asimismo un criterio de legitimación de instituciones públicas—, éstos habrían cedido un margen de su originaria libertad en aras de establecer un marco de cooperación en el que pudieran desarrollarse pacíficamente sus intereses. Esa limitación de libertad era racionalmente decidida por los ciudadanos debido a que sólo de esa forma podía garantizarse —con la sanción penal, si fuera preciso— la libertad de todos. El punto de partida era, así, el de que "el derecho subjetivo de la libertad de una persona no puede ser legítimamente limitado más que por el mismo derecho subjetivo de libertad de otra persona".<sup>221</sup> Tal fue, por ejemplo, la concepción acogida por Feuerbach, quien definió el delito —el "crimen"—, como la lesión de "la libertad garantizada por el contrato social", y que por ello entendió que lo que protege el derecho penal eran los derechos subjetivos de los ciudadanos.<sup>222</sup>

De estas breves anotaciones pueden, no obstante, inferirse ya varias consecuencias fundamentales para el ámbito de la incriminación, concatenadas entre sí: en primer lugar, lo protegido por las normas jurídico-penales tiene que centrarse en los intereses fundamentales del ciudadano, en las condiciones esenciales que permitan a éste desarrollar su libertad en la sociedad. Siguiendo la concepción del derecho de Kant: "el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el libre arbitrio

<sup>221</sup> GÜNTHER: "De la vulneración de un derecho", p. 490. Ese postulado fundamental del liberalismo aparece renovado actualmente por Rawls bajo la siguiente formulación: "Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás" (RAWLS: *Teoría de la justicia*, p. 82).

<sup>222</sup> Feuerbach: *Tratado*, §§ 21, 22.

del uno se hace compatible con el del otro según la ley general de la libertad".<sup>223</sup> En segundo lugar, la prohibición de conductas tendrá que estar basada en la noción del daño —principio del *harm to others*— a esas condiciones esenciales de la libertad,<sup>224</sup> excluyendo la protección de convicciones morales vigentes en el grupo social y, en general, de "climas morales o afectivos" no reconducibles a la libertad.<sup>225</sup> Así, la exigencia fundamental de un "daño a la sociedad"<sup>226</sup> venía referida a la intromisión en la esfera de libertad del ciudadano: a sus "derechos subjetivos".<sup>227</sup>

Esta exigencia plasma, además, otro de los postulados básicos del liberalismo: el principio de neutralidad estatal acerca de las representaciones morales o religiosas, y el consiguiente respeto a la autonomía privada del individuo.<sup>228</sup> Ferrajoli resume inmejorablemente estos postulados: "El derecho y el Estado —con arreglo a esta opción laica y liberal— no sólo no poseen ni encarnan valores meramente en tanto que tales, sino que tampoco deben tener fines morales desvinculados del interés de las personas y menos aún ser fines en sí mismos, justificándose sólo por el cometido de perseguir fines de utilidad concreta en favor de los ciudadanos y principalmente de garantizar sus derechos y su seguridad".<sup>229</sup>

Esas exigencias liberales tendrán su aplicación también en el ámbito dogmático. El principio del daño impone la introduc-

<sup>223</sup> Citado según GÜNTHER: *De la vulneración de un derecho*, p. 490. Véase también FERRAJOLI: *Derecho y razón*, p. 467.

<sup>224</sup> Sobre dicho principio, véase ampliamente PAPAGEORGIOU: *Schaden und Strafe*, pp. 89 y ss. (pp. 101 y ss. sobre las diferentes acepciones semánticas de "daño").

<sup>225</sup> Conf. FERRAJOLI: *Derecho y razón*, pp. 464 y ss. sobre la distinción entre derecho y moral en este ámbito es fundamental, además de los clásicos de Mill y V. Humboldt, la réplica de Hart a Lord Devlin, conf. HART: *Soziale Bindung und die Durchsetzung der Moral*, pp. 87 y ss.

<sup>226</sup> BECCARIA: *De los delitos y las penas*, p. 88.

<sup>227</sup> Conf. AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, pp. 18 y ss.

<sup>228</sup> Sobre el principio de neutralidad, puede verse, entre otros, NINO: *Ética y derechos humanos*, pp. 199 y ss.; el mismo, *Los límites de la responsabilidad penal*, pp. 270 y ss.

<sup>229</sup> FERRAJOLI: *Derecho y razón*, pp. 222. En esta cuestión, es obligatorio citar también el clásico adagio de MILL: *Sobre la libertad*, p. 68: "La única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de la comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente".

ción de un criterio que permita la graduación valorativa del delito en función de la mayor o menor intensidad de ese daño. Asimismo, ello permitirá establecer una relación de proporcionalidad entre el daño y la pena a la hora de su determinación.<sup>230</sup> Además, requisito ulterior exigible al bien jurídico sería el de poder operar como criterio de interpretación de los tipos legales que aporte seguridad jurídica, para lo que será preciso, a mi entender, que posea un referente fáctico, que pueda acomodarse a la descripción fáctica de los tipos legales.<sup>231</sup>

### 1.2. Bien jurídico material vs. espiritualización

Expuestos a vuelapluma los requisitos que un concepto de bien jurídico tendría que poseer para poder acomodarse a una concepción liberal del derecho penal —que es la concepción que aquí se considera preferible—, podríamos pasar ya a ensayar la definición del bien jurídico de la que habremos de partir en la discusión. Adelanto ya, a este respecto, que no pretendo incorporar una nueva concepción a las ya demasiadas definiciones existentes en la doctrina. Sencillamente, intentaré extraer de esa doctrina los parámetros esenciales que más se aproximen de los anteriores presupuestos.

Puede ciertamente discutirse si el origen del concepto de bien jurídico vino auspiciado por presupuestos liberales o si, como suele afirmarse de la perspectiva de Birnbaum, con ello se persiguió ampliar el ámbito de lo susceptible de protección penal con respecto a los estrechos márgenes demarcados por los "derechos subjetivos" de Feuerbach. Por lo que respecta al ámbito de la criminalización, que es en el que ahora nos movemos, sabido es que la concepción de Birnbaum permitió llevar a cabo dicha ampliación, llegando a incluir el propio Birnbaum dentro de esos bienes a las convicciones religiosas y morales de la colectividad,<sup>232</sup> lo que, frente a los restringidos límites de

<sup>230</sup> Véase p. ej., NINO: *Los límites*, pp. 338 y s.

<sup>231</sup> En igual sentido, p. ej., FERRAJOLI: *Derecho y razón*, p. 472.

<sup>232</sup> Por ello, no pocos autores han resaltado el carácter antiliberal de la concepción del bien jurídico de Birnbaum. Así, HASSEMER-MUÑOZ CONDE: *Introducción*, p. 106, afirman que "en el fondo de su teoría latía, por tanto, más una estrategia pragmática que una verdadera conceptualización jurídica, pues, al ampliar tanto el concepto de bien jurídico, daba a las normas jurídico-

incriminación que implicaba la postura de Feuerbach, supuso una pérdida de potencialidad limitadora y de vinculación con los intereses de la persona, postulados ambos del liberalismo. En cualquier caso, más adelante veremos que la teoría del bien jurídico de Birnbaum puede entenderse dirigida no tanto a establecer límites al legislador —ámbito de criminalización—, como a hallar una concreción dogmáticamente más fructífera de lo protegido por el derecho penal. Es decir, que el concepto de bien jurídico encontraría su verdadera función en el ámbito sistemático.

En todo caso, ya ha sido mencionado en alguna ocasión el hecho de que el concepto de bien jurídico no es, por sí solo, un instrumento adecuado para delimitar lo merecedor de protección penal, sino que son otros factores, ético-políticos, pragmáticos, etc., los que deben regir la decisión. Más importante que el mero concepto de bien jurídico es, entonces, el "programa" ético-político del que deban emanar los fundamentos, y los argumentos, de lo que se considera valioso.<sup>233</sup> Pero precisamente

---

penales un sustrato común que, sin embargo, difícilmente podía realizar la misión crítica que se le encomendaba: ¿qué no es precisamente un "ideal moral de la sociedad"? Conf. también AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, pp. 43 y ss.; MIR PUIG: *Introducción a las bases*, pp. 128-129; quien resalta el carácter antiliberal de la concepción del bien jurídico de Birnbaum frente a la protección de los derechos subjetivos de los individuos patrocinada por el pensamiento ilustrado. En cualquier caso, dicha postura sobre la génesis de la idea del "bien" como objeto de protección penal en Birnbaum no es unánime. Conf. sobre la discusión, HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico*, pp. 26 y ss., y su análisis desde una perspectiva histórico-política (pp. 32 y ss.). Véase también SINA: *Rechtsgut*, p. 20, quien entiende que Birnbaum no rompe, sino que continúa, concretándolo a efectos dogmáticos, el impulso liberal en materia de lo protegido. Una idea similar mantiene FROMMEL: *Präventionsmodelle*, p. 158. Como expondré a continuación, esta última aproximación a la cuestión resulta bastante plausible, al menos en el sentido de que cabe asumir la noción de bien jurídico desde una perspectiva liberal, más allá de las intenciones que guiaran la concepción de Birnbaum. Peculiar, cuanto menos, es la opinión de Bustos RAMÍREZ: *PG*, p. 100, al respecto, quien viene a afirmar que la teoría de Birnbaum era más limitadora de la criminalización que la del propio Feuerbach, si bien esa conclusión parte de una comprensión autoritaria —y, por lo demás, errada (salvo quizá en el caso de Rousseau, a quien cita)— del contrato social, identificando éste con el Estado, y no, como se ha entendido siempre por el liberalismo, concibiendo al Estado como creación por y para los individuos, mediante el contrato social.

por ello, si puede llegarse a un concepto de bien jurídico susceptible de englobar al menos algunos de los presupuestos definidores de ese programa ético-político, las directrices axiológicas que marca dicho programa vendrán ya, así, incluidas, al menos parcialmente, en la misma noción del bien jurídico, por lo que, en suma, alguna potencialidad político-criminal podrá predicarse de ella.<sup>234</sup> A mi modo de ver, ello se aprecia en un concepto *liberal* de bien jurídico, centrado, como acabamos de ver, en el valor primordial de la persona y sus intereses de desarrollo social, así como en un carácter "material", que atiende también al objeto valorado y no sólo a la valoración, y que es capaz, por ello, de plasmar el *daño* que convierte a una conducta lesiva del bien jurídico en merecedora de sanción penal.

Siguiendo dichas exigencias, un bien jurídico susceptible de acoger esos presupuestos liberales tendría que venir definido, en primer lugar, por su *carácter personalista*; es decir, conformado a partir de la prioridad axiológica de la persona y su esfera de intereses, frente a intereses suprapersonales re-conducibles al mantenimiento de una determinada estructura —o función— social.<sup>235</sup> Ese carácter personalista permite, por de pronto, plasmar la diferenciación radical existente entre el liberalismo y el comunitarismo, la oposición, que surca toda discusión ideológica, entre la persona y la comunidad.<sup>236</sup> Así,

<sup>234</sup> No obstante, ello no debe llevar a convertir el concepto de bien jurídico en un *constructo* en el que tengan cabida todas las orientaciones presentes en la discusión sobre la criminalización —políticas, sociológicas, morales, constitucionales—, dado que ello llevaría a un vaciamiento de su contenido, al modo del concepto teleológico de bien jurídico de Honig como "la abstracta finalidad de la ley". En similar sentido, STAECHELIN: "¿Es compatible la 'prohibición de infraprotección' con una concepción liberal del derecho penal?", p. 302.

<sup>235</sup> En esta línea, entre otros, HASSEMER: *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, p. 65 y pp. 68 y ss.; el mismo, *Arthur Kaufmann-FS*, pp. 85 y ss.; HASSEMER-MUÑOZ CONDE: *Introducción*, pp. 108 y ss.; CALLIES: *NJW*, 1989, p. 1342; KINDHÄUSER: *GA*, 1989, p. 496; el mismo, "Rationaler Rechtsgüterschutz durch Verletzungs- und Gefährdungsverbote", p. 264; MIR PUIG: "Bien jurídico y bien jurídico penal", p. 164; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 270, citando ulteriores referencias; HOHMANN: *GA*, 1992, pp. 77 y ss.; FERRAJOLI: *Derecho y razón*, p. 478; LÜDERSSEN: *ZStW* 107 (1995), pp. 898-899; STAECHELIN: "¿Es compatible la 'prohibición de infraprotección' con una concepción liberal del derecho penal?", p. 301.

<sup>236</sup> Conf. HASSEMER: *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, pp. 68 y ss.;

por ejemplo, frente a un concepto espiritualizado de bien jurídico, que termina por confundirse con el valor ideal y que, por ello, admite en última instancia bajo su "esfera de legitimación" todo valor o convicción moral que se considere necesario para mantener la cohesión social, por muy alejado que pudiera estar de la esfera de libertad de la persona, un concepto personalista acogería bajo su esfera de legitimación únicamente aquellos intereses —objetos, estados, funciones— vinculados a la persona. Expresado en otros términos, un bien jurídico de carácter personalista se mostraría más resistente a la "comunitarización" y, por ello, a la moralización del derecho penal.

A continuación incidiremos en las implicaciones de esa perspectiva liberal de un bien jurídico basado en los intereses de la persona. Antes de ello, y siguiendo las consideraciones expuestas, es preciso resaltar el componente "material" del bien jurídico.<sup>237</sup> Lo primero que debe ponerse de manifiesto es la ambigüedad del lenguaje. La noción de lo "material" pretende erigirse, y así debe entenderse, en alternativa a ese bien jurídico "espiritual", pero no implica limitar el ámbito de lo protegible a realidades físicas, sino que pretende también abarcar lo que, ciertamente, podría también caracterizarse como bienes "inmateriales", tales como el honor o la libertad, bienes indubitadamente merecedores de protección en una concepción liberal del derecho penal. Como vimos que afirmaba Amelung, la diferencia esencial entre ambas concepciones podría caracterizarse destacando que mientras el bien jurídico "material" se configura como el objeto valorado —entiéndase "objeto" en un sentido laxo—, la concepción espiritualizada del bien remite directamente a la valoración del objeto. Así, incluso en los bienes jurídicos inmateriales puede establecerse una distinción entre una situación o *status* social y su valoración, de forma que, por ejemplo, puede distinguirse entre la situación fáctica de ausencia de impedimentos para la libertad ambulatoria, y la valoración positiva que socialmente rige sobre la libertad. Frente a lo protegido desde una concepción material del bien jurídico, una versión espiritualizada de dicho interés llevaría a entender como

<sup>237</sup> El carácter material de una concepción personalista del bien jurídico es resaltado, p. ej., por HASSEMER: *Arthur Kaufmann-FS*, p. 85; HOHMANN: *GA*, 1992, p. 77.

lo protegido por el derecho penal la libertad en cuanto institución, en cuanto valor social. Las diferencias pueden verse más claramente respecto del bien jurídico vida. Así, mientras para una noción material lo merecedor de protección por el derecho es la concreta vida de cada ciudadano, en cuanto realidad positivamente valorada, para la versión espiritualizada, lo protegido sería el valor social "vida" en cuanto tal.

En lo que a la presente argumentación interesa, las ventajas fundamentales de una noción material del bien jurídico son, en esencia, dos. De una parte, en la delimitación de esa "esfera de legitimación" que imprime el propio concepto de bien jurídico; de otra, en la plasmación de la exigencia de un daño para la persona. Expongámoslas separadamente.

Por lo que respecta a la esfera de legitimación —es decir, al ámbito de intereses que el propio concepto de bien jurídico es capaz de acoger bajo su definición—, es preciso comenzar por poner de manifiesto que, evidentemente, dentro de la protección de "valores" o "instituciones" podrían distinguirse tanto valores propios del acervo liberal —libertad, integridad física, etc.— como valores reconducibles a postulados comunitaristas o colectivistas. Por esta razón insistimos en que el mero concepto de bien jurídico no servía, por sí solo, para delimitar lo merecedor de protección, sino que lo fundamental era definir los presupuestos ético-políticos desde los que establecer esos valores y principios.<sup>238</sup> En este sentido, un bien jurídico conceptualmente espiritualizado podría perfectamente acoger un programa liberal de lo merecedor de protección.<sup>239</sup> No obstante, como ya habíamos manifestado, la misma definición de bien jurídico podría conllevar un distinto ámbito de criminalización. Ello es claro desde la oposición que estamos planteando en este momento. Así, un bien jurídico espiritualizado, dado que circunscribe lo protegible al ámbito de lo ideal o espiritual, sin

<sup>238</sup> En sentido similar, manifiesta TERRADILLOS BASOCO: *RFDUC*, 1981, pp. 125-126, que "sería inadmisibles una reforma penal que pretendiera imponer órdenes éticos que no sean los inevitablemente derivados de los bienes jurídicos que ella misma reconozca".

<sup>239</sup> Como poneñ de relevancia KINDHÄUSER: *Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit*, p. 276; o SUHR: *JA*, 1990, p. 304, lo relevante será, en cualquier caso, los valores que el legislador ha considerado como susceptibles de protección penal.

vinculación con las relaciones interpersonales que conforman —desde una concepción liberal— la sociedad,<sup>240</sup> puede acoger dentro de su marco de sentido todos aquellos valores que se estime deben ser amparados por la aplicación de la sanción penal. La identificación que establece entre entidad protegida y valor lleva, lógicamente, a una identificación entre lo protegido y la misma norma de conducta, que es la que encarna el valor. Ello ha sido, por ejemplo, puesto de relevancia por Kindhäuser, afirmando que dicho concepto de bien jurídico “no es más que la norma de conducta axiológicamente interpretada”.<sup>241</sup> Por ello, toda norma de conducta, independientemente de su contenido directivo, puede ser considerada entidad merecedora de protección penal desde esa concepción del bien jurídico, careciendo entonces de toda potencialidad limitadora, y pudiendo caer bajo el marco de protección penal tanto la vida de los ciudadanos como, por ejemplo, la heterosexualidad, como “valor” merecedor de protección en una determinada sociedad.<sup>242</sup>

Frente a ello, una noción material de bien jurídico obliga al legislador a concretar los intereses susceptibles de lesión en el seno de las relaciones sociales, indagando acerca de las necesidades esenciales para los participantes en el tráfico social, y no en ese reino platónico de lo espiritual.<sup>243</sup> Ello imprime a la tarea de criminalización la exigencia legitimatoria de precisar los contornos de los intereses lesionables, lo que abunda en seguridad jurídica, al tiempo que fomenta una mayor delimitación

<sup>240</sup> Como afirma TERRADILLOS BASOCO: *RFDUC*, 1981, p. 132, “remitirse al mundo de los valores (...) significa remitir el problema del bien jurídico a una realidad externa al derecho, pero no a una realidad social prejurídica, como haríamos indagando en el ámbito de los intereses, sino al mundo de la metafísica”.

<sup>241</sup> KINDHÄUSER: *Gefährdung*, p. 176. En igual sentido, AMELUNG: *Rechtsgüter-schutz*, p. 185: “la lesión de una institución no es otra cosa que la lesión de una norma institucional”; p. 194: “El bien jurídico institucional es el orden de prohibiciones y mandatos protegido por la sanción, el bien jurídico de Welzel es el objeto protegido por esas prohibiciones”.

<sup>242</sup> En este sentido, GÓMEZ BENÍTEZ: *RFDUC*, 1981, p. 87, quien resalta que en cuanto función de límite al *tus puniendi*, “no es idónea a tal fin, sin embargo, la tradicional concepción espiritualizadora del bien jurídico, ya que nada le impide concebir los códigos penales como códigos morales”. En similar sentido, TERRADILLOS BASOCO: *RFDUC*, 1981, p. 126; FERRAJOLI: *De-*

entre derecho y moral, al proscribir meras convicciones morales como "objetos" protegibles.<sup>244</sup> Esa idea es la que expresa Kindhäuser manifestando que "el concepto de bien jurídico racionaliza el derecho penal, por cuanto obliga a preguntar por los daños empíricos que pueden ser evitados a través del respeto de las normas".<sup>245</sup> Ello, por lo demás, es reconocido incluso por Amelung, autor que *a priori* rechaza la teoría del bien jurídico. A pesar de su extensión, merece la pena transcribir en su integridad la afirmación de este autor: "Si se delimita el bien jurídico en la forma propuesta por Welzel, puede mostrarse dónde la teoría de protección de bienes jurídicos entra en conflicto con la antiliberal y radicalmente conservadora concepción jurídico-penal del nacionalsocialismo. En la forma precisada por Welzel sólo pueden legitimarse normas penales que protegen algo que no sea la misma norma. Prohíbe —dicho de otra forma— que las normas puedan autolegitimarse. La teoría de la protección de bienes jurídicos exige, así, que la norma evite 'resultados', que trasciendan el quebrantamiento de la norma y el debilitamiento de su vigencia. Al pensamiento comunitarista del nazismo le basta, en cambio, que con el quebrantamiento de la norma se ponga de manifiesto una actitud condenada por la comunidad. El nacionalsocialismo se asienta sobre una ética de la actitud, la teoría de la protección de bienes jurídicos sobre una concepción del derecho penal que parte de una ética del resultado... Una concepción que parta de una ética del resultado eleva la exigencia de fundamentación para la creación de normas penales y sirve así a la racionalización de la labor del legislador... Dicha exigencia de fundamentación es el requisito imprescindible de una concepción liberal del derecho penal".<sup>246</sup>

<sup>244</sup> También MIR PUIG: PG, 6/41, resalta la "función política liberal" del bien jurídico que considera esencial: "ofrecer una concreción material —y no sólo formal como la literalidad de los tipos penales— de los distintos estados valiosos que por su importancia reclamen la tutela penal" (destacados añadidos).

<sup>245</sup> KINDHÄUSER, en VITT: "Tagungsbericht", ZStW 105 (1993), p. 810. Véase también KINDHÄUSER: *Unterschiede*, 1992, p. 230.

<sup>246</sup> AMELUNG: "Rechtsgutverletzung", p. 275. La referencia al "bien jurídico en el sentido de Welzel" atiende, como ya mencionamos, a que el autor alemán asumió un concepto de bien jurídico de carácter material, opuesto al de

Por lo demás, dicha potencialidad crítica del bien jurídico tal y como aquí se concibe aparece claramente representada en la discusión producida en los años '30 sobre la existencia de determinados delitos, como el incesto, sobre los que se dudaba si protegían o no bienes jurídicos, en la cual, mientras los partidarios de un concepto espiritualizado y abstracto de bien jurídico no encontraban obstáculos para afirmar que en el incesto lo protegido era la moral colectiva como bien jurídico, Welzel dada su concepción material de bien jurídico, se veía obligado a afirmar que la norma que prohíbe el incesto no protege un bien jurídico por la norma de conducta, sino que es en sí misma una norma moral, la cual sólo puede ser protegida, con valor del acto, por la pena;<sup>247</sup> conclusión compatible, entonces, con la misión atribuida por Welzel al derecho penal y con la concepción de delito como lesión de deber, pero no con el fin de protección de bienes jurídicos.

Estas consideraciones guardan relación con una de las críticas que la escuela de Jakobs objeta a la teoría del bien jurídico. Esa crítica se basaba, como habíamos mencionado, en la incapacidad de la noción del bien jurídico para abarcar una serie de delitos tipificados en el StGB, cuyo rasgo aglutinador era su común fundamento en la protección de un clima de paz social. Delitos como el maltrato de animales, las injurias a la religión, el incesto, el exhibicionismo o la provocación del escándalo público,<sup>248</sup> los cuales vienen siendo encuadrados como delitos de peligro abstracto. Ciertamente, la figura del delito de peligro abstracto, dada su particular técnica de tipificación y su anticipación de la tutela penal, amenaza en ocasiones con forzar demasiado los márgenes del tradicional concepto de delito, al tener que abarcar en la noción de bien jurídico situaciones difusas, como esa paz social, y, en general, bienes jurídicos supraindividuales, que amenazan con hacer perder a éste su potencialidad limitadora y sus contornos materiales.<sup>249</sup> La pro-

<sup>247</sup> Conf. WELZEL: "Studien", p. 137, nota 30.

<sup>248</sup> JAKOBS: AT, 2/19, con referencias legales. Conf. también FISCHER: *NStZ*, 1986, pp. 159 y ss.

<sup>249</sup> Crítico con dicha técnica legislativa, y exigiendo una interpretación que parta de la peligrosidad ex ante de la conducta, por ejemplo, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS: *Delitos de peligro*, pp. 297 ss.; FRISCH: *Stree-Wessels-FS*, p. 93. Vid. también TERRADILLOS BASOCO: *LH a Valle Muñiz*, pp. 787 ss.

blemática propia de los delitos de peligro abstracto merecería, dada su complejidad, un estudio aparte, que no puede ser desarrollado aquí, sin que ello obste a que posteriormente hagamos algunas consideraciones sobre ello. Respecto de ese tipo de delitos, consistentes en la alteración de la paz social, es cierto que numerosos autores han querido incluirlos dentro del concepto de bien jurídico. Así, por ejemplo, Roxin. En relación con el delito de maltrato de animales,<sup>250</sup> delito que, como resalta este autor "suele ser siempre empleado como prueba de que también regulaciones sin lesiones de un bien jurídico pueden estar justificadas",<sup>251</sup> se plantea Roxin la duda de cómo la protección de la vida e integridad de los animales, que considera necesaria y merecedora de tutela penal, puede legitimarse desde libertad de las personas o el mantenimiento del sistema social.<sup>252</sup> No obstante, sostiene este autor que, a pesar de la dificultad de compatibilizar ese "bien" a proteger desde dichos parámetros, ello no implica que lo único que se esté asegurando sea una convicción moral; por el contrario, debe partirse de que determinados animales superiores, a partir de un principio de solidaridad con las criaturas y concebidos como una suerte de "hermanos lejanos", deben ser protegidos por sí mismos, como un bien jurídico independiente.<sup>253</sup>

En cualquier caso, la postura de Roxin es, respecto de esa figura delictiva, minoritaria en la dogmática, asumiéndose mayoritariamente —y resignadamente—, el delito de maltrato a los animales como una excepción al fin de protección de bienes jurídicos, o, al menos, como una regulación límite, de muy difícil armonización con un concepto material, y centrado en los intereses personales, del bien jurídico. Así, autores como Rudolphi sostienen que lo protegido son determinadas valoraciones colectivas muy arraigadas en la sociedad.<sup>254</sup> De la mis-

<sup>250</sup> Regulado en el § 17 de la *Tierschützsgesetz*.

<sup>251</sup> ROXIN: *AT*, 2/21.

<sup>252</sup> *Ibidem*. Más referencias en FISCHER: *NStZ*, 1988, pp. 159 y ss.

<sup>253</sup> *Ibidem*. Las tesis de Roxin presentan una notable afinidad con algunas de las tesis que en filosofía moral se vienen manteniendo, a partir del liderazgo de Peter Singer, acerca de los "derechos" de los animales. Conf., p. ej., SINGER: *Ética práctica*, pp. 69 y ss., 136 y ss.

<sup>254</sup> RUDOLPHI: *SK, StGB*, intro., 1/11 (otra opinión en, el mismo, *Hontg-FS*, p. 165). En similar sentido, AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, p. 346; STRATENWERTH:

ma opinión es Frisch, quien, sirviéndose del ejemplo del maltrato de animales, pone de manifiesto que "en nuestro actual derecho penal existen todavía ciertos tipos legales que no pueden ser interpretados sino como tributos a determinadas convicciones morales",<sup>255</sup> pese a lo cual afirma su legitimidad.

Por lo que respecta al derecho penal español, no estamos libres de dichas figuras delictivas. Así, en el art. 632 del actual C.P. se regula la falta de maltrato de animales, y la doctrina ha venido interpretando su bien jurídico de similar forma que en Alemania. Desde el punto de vista de Robles Planas, por ejemplo, "teniendo en cuenta que el artículo se halla ubicado en el título correspondiente a las faltas contra los intereses generales, el bien jurídico no puede ser otro que la protección del sentimiento de compasión que tiene la sociedad respecto de los animales. Esto es, se tutela la benevolencia de trato, en aras a la evitación de la del sufrimiento y la crueldad, los cuales generan en la sociedad un sentimiento de reproche cuando son innecesarios (...) Lo que se quiere proteger no es al animal sino a la sociedad".<sup>256</sup>

A mi juicio, dichas regulaciones pierden toda referencia con el concepto de bien jurídico que se mantiene aquí,<sup>257</sup> en especial porque la vinculación con los intereses más esenciales de la persona se diluyen. Pero todo ello no implica una contradicción con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, como línea de pensamiento político-criminal, aunque sí, ciertamente, supone un problema de cara a la función descriptiva de lo protegido. El verdadero problema no es, entonces, político-criminal, sino dogmático: la dificultad radica en encontrar un concepto de bien jurídico capaz de englobar todo lo regulado en los tipos penales.<sup>258</sup> Para ello sería necesario dotarlo de un ámbito semántico tan amplio y abstracto —al modo tautológico del concepto teleológico de Honig— que acabaría por perder toda virtualidad argumentativa. Por ello, es funda-

ZStW 105 (1993), p. 694; el mismo, *Lenckner-FS*, pp. 386-387. Véase sobre la discusión, también Bloy: *ZStW 100* (1988), pp. 489 y ss., en sentido crítico frente a esa protección de una "protección ética de los animales".

<sup>255</sup> FRISCH: *Stree-Wessels-FS*, p. 73 (crítico con la postura de Roxin en nota 18).

<sup>256</sup> ROBLES PLANAS: *AP*, 1996, pp. 703-704.

<sup>257</sup> De igual modo, Bloy: *ZStW 100* (1988), pp. 491, 492.

mental no mezclar los planos del discurso, y no operar con un concepto "positivo" de bien jurídico en sede de legitimación, dado que de esa forma no se llegaría sino a la legitimación del *status quo*. Evidentemente, la noción de un bien jurídico liberal, conformado axiológicamente, es un instrumento de crítica, que remite no a lo que el derecho penal es, sino a lo que *debería ser*. Por lo que respecta a la dificultad de integrar estas normas dentro de esa idea crítica de protección de bienes jurídicos, en el sentido aquí defendido, muestra la potencialidad limitadora de esa concepción en el plano de la incriminación de conductas.<sup>259</sup> De hecho, ninguna de las conductas que Jakobs incluye dentro de esa protección de la paz social serían, desde una perspectiva liberal, merecedoras de reacción penal, sino que su incriminación vendría, más bien, asociada a presupuestos comunitaristas, dada la finalidad de protección de la cohesión social que persiguen esas normas, a través del fin del mantenimiento de la vigencia de determinadas valoraciones morales dominantes en la sociedad. Ello puede reflejarse, por ejemplo, en el fundamento que pretende dar Amelung a la incriminación del maltrato de animales, afirmando que su lesividad radica en "el efecto desintegrador que conlleva la contravención contra determinadas valoraciones dominantes" de la sociedad.<sup>260</sup>

Sobre la protección de esos bienes jurídicos colectivos (entendidos como tales bienes jurídicos no desde el concepto político-criminal que aquí se maneja, propio del ámbito de la criminalización, sino desde su definición positiva) volveremos después. Por el momento, y como conclusión provisional, tendríamos que dar la razón a Jakobs en su crítica relativa a la incapacidad del bien jurídico para abarcar todas las conductas delictivas positivizadas en la legislación penal. Pero ello —que

<sup>259</sup> Similar, PEÑARANDA-SUÁREZ GONZÁLEZ-CANCIO: "Consideraciones", p. 36. Conf. también STRATENWERTH: *Lenckner-FS*, pp. 388-389, quien resalta que en el delito de negación del holocausto ("Auschwitz-Lüge": § 130, párrafo 3, StGB), así como en todos los caracterizados por la aptitud para alterar paz pública, no puede reconducirse a la protección de bienes jurídicos. En parecido sentido, con relación al maltrato de animales, destaca Blóy que sólo bajo un bien jurídico idealizado como "valor" podría englobarse dicho tipo legal bajo el fin de protección de bienes jurídicos, y que asumir esa concepción de lo protegido haría perder todo poder limitador a la teoría de la incriminación.

podría ser, por otra parte, contradictorio con la crítica alternativa del autor alemán acerca de la ausencia de contenido del concepto de bien jurídico— no viene sino a mostrar el, siquiera mínimo, potencial limitador de una concepción material del bien jurídico, que es la que Jakobs tiene en mente cuando realiza dichas objeciones. Es cierto que, frente a ésta, la noción de hecho punible como quebrantamiento de la vigencia de las normas puede dar cabida a toda conducta sancionada por el legislador; ello se debe a que, al igual que el bien jurídico espiritualizado, al no remitir a nada externo a la propia norma, bajo su marco de sentido podría incluirse toda regulación imaginable, siempre que pudiera formularse como norma de conducta; con lo que su potencial crítico sería, ciertamente, nulo. Algo, por lo demás, que el mismo Jakobs admitiría, dado que expresamente se renuncia a ese cometido político-criminal, como vimos. No obstante, veremos también que esa noción formalizada y abstracta del delito se verá incapaz de satisfacer las exigencias intrasistemáticas que han de predicarse de todo concepto de delito.

### 1.3. Persona y sociedad. Naturalismo y normativismo. Perfiles de una noción funcional de bien jurídico

Pero la similitud de un concepto de bien jurídico espiritualizado y la noción de Jakobs del delito como quebrantamiento de la vigencia de la norma, y su oposición al bien jurídico material se da también en un plano distinto, relativo al diferente ámbito de la lesividad social, y que puede plasmarse bajo la oposición entre persona y sociedad. Tanto los defensores de un bien jurídico como valor ideal, como quienes postulan que lo protegido, como "bien jurídico-penal", es la vigencia de la norma, coinciden en considerar que la lesividad relevante del delito, lo que lo convierte en una conducta merecedora y necesitada de sanción penal, no es, en sí misma, la lesión de la esfera de intereses de una persona, sino las repercusiones sociales de dicha conducta, en tanto que pone en duda o vulnera la pretensión de vigencia de la norma respectiva, o del valor ideal, presente en el colectivo social. Así, por ejemplo, lo relevante de la acción de dar muerte a otra persona, no es, en sí, la lesión del bien jurídico vida, que sólo es, por decirlo con los hegelianos, la exteriorización del delito, su sustrato, sino el *significado* que

dicha conducta tiene para la vigencia social de la norma: "Debe respetarse la vida ajena". En otras palabras, lo protegido por el derecho penal no son, en cuanto tales, los intereses de la persona, sino las normas de conducta que protegen los intereses de la persona, entre otros. Y ello, según esa comprensión metodológica, porque lo relevante para las relaciones de comunicación en que consiste la sociedad, no son esos intereses personales —los cuales no tendrían, por expresarlo en sus términos, "relevancia comunicativa"— sino las normas que regulan la protección de ellos. Al hilo de esta última afirmación, debe recalcar que ello —al menos en la concepción de Jakobs— no implica una desatención de la esfera de libertad de la persona, sino sencillamente un cambio de perspectiva con relación al marco de lo protegido: las normas de conducta, y no los bienes jurídicos protegidos por ellas.

Desde esa concepción metodológica, que ya expusimos en páginas anteriores, la crítica que se emite contra la concepción del delito como lesión de bien jurídico es la del "naturalismo".<sup>261</sup> Se afirma, así, que dicha concepción no acierta a plasmar el carácter específicamente social del delito, por cuanto la "lesividad social" la remite a un fenómeno fáctico consistente en la lesión causal de un bien, y no a una perturbación del sistema social. El "daño" inherente al delito no puede entenderse, entonces, como algo fáctico, material, "sensible", sino, como vimos, ha de concebirse como un daño "simbólico" inmaterial, perteneciente al ámbito de lo comunicativo. Con ello vienen a mezclarse dos órdenes distintos de discusión, una de carácter axiológico, o ideológico, y otro de carácter metodológico: de una parte, el que enfrenta la persona frente a la sociedad como referente básico del orden social y, por extensión, de lo penalmente relevante; de otra parte, el que discurre entre la oposición metodológica —y epistemológica— entre lo relativo a las ciencias naturales, o de la observación, consistentes en la constatación fáctica de relaciones causales, y lo relativo a las ciencias sociales, o de la decisión, que se ocupan no de la constatación de causas, sino de la explicación y comprensión de fenómenos

<sup>261</sup> Como afirma PUPPE: GA, 1994, p. 297, el término "naturalismo" es empleado en la actual discusión jurídico-penal como un calificativo despectivo o crítico.

sociales.<sup>262</sup> A ello remite la dicotomía, manejada también por Jakobs, entre "naturaleza" y "sentido". Quienes descalifican como "naturalista" a la concepción del delito como lesión de bienes jurídicos, vienen a objetar, entonces, que la perspectiva desde la que se contempla lo lesivo, lo penalmente relevante, en esa concepción, no se distingue de la mera causación de efectos en la naturaleza; así, manifiestan que para este sector doctrinal la lesión del bien jurídico vida no se distinguiría de la causación de una muerte por una tormenta.

La existencia de dos ámbitos de discusión entremezclados en estas objeciones amenaza con llegar, en ocasiones, a una identificación de las diferentes materias en conflicto, entendiendo que las diferencias que subyacen a la oposición entre persona y sociedad son *las mismas* que las que distinguen entre "naturalismo" y "normativismo" (así denominaremos en lo que sigue a la citada dualidad metodológica entre ciencias naturales y sociales), de forma que otorgar relevancia valorativa a la instancia de la persona —junto o frente a la de la sociedad— implica, *per se*, hacerse acreedor del estigma del "naturalismo", y que, inversamente, sólo operando desde una perspectiva sociológica basada en la sociedad como entidad independiente y autónoma se abandona la metodología propia de las ciencias naturales.

En ello radica una confusión de bulto, que no sólo conduce a entremezclar planos distintos de argumentación, sino que amenaza con dar lugar a mistificaciones ideológicas, dadas las implicaciones axiológicas que la oposición entre persona y sociedad puede conllevar, y que queda oculta si, como se hace por quienes caen en esa confusión, se contempla únicamente desde un plano metodológico. Ello puede apreciarse especialmente en la postura de Lesch, cuya acrítica recepción de los puntos de vista hegelianos le lleva a caer en esa confusión, así como en esa mistificación.

Con respecto a la utilización de los planteamientos de Hegel, ya quedó mencionado que su abstracción permite que sea interpretado tanto desde una perspectiva política como episte-

<sup>262</sup> Acerca de la distinción entre ambas aproximaciones a la realidad es fundamental la obra de VON WRIGHT: *Explicación y comprensión, passim*. Sobre la distinción entre ciencias de la observación y ciencias de la decisión, véa-

mológica. Precisamente por ello, un empleo acríptico del filósofo alemán puede venir a caer en esa confusión de planos, tal y como ocurre en el discípulo de Jakobs. En la discusión entre el naturalismo y el normativismo, Lesch deriva ambos conceptos de una diversa concepción de la sociedad: el naturalismo vendría vinculado a una concepción hobbesiana de la sociedad basada en la maximización de intereses personales, en la cual no existe una vinculación "interna" entre los sujetos, sino que sus relaciones se basan únicamente en la obtención de intereses personales; en cambio, el normativismo es asociado por Lesch a la concepción social de autores como Rousseau o Hegel, en la cual las relaciones sociales entre los miembros se trazan a través de vínculos "internos" que van más allá del mero contacto racional entre agentes autointeresados, y en la cual el sujeto se convierte en persona únicamente en virtud de la identidad social que la comunidad otorga, a través de una comunicación basada en los códigos de valor inherentes a ella. "Comunicación es pues el proceso social elemental de la constitución de sentido en el trato entre seres humanos, sin el cual no son pensables ni una individualidad personal ni un sistema social".<sup>263</sup> Así, en suma, "la diferencia entre la dogmática penal "naturalista" y la "normativista" se puede, de esta manera, reconducir a una diversa concepción de la convivencia humana, es decir, a qué se entiende por sociedad. Esta doble concepción reza: maximización de intereses (satisfacción racional y óptima de las necesidades de cada uno) versus mantenimiento de las condiciones de comunicación; seguridad de bienes versus seguridad de expectativas; o, como es más corriente: protección de bienes jurídicos versus estabilización de la norma".<sup>264</sup>

A mi juicio, esa oposición no es válida, puesto que cada extremo del dualismo responde a un criterio diferente: uno valorativo y otro metodológico. Así, cuando Lesch concibe la sociedad como un entramado de comunicaciones está adoptando un punto de vista metodológico, que es perfectamente compatible con una sociedad liberal o con una sociedad "comunitarista", pudiéndose, por ejemplo, protegerse la vigencia de un orden

<sup>263</sup> LESCH: ADPCP, 1995, pp. 912-913.

normativo basado en la libertad individual. En cambio, cuando Lesch critica la concepción de la sociedad como una asociación de personas interesadas en la satisfacción racional de sus propios intereses, está plasmando el concepto de lo social que defiende una teoría política del liberalismo, según la cual lo prioritario es la libertad de la persona, siendo el Estado, y la sociedad como tal, no un fin en sí mismo, sino únicamente un medio para la obtención del *prius* axiológico de la libertad. En este sentido, no es casual que Lesch remita a Hegel y Rousseau, autores tradicionalmente encuadrados en las filas del comunitarismo, dada su manifiesta tendencia a dar prioridad axiológica al bien común, al colectivo social, frente a los intereses individuales, así como a hacer depender la estabilidad social de la común identificación con la moral colectiva.<sup>265</sup> Por ello, Lesch viene a mezclar peras con manzanas. Frente a ello, debe insistirse en que es perfectamente posible contemplar valorativamente la sociedad como una asociación basada en la satisfacción de intereses personales, al modo no sólo de Hobbes, sino de autores liberales como Rawls o Gauthier, e interpretarla sociológica o epistemológicamente como un sistema de comunicación; de igual modo, pueden proteger los intereses personales por medio de la protección de las condiciones de comunicación: las normas. Y ello es así por el hecho de que el primer aspecto es ideológico y el segundo es metodológico, algo que, como intento mostrar, Lesch parece desconocer.

Esa confusión categorial entre ambos planos teóricos se produce también cuando afirma que el modelo de sociedad propio del naturalismo —exponiendo en realidad el modelo del liberalismo político— está superado,<sup>266</sup> sin dar más explicaciones acerca de si esa "superación" se refiere a una concepción liberal de la sociedad —lo que sería sencillamente falso— o a una aproximación individualista de la sociología —lo que sería igualmente falso—; siendo la única apelación factible de dicha "superación" si se remite a la metodología naturalista que imperó en el derecho penal a comienzos de siglo, la cual sí podía considerarse metodológicamente errada, por cuanto pretendía enfocar un fenómeno esencialmente valorativo (decisión) como es el dere-

<sup>265</sup> Conf. ALCÁCER GUIRAO: *Los fines del derecho penal*, pp. 167 y ss.

<sup>266</sup> LESCH: *ADPCR*, 1995, p. 930.

cho con una perspectiva de análisis basada en las ciencias de la naturaleza; y que, por lo demás, no es mantenida por ningún autor en la actualidad.

Muestra de esa mezcla de una perspectiva metodológica y otra ideológica es que Lesch termina por incurrir en una falacia naturalista; más concretamente, en una variación de lo que ha venido denominándose *falacia comunitarista*. Ésta consiste en inferir que del hecho de que psicológicamente los sujetos se vean socializados en las convicciones morales imperantes en una sociedad dada, sea esa moral vigente la que *deba* erigirse en moral *correcta*, siendo incapaz el ciudadano de oponer una razón reflexiva y crítica a ella.<sup>267</sup> En el caso de Lesch debe ponerse de manifiesto que, del hecho de que "sociedad origine identidad; [de] que, por tanto, los individuos sean determinados internamente a través de las relaciones sociales en las que ellos viven; [de] que, en definitiva, ellos mismos no puedan entenderse con independencia de su pertenencia al grupo",<sup>268</sup> no tiene por qué inferirse que los individuos no puedan ser concebidos como seres autointeresados en su propia autonomía y libertad, ni tampoco, como pretende concluir este autor, que el fin del derecho penal no pueda ser el de protección de bienes jurídicos. Expresado en otros términos, el error categorial en que, a mi entender, incurre Lesch es el de confundir, e identificar, el *individualismo metodológico*, consistente en partir (en su versión clásica o atomista) de que los individuos son independientes de su medio social en cuanto a la adquisición de valores y deseos —en aras, a veces, de postular un libre albedrío metafísico—, con un *individualismo normativo*, que es el que está en la base del actual liberalismo político, y que, en palabras de Nino, es la "concepción según la cual los únicos titulares de intereses cuya satisfacción constituye una justificación *prima facie* de una acción o una medida y cuya frustración constituye (...) una descalificación *prima facie* de una acción son los *individuos humanos*".<sup>269</sup> Como ha demostrado el ac-

<sup>267</sup> Conf., p. ej., GUTMANN *Doxa*: 1999, p. 478. Asimismo, ALCÁZER GUIRAO: *Los fines del derecho penal*, p. 154.

<sup>268</sup> LESCH: *ADPCR*, 1995, p. 912.

<sup>269</sup> NINO: *Ética y derechos humanos*, p. 248. Sobre ello, véase también, recientemente, FORST: "Normativer Individualismus", pp. 44 y s., oponiéndolo a un "colectivismo normativo".

tual debate entre liberales y comunitaristas, un liberalismo político puede perfectamente vivir sin aceptar el atomismo.<sup>270</sup>

Como vemos, la objeción de naturalismo por parte de este autor se dirige tanto desde una perspectiva antiliberal, como desde un funcionalismo sistémico sociológico, con lo que esa crítica termina por ser absolutamente parcial: así, se descalifica como "naturalista" a todo aquel que no comparta un modelo ideológico cuasihegeliano, constituido en torno una cohesión en torno a vinculaciones morales densas, y a todo aquel que no acoja un modelo sociológico sistémico, dando a entender que sólo éste es el actualmente vigente en teoría sociológica, cuando lo cierto es, de una parte, que, tras la embestida comunitarista, el liberalismo político, especialmente en su versión neocontractualista, ha salido airoso y renovado; y de otra, que en los últimos tiempos la teoría sistémica ha caído en descrédito, recuperando un lugar hegemónico una sociología más centrada en la explicación de la acción social individual, si bien muy distinta del atomismo ingenuo propio del primer individualismo, que es el que Lesch parece tener en mente cuando lanza sus críticas.<sup>271</sup>

<sup>270</sup> Conf. ALCÁCER GUIRAO: *Los fines del derecho penal*, p. 155.

<sup>271</sup> Muy genéricamente, y p. ej., puede citarse también el paso de la hegemonía del estructuralismo funcional (o viceversa) al llamado marxismo analítico, o la actual importancia que ha adquirido, también en teoría del derecho, concepciones como la teoría de la decisión racional o el análisis económico del derecho. Al respecto, de cara a ese cambio de "paradigma", podrían citarse los trabajos de Jon Elster (para una crítica metodológica al funcionalismo, conf. *Ulises y las sirenas*, pp. 54 y ss.); o los puntos de vista de Holis: *Filosofía de las ciencias sociales*, pp. 104 y ss., donde postula, cuanto menos, una convivencia entre individualismo y holismo funcionalista. En este sentido, debe destacarse que el actual individualismo metodológico dista mucho de la ingenuidad del primer individualismo atomista, y otorga una mayor relevancia al entorno social, si bien en todo caso rechazando la imagen del agente como un mero depositario pasivo del *ethos* cultural, propio de las versiones más furibundas del estructuralismo funcionalista. Ello es destacado por GÓMEZ: "Microfundamentos de la explicación social", p. 318: "Frente al individualismo tradicional, se resalta [scil. por la nueva corriente sociológica individualista] la importancia del entorno en que están inmersos los actores sociales [pero] frente al sociologismo, se mantiene que la interiorización automática presenta enormes fisuras ya que la acción humana es irreductible a una mera función adaptativa. Como muestran ciertas tesis de la psicología cognitiva y social reciente, los sujetos adquieren creencias, preferencias y deseos de forma activa a través de, y

Pero Lesch, entremezclado con los anteriores, introduce un enemigo más dentro de las facciones del naturalismo, que no es sino la metodología científico-naturalista que a comienzos de siglo imperó en el derecho penal, de la mano de autores como Von Liszt. Sabido es que esa vertiente metodológica surgió al amparo del optimismo científico decimonónico, desde el que se creyó posible aplicar los procedimientos empíricos de las ciencias de la naturaleza a todo el espectro del conocimiento posible, incluidas disciplinas como la sociología (Comte sería el paradigma en este ámbito) o las jurídicas. Fruto de esta concepción, y del principio de la causalidad imperante, fue la asunción en el derecho penal del "dogma causal", no existiendo, entonces, diferencias entre la caída de una hoja y la muerte evitable de una persona por otra: desde ese monismo metodológico, ambas se contemplaban como una mera secuencia de relaciones causales en la naturaleza. Pero desde aquella época ha llovido mucho en la dogmática penal, y me parece cuanto menos exagerado, cuando no anacrónico, considerar, como hace Lesch, que toda noción del delito como lesión de bien jurídico, y, más en general, toda concepción de la teoría del delito distinta de la "sistémico-funcionalista", esté sostenida en los pilares de dicha orientación metodológica.<sup>272</sup> Por lo demás, no debe confundirse, ni meterse en el mismo saco, una ciencia social centrada en una perspectiva individual —como p. ej., el análisis económico del Derecho, o la teoría de la decisión racional—, con una metodología naturalística en el ámbito jurídico-penal. Así, la ac-

---

mediatizan; los individuos no son un mero receptáculo pasivo". "Con estas afirmaciones nos alejamos del individualismo clásico, que mantenía que el contenido de los estados intencionales debía entenderse como algo totalmente interno a los individuos, dado e inmutable; pero también del sociologismo radical del estructural funcionalismo, que reducía el tema a mera internalización de normas y valores desde los que los sujetos actúan *cuasi* automáticamente, entendiendo las acciones individuales como actos de ejecución de la sociedad internalizada" (p. 318). Con ello, "la más tradicional objeción a posiciones de corte individualista deja de tener sentido, ya que la teoría de la elección racional puede asumir el presupuesto de la influencia del medio" (p. 269). Con todo ello, puede acentuarse el error en que incurre Lesch: o bien confunde el individualismo metodológico con el normativo, o bien critica a un enemigo que ya no existe, al lanzar sus objeciones a un individualismo atomista ajeno a la actual perspectiva metodológica individualista presente en las ciencias sociales.

<sup>272</sup> Conf. Lesch, *ADPCP* 1995, pp. 915 y ss.

tual corriente teleológica, que sería la metodología opuesta a la anterior y que emplea Lesch, puede aplicarse tanto desde el funcionalismo sistémico como desde una comprensión "interpersonal", si así quiere llamarse, y no holista, de la sociedad. Pero Lesch niega este extremo: o se es luhmaniano —o lo que es peor: hegeliano—<sup>273</sup> o se es naturalista. *Tertium non datur*.

Pero, por las evidentes implicaciones ideológicas que conlleva, la más criticable identificación —o confusión— que realiza Lesch es la que fusiona el positivismo naturalista y el liberalismo político. Sin querer profundizar en esta discusión, nos limitaremos, además de lo ya dicho, a un breve apunte histórico, en aras de mostrar las implicaciones ideológicas que Lesch parece ignorar —porque no creo que pueda afirmarse que las asume—. Para empezar, destacar que del hecho de que la emancipación del ciudadano de las fauces del Estado absoluto coincidiera, o estuviera hermanada, a través de la idea ilustrada del progreso y del espectacular desarrollo humano del siglo XVIII, con el auge de las ciencias naturales, no implica que el liberalismo político vaya necesariamente asociado a la metodología naturalista y que, por tanto, superada ésta, tenga que ser rechazado, por obsoleto, el primero. Llegar a esa conclusión nos lleva a oscuras reminiscencias políticas. A este respecto, el riesgo de mistificación ideológica se acrecienta cuando Lesch se sirve, para apoyar esas conclusiones, del escrito de habilitación de Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, en el cual la identificación entre naturalismo y liberalismo perseguía un fin político claro: al rechazar el naturalismo conseguía hacer caer en el mismo descrédito, de forma más o menos "científica" y aséptica y, por ello, con una apariencia menos "politizada", los presupuestos ideológicos del liberalismo político, y todo ello en aras de consagrar académicamente la ideología nacionalsocialista. Ello, a mi entender, se muestra de forma cristalina cuando Welzel, siguiendo a Carl Schmitt, asocia el positivismo naturalista a la tecnificación y racionalización técnica —tan denostada por el romanticismo ale-

<sup>273</sup> Que, si bien no equiparables desde un plano ideológico (por eso es "peor" Hegel), metodológicamente pueden considerarse afines, en lo tocante a la idéntica abstracción de sus respectivas "superteorías": conf., en este sentido, WEINBERGER: ARSP, 1996, p. 546.

mán—<sup>274</sup> como frutos emanados de la ideología "liberal-burguesa", y concluye por considerar como emanada de la misma fuente la concepción instrumental del Estado propia del liberalismo —según la cual el Estado no es más que un medio para garantizar las esferas de libertad de los ciudadanos—, que considera, y denosta, como una concepción "tecnificada" del Estado, que lleva a una contemplación individualista de la sociedad y en la cual se pierde toda perspectiva idealizada del derecho y el Estado.<sup>275</sup> "El error fundamental del positivismo —concluye Welzel— radica en haber elevado la técnica en principio fundamental también del derecho, con la consecuencia de que toda sustancia valorativa se diluye en lo subjetivo-individual".<sup>276</sup> En este sentido, Welzel se halla en perfecta sintonía con los postulados básicos del pensamiento jurídico nacionalsocialista, desde el cual la noción de un Estado como mero instrumento al servicio de la libertad de los individuos y, por tanto, "desidealizado", es frontalmente rechazado, por no ser apto para plasmar la esencia ontológica del poder del pueblo como totalidad histórica. Exponente paradigmático de esta concepción es Karl Larenz, quien, desde su "concepción metafísica del Estado", rechaza el punto de partida liberal afirmando que "el Estado es la unidad de voluntad histórica del pueblo", y esa unidad de voluntad viene dada por la "estructura espiritual trascendente al individuo... en la que el pueblo se autoconcibe como 'vivencia y destino'". Desde esta comprensión, el fin del Estado no es la protección de la libertad individual, sino "traer a expresión objetiva el espíritu moral vivo en el pueblo".<sup>277</sup> Y no otro cometido tendrá el derecho. Así, para el Welzel de 1935 —año de la publicación de dicha obra—, la ciencia del derecho no puede quedarse en ese "neutralismo valorativo", sino

<sup>274</sup> Conf. p. ej., BERLIN: *Las raíces del romanticismo*, pp. 73 y ss. Paradójicamente, como han destacado algunas de las tesis que han intentado "explicar" el Holocausto, el mayor monstruo que la racionalidad técnica y orientada a fines ha engendrado ha sido precisamente el genocidio nazi. Sabido es que en esa dirección corren las críticas a la Ilustración de Adorno. Una reciente revalidación de dichas tesis pueden verse, p. ej., en Z. BAUMANN: *Modernidad y holocausto*, pp. 7 y ss., y *passim*.

<sup>275</sup> Conf. WELZEL: *Naturalismus*, pp. 49-50.

<sup>276</sup> Ídem, p. 50.

<sup>277</sup> LARENZ: *Rechts- und Staatsphilosophie*, pp. 104 y 105. Sobre esa concepción de Larenz, más ampliamente, ALCÁCER GUIRAO: *Los fines del derecho penal*, pp. 61 y ss.

que debe llevar a cabo una misión política. "En la indagación de los concretos valores de la situación histórica en lo que consiste la eminente misión 'política' de la ciencia y en especial de las ciencias de la cultura. Atribuir una misión 'política' a la ciencia no significa otra cosa que orientarla desde un mundo irreal de los conceptos hacia las necesidades concretas de la situación histórica, que dé el 'verdadero' sentido, es decir, válido en la realidad, al destino actual de la comunidad estatal del pueblo".<sup>278</sup> Para ello, debe partirse de los "órdenes concretos de la vida", pero no basado en la perspectiva individualista y técnica del positivismo, sino que "deben ser aprehendidos en su unidad global, en la cual acceden a su realidad (...) esto es, en la comunidad del pueblo con las necesidades de la concreta situación histórica, las cuales, en el campo jurídico, encuentran su sedimento en la voluntad manifestada del *Führer*, esto es, en la ley".<sup>279</sup>

Tras esta digresión histórica debería quedar claro el riesgo en que incurre Lesch al acoger acríticamente, y casi en sus mismos términos, las objeciones al "naturalismo" de Welzel, siendo en realidad el fondo de la discusión de carácter ideológico, y radicalmente antiliberal, y no metodológico. Y lo mismo podría decirse de su recepción de Hegel. A este respecto, Lesch debería haber hecho caso de la advertencia de Frommel: "Hay que esperar que en el futuro los bosquejos históricos que acogen acríticamente la terminología de Welzel, como por ejemplo el reproche de 'naturalismo', pierdan fuerza de convicción, porque no puede uno declararse partidario ingenuamente de la 'superación del neutralismo y valorativo', cuando está claro que la tendencia que favoreció tal 'superación' comenzó en los años '30'".<sup>280</sup>

A pesar de todo, y volviendo al objeto central de estas páginas, debe decirse que Lesch parece admitir cierta compatibilidad, siquiera frágil, entre la teoría del bien jurídico —tal como aquí se entiende— y una aproximación normativa —no "naturalista"— del derecho penal. Así, parece conceder que el concepto del bien jurídico acogido por Welzel, en la medida en que remi-

<sup>278</sup> WELZEL: *Naturalismus*, p. 87.

<sup>279</sup> Ídem, p. 105. Sobre las —evidentes— tendencias filonazis de Welzel en esa época, véase: MÜNCHEN: *Interpretationsentwicklung*, pp. 365 y ss.

te a su función para su titular, implicaba ya un giro en la perspectiva metodológica, y un acercamiento al sentido social, y no a la naturaleza, de la concepción del delito.<sup>281</sup> Será, entonces, esta senda —la del concepto de bien jurídico— la que tomaremos a continuación para, aprovechando ese resquicio dejado por Lesch, rebatir las críticas al "naturalismo" del concepto de delito como lesión de bienes jurídicos. Después retomaremos la oposición entre persona y sociedad para plantear qué ha de entenderse por "lesividad social". Y será en un epígrafe posterior —el dedicado a las implicaciones dogmáticas—, aunque ya en éste adelantemos algunos aspectos relevantes para la discusión, cuando nos plantearemos las consecuencias dogmáticas de ese confuso binomio del "naturalismo" y "normativismo", el cual irá referido en ese ámbito a la construcción conceptual de las categorías del delito, y a la mayor o menor referencia fáctica y descriptiva de los conceptos.

Como hemos visto, gran parte de las objeciones que este sector doctrinal emite contra el concepto de lesión de bien jurídico se apoyan en una larga tradición que, desde los años '30, ha venido rechazando la idea del "dogma causal" en la definición del hecho punible, afirmando que ello responde a una metodología naturalista ya superada. Dicha repulsa del naturalismo va dirigida tanto a la noción empírico-causal de la lesividad, como al propio concepto de bien jurídico en tanto objeto protegido por el derecho penal. Con relación a este último aspecto, es sabido que ya H. Mayer arremetió duramente contra una línea naturalista que "entiende el mundo de una manera un tanto primitiva como un ser de objetos. El delito es la modificación del mundo así imaginado. El mundo social de los valores, por así decirlo, una gran aula de física donde todos los objetos permanecen en su sitio. El delincuente se erige en indeseable experimentador con uno de esos objetos, interviniendo de ese modo en el mundo de los objetos".<sup>282</sup> Las consideraciones críticas de Mayer a esa concepción atomizada y 'objetual' del mundo de lo valorado por el derecho apenas dista de la que actualmente emplea Jakobs, cuando pone de manifiesto que la identidad normativa de la sociedad no se establece a partir de

objetos o estados naturalísticos, sino a partir de normas,<sup>283</sup> con la diferencia material —y políticamente determinante— de que, desde la perspectiva del primer autor citado el ámbito de lo jurídico-social se concebía en torno a valores morales, emanados del *status quo* moral dominante en la comunidad del pueblo, y en Jakobs lo jurídico-social se concibe en torno a comunicaciones formalizadas por el derecho positivo —normas jurídicas.

Detengámonos en el concepto del bien jurídico, y en sus críticas. A mi juicio, ese tipo de objeciones, que acusan de naturalista a toda concepción material del bien jurídico, adoptan una perspectiva demasiado unilateral. Como ha afirmado Amelung, las críticas al naturalismo de tal concepto parecen olvidar que tal noción de bien jurídico está integrada tanto por un componente fáctico, perteneciente al mundo exterior a lo jurídico, como por un componente de valor, fruto de una decisión normativa.<sup>284</sup> En palabras de Mir Puig, "un bien es siempre algo más que una cosa": "los bienes... son las cosas más el valor que se les ha incorporado";<sup>285</sup> no es sólo el objeto, es el objeto *valorado*. Precisamente, la gran ventaja de esta forma de entender el bien jurídico es que traza una clara línea de demarcación entre el objeto valorado y la valoración misma de la acción, entre lo valorado —y protegido— por la norma y la norma misma. Y la atención del derecho penal no se dirige, en absoluto, hacia una cosa, sino hacia una cosa *valorada*; así, objeto de protección no es la vida como mero hecho físico —ello es, en rigor, irrelevante para el derecho penal—, sino la "vida" como un fragmento de la *realidad socio-jurídica*, y no naturalística, emanada de determinada *decisión normativa intersubjetiva*.<sup>286</sup> De manera similar resalta ese hecho Mir Puig: "la realidad de la vida no constituye, en cuanto tal, un 'bien' jurídico, sino que, como mero dato biológico, todavía no encierra en sí mismo conceptualización axiológica alguna, es valorativamente neutra".<sup>287</sup>

<sup>283</sup> JAKOBS: *ZStW* 107 (1995), p. 848.

<sup>284</sup> AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, p. 187.

<sup>285</sup> MIR PUIG: *Objeto del delito*, p. 765, citando a Frondizi (= *PG*, 6/38).

<sup>286</sup> En similar sentido, AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, pp. 192-193; PAPAGEORGIOU: *Schaden und Strafe*, p. 91.

<sup>287</sup> MIR PUIG: *Objeto del delito*, p. 765.

Todo ello quiere decir que, epistemológicamente, la perspectiva desde la que el derecho contempla el bien jurídico (y a su lesión) no es la observación naturalística, perteneciente al ámbito del ser, sino desde un proceso de decisión normativo, perteneciente al ámbito del deber ser. No estamos en el ámbito de la naturaleza, sino en el de la interpretación de sentido. Expresado desde los presupuestos sistémicos, mientras que el dato físico de la vida pertenecería al entorno del sistema social, el bien jurídico "vida" puede perfectamente ser entendido como una realidad propia de los procesos comunicativos —normas— que regulan el sistema social, con la única diferencia metodológica —pero dogmáticamente determinante— de que desde la perspectiva del bien jurídico no se atiende directamente a la norma jurídica; esto es, a la *valoración* de la realidad social, sino a la realidad social *valorada*, modificación de perspectiva que en absoluto altera el plano axiológico, institucional,<sup>288</sup> normativo, de contemplación. Como algún sector doctrinal ha puesto de manifiesto, lo cierto es que entre la concepción de Jakobs y la concepción clásica del bien jurídico, correctamente entendida, no existen, desde ese plano epistemológico, grandes diferencias de fondo.<sup>289</sup> De hecho, el mismo Jakobs viene a afirmar que su concepción no se trata sino de un "rodeo normativo",<sup>290</sup> y reconoce que "lo cierto es que la configuración social se concreta por ámbitos de bienes".<sup>291</sup>

Pero no es sólo el concepto de bien jurídico el objeto de la crítica de Jakobs, sino que, esencialmente, dichas críticas van dirigidas sobre todo al concepto de *delito* como lesión de bienes jurídicos: El anatema de "naturalista" viene dado, como ya se mencionó, por el hecho de que el bien jurídico puede lesionarse tanto por una acción humana como por un fenómeno de la naturaleza, hecho que, ciertamente, no sería calificado como "delito", pero sí, ciertamente, podría describirse como "lesión de un bien jurídico". Y es por esta razón por la que el autor

<sup>288</sup> En el sentido que Searle da a ese término con su distinción entre hechos brutos y hechos institucionales. Conf. SEARLE: *La construcción de la realidad social*, pp. 28 y ss.

<sup>289</sup> Así, ROXIN: *AT*, 2/37; PEÑARANDA-SUÁREZ GONZÁLEZ-CANCIO: "Consideraciones", pp. 34 y 37; CUELLO CONTRERAS: *PG*, p. 56.

<sup>290</sup> JAKOBS: *AT*, 2/3.

<sup>291</sup> *Ídem*, 2/24.

alemán, en su cruzada normativista, aspira a plasmar ya en el concepto genérico de delito una fórmula sintética que incorpore la exigencia de lesión por un agente; y no sólo eso, sino además todos los criterios de imputación que permiten calificar dicha acción como un hecho penalmente relevante, incluida la culpabilidad.<sup>292</sup> En otras palabras, con el concepto material de delito no sólo se pretende abarcar la lesividad social, sino la completa *imputación* penal. Ello, como después reiteraré, se debe a que para Jakobs sólo un suceso lesivo imputable a un agente es socialmente lesivo. Así, el normativismo de Jakobs llega hasta el punto que, *dentro* del sistema penal, la misma noción de "acción", que tradicionalmente es considerada el primer nivel de la imputación y todavía neutralmente valorativa —si bien en absoluto "naturalística"— se equipara a la noción, no sólo de "delito" —que de cara a la participación o la legítima defensa suele entenderse como acción antijurídica—, sino de "hecho punible": el "concepto jurídico-penal de acción" es el de "asunción culpable de la competencia por una lesión de la vigencia de la norma".<sup>293</sup> Con ello, Jakobs, a fuerza de "hipernormativizar" el contenido del concepto de delito, llega a una noción abstracta y formal, inservible para la labor dogmática.<sup>294</sup>

Pero no es momento ahora para entrar en consideraciones acerca del ámbito intrasistemático del concepto de delito. Baste decir que, ciertamente, el concepto manejado por Jakobs posee un mayor grado de normativización que el tradicional, dado que se desprende en mayor medida de referentes descriptivos y fácticos, y se conforma exclusivamente a partir de criterios adscriptivos de responsabilidad. Ello no implica que la noción de lesión de un bien jurídico sea "puramente" naturalística —expresable bajo un lenguaje meramente descriptivo—: como ya hemos mencionado, a esa fórmula subyace una pres-

<sup>292</sup> Conf. JAKOBS: *El concepto jurídico-penal de acción*, pp. 101 y ss. También LESCH: *RDCP*, 1996, p. 268: "La imputación penal no sirve para construir una vinculación entre hecho y autor, sino para establecer qué es en realidad un hecho".

<sup>293</sup> JAKOBS: *El concepto jurídico-penal de acción*, p. 124.

<sup>294</sup> Conf. ya ALCÁCER GUIRAO: *La tentativa inidónea*, p. 316. El mismo MÜSSIG: *Rechtsgüterschutz*, n. 143, reconoce ese carácter formal. Sobre ello vuelve-

cripción —un lenguaje prescriptivo—, en tanto estamos ante una valoración de la realidad fáctica, y toda valoración presupone una *decisión*. La diferencia con el concepto de Jakobs podría, en suma, expresarse en los siguientes términos: *mientras el concepto de lesión del bien jurídico remite a la valoración de un estado de cosas* —por lo que, dado que remite a un "resultado", puede desvincularse de una acción humana—, *el concepto de delito como quebrantamiento de la vigencia de la norma conlleva ya una valoración de la propia acción*. Ambos implican un lenguaje prescriptivo, pero, dado que sólo de las acciones humanas —mejor: de los agentes—, puede predicarse responsabilidad, el de Jakobs remite además a un uso *adscriptivo* del lenguaje, en la medida en que incorpora ya los criterios de atribución de responsabilidad penal,<sup>295</sup> si bien a costa de esa mayor abstracción. Como luego pondré de manifiesto, considero que sólo bajo la referencia a un sustrato fáctico, "naturalista", si así quiere llamarse, pueden los conceptos jurídicos resultar fructíferos para la labor dogmática.

Aclarado, que no agotado, este aspecto, retomemos la argumentación donde la habíamos dejado. En relación con esa peyorativa contemplación del bien jurídico como un objeto estático, desvinculado, según sus críticos, de las relaciones dinámicas de la vida social, conviene comenzar a perfilar más detalladamente el concepto aquí defendido de bien jurídico, incidiendo en la vertiente *funcional* inherente al mismo, la cual ha sido puesta de relevancia por un sector doctrinal<sup>296</sup> —también por Jakobs—<sup>297</sup> y que fue desarrollada ya por Welzel. "La realidad social del derecho es —afirmaba Welzel— ... completamente distinta: en realidad sólo hay bienes jurídicos, si y en tanto estén en 'función'... La vida, la salud, la libertad, la propiedad, no están simplemente 'ahí', sino que su ser consiste en 'estar en función', es decir, en la medida en que desempeñen y

<sup>295</sup> Sobre las diferencias entre un uso descriptivo, prescriptivo y adscriptivo del lenguaje, conf. HRUSCHKA: *Strafrecht*, pp. 424 y ss. Respecto del análisis pragmático del lenguaje, y de su relevancia para el derecho penal, me permito remitir a una próxima obra de quien esto escribe, que se halla todavía en fase de preparación, bajo el título provisional de *El lenguaje de la responsabilidad*.

<sup>296</sup> Conf. RUDOLPH: *Hontq-FS*, p. 163.

sufran efectos en las relaciones sociales".<sup>298</sup> Entendido así, como "unidad funcional de lo social"<sup>299</sup> o como "posibilidad de participación en la sociedad",<sup>300</sup> la noción de bien jurídico no sólo puede insertarse en la comprensión dinámica y comunicativa propia de los procesos de interacción social, sino que además permite establecer una vinculación inmediata con la titularidad esencialmente *personal* de los intereses representados, algo que parece más difícil en las concepciones que sitúan al ordenamiento jurídico o a la estructura social como 'superbien' a proteger.<sup>301</sup>

#### 1.4. Bien jurídico personalista y lesividad social

Al hilo de estas consideraciones, es preciso, para dar una caracterización más nítida de ese carácter personalista que postulábamos con anterioridad, prestar atención a las críticas de los detractores del bien jurídico que giran en torno a la idea del daño *social* que produce el delito, afirmando que la protección de bienes jurídicos impide otorgar ese carácter al delito. La idea de la lesividad social fue acuñada por el liberalismo ilustrado, y lo que con ello se pretendía era establecer una clara frontera entre las acciones que conllevaban un daño real para las condiciones esenciales sobre las que se asentaba la comprensión liberal de la sociedad y las acciones que constituían meras desviaciones de la moral colectiva, sin relevancia intersubjetiva: sin relevancia social.<sup>302</sup> Pero esa lesividad social venía centrada en la idea del *harm to others*, del daño a la esfera de libertad personal. Desde esa doctrina política, la comprensión de la sociedad se organizaba, por medio de la figura del

<sup>298</sup> WELZEL: "Studien", p. 140 (entrecomillados en el original).

<sup>299</sup> RUDOLPHI: *Hontg-FS*, p. 163; JAKOBS: *AT*, 2/15; LAURENZO CÒPELLO: *El resultado*, p. 150.

<sup>300</sup> MIR PUIG: *Introducción*, p. 85, siguiendo a Callies.

<sup>301</sup> KARGL: "Rechtsgüterschutz", pp. 61-62, nota 41, p. ej., objeta a las referencias directas al ordenamiento jurídico como objeto de protección el abandonar el referente personal propio de los bienes jurídicos, si bien atribuye a esa oposición consecuencias desmesuradas.

<sup>302</sup> Conf., p. ej., SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 269: "La idea de dañosidad social se halla especialmente marcada por su finalidad coyuntural: concretamente, la de excluir del ámbito jurídico-penal los hechos meramente inmorales".

contrato social, en torno a los intereses individuales; el Estado, y el derecho penal como su extensión, sólo estaba legitimado para mantener inalterada la esfera de libertad establecida por los firmantes del contrato. En otras palabras, esas condiciones esenciales de la sociedad liberal no eran sino los derechos subjetivos de las personas, de forma que sólo las acciones que los lesionaran serían "socialmente lesivas". Ciertamente, desde esta comprensión el delito podría caracterizarse como el "quebrantamiento de las condiciones del pacto social" —llegándose, entonces, al mismo grado de abstracción que en el modelo de Jakobs—;<sup>303</sup> pero ese pacto social, como el Estado, sólo era un medio, y no un fin en sí mismo, para establecer y mantener un marco de protección de la libertad negativa de los individuos. En suma, como lo muestra la concepción de Feuerbach, lo protegido eran los derechos subjetivos, los intereses esenciales de las personas.

En este sentido, dicho "quebrantamiento de las condiciones del pacto social" sólo se daría cuando se produjera la vulneración de un derecho subjetivo; concepción que, en realidad, no distaría demasiado de la noción de lesión de bienes jurídicos, ni valorativamente, ya que ésta puede entenderse como una concreción dogmática de aquél, ni metodológicamente, una vez desprovisto el bien jurídico de esa pátina naturalística. La lesividad social no sería, entonces, sino la lesión de un derecho

<sup>303</sup> No obstante, para Lesch —en aras de erigir su concepción en la única de la que puede predicarse un verdadero "normativismo"—, reduce también la lesión de un derecho subjetivo, o la misma idea de la "lesión del derecho", al mundo de la naturaleza: "El naturalista Feuerbach definía la perturbación que interesa al derecho penal no como algo *ideal* sino *material*, es decir, como una "ofensa" o como una lesión del derecho, como una perturbación de la esfera externa de libertad de otra persona o, expresado en la terminología hoy habitual, como la lesión externa y causal de un bien jurídico" (Lesch: RDCP, 1996, p. 261). Lesch coincide con lo que aquí afirmado en lo tocante a la equiparación entre lesión de un derecho subjetivo, de esa "esfera de libertad ajena", y lesión de un bien jurídico; si bien por razones distintas. Si ya hemos mencionado que un "bien jurídico" no pertenece al mundo de la naturaleza, afirmar, como hace Lesch, que términos como "lesión del derecho" o "esfera de libertad" son naturalísticos es sencillamente falso. Cierto es que esa lesión ha de poseer un *substrato* fáctico, consistente en la lesión de un objeto o estado de cosas; pero ello de igual modo que para el quebrantamiento de la vigencia de la norma. Después viviremos sobre este aspecto.

subjetivo. No obstante, Amelung pretende retomar una noción similar a esa originaria lesividad social de la Ilustración, ese "quebrantamiento del pacto social", precisamente bajo la objeción de que la noción del bien jurídico no alcanza a plasmar ese carácter social de lo delictivo, por un lado, y en atención a la ausencia en él de límites a la incriminación, por otro; para lo que se sirve del bagaje teórico de la teoría funcionalista sistémica. Sólo desde ella, dado que concibe la sociedad como un ente autónomo, viene a sostener que puede obtenerse una caracterización de esa trascendencia social de lo lesivo.<sup>304</sup> Veamos si esa intención resulta fructífera.

Para tomar postura frente a esta concepción, es preciso ante todo poner de manifiesto las implicaciones políticas colectivistas que la sociología sistémica puede conllevar en un ámbito esencialmente valorativo como es el derecho penal. Ello se da indudablemente, como ocurre en ciertas posturas comunitaristas derivadas del funcionalismo sociológico, cuando lo que no es sino un método de análisis: de contemplación, se convierte, expresa o implícitamente, en un criterio de decisión: de valoración.<sup>305</sup> Así ocurre —como acontece en los casos de Tönnies o Durkheim y sus inclinaciones ideológicas por la "comunidad" y la "solidaridad mecánica", respectivamente— cuando esa referencia al sistema social se entiende no en forma intersubjetiva, como conjunto de individuos —o de interacciones comunicativas entre personas, si se quiere—, sino en forma "objetiva", sustancializando la noción de sociedad en un organismo, en un macrosujeto trascendente a los individuos consistente en una identidad moral colectiva. En otras palabras, y por decirlo así, cuando la "sociedad" degenera en "comunidad". Los peligros que ello conlleva son conocidos: funcionalización de garantías individuales en aras del todo social y, lo que no es más que una consecuencia de lo anterior, subjetivación y anticipación de los márgenes de lo punible, ya que los valores morales se "lesionarán" ya con actitudes morales. Pero esa traslación de la observación a la decisión, de la sociología a la política, puede darse también cuando, como acontece con Amelung, aun sin identifi-

<sup>304</sup> Conf. AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, pp. 16 y ss., 330 ss., y *passim*.

<sup>305</sup> Sobre ello, y sobre lo siguiente, remito a ALCÁCER GUIRAO: *NDP*, 1998, pp. 404-

car el sistema social con el *ethos* moral dominante, parece otorgarse al interés en la pervivencia del sistema social en cuanto tal un carácter prioritario respecto de los intereses individuales.<sup>306</sup> No otra es la *potencialidad* política antiliberal que siempre se ha objetado a la concepción sistémica.<sup>307</sup> En efecto, inherente a la *racionalidad sistémica* es la ausencia de criterios deontológicos, en el sentido de no funcionalizables en atención a la búsqueda de fines, ya que según ella todo hecho social se procesa teleológicamente: según el código binario de lo funcional o disfuncional para el sistema.<sup>308</sup> Ello puede traer implicaciones no sólo para la relación entre prevención y garantías, sino también para la propia concepción de la lesividad. Amelung se ve obligado a reconocerlo, cuando afirma que en su concepción, "por un lado, la lesividad social del daño a un individuo no será concebida desde la perspectiva del individuo, sino desde la perspectiva de la sociedad. Desde la concepción aquí mantenida, el contenido del postulado de que el derecho penal debe proteger las condiciones de la vida en común de los hombres no significa que deba ser protegida la persona como tal, sino que ha de ser protegida en aras de la sociedad".<sup>309</sup> Por otro

<sup>306</sup> Ese tránsito del ser al deber ser viene reflejado en la siguiente afirmación de LÓPEZ CALERA: "Funciones", p. 462: La sociología de sistemas "ha tratado de hacer un análisis del funcionamiento del derecho eliminando toda referencia a valores, para volver luego a atribuirle un sentido de valor con el criterio funcional de la autojustificación del sistema o de su conservación".

<sup>307</sup> El mismo AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, p. 261, se hace eco de esas implicaciones políticas.

<sup>308</sup> Algo similar podría significar, en el ámbito de los límites valorativos de legitimación, la afirmación de LUHMANN: *Rechtssoziologie*, p. 266, de que la idea de la legitimidad ha de entenderse funcionalmente, de forma que ya no puede concebirse como un criterio de justificación externo al sistema político, sino como una prestación de él. Por otra parte, la concepción liberal del fin de la sanción en Luhmann: regulación externa de expectativas, no tiene por qué implicar necesariamente que ese talante liberal se prolongue también a la cuestión relativa a los criterios de justicia o de distribución de esa pena. Lo mismo ocurre con Jakobs: si bien su fin de la pena o del derecho es, a mi modo de ver, perfectamente legítimo, no lo es la concepción exclusivamente funcional de la culpabilidad que mantiene, es decir, los criterios de distribución de la pena. El origen en ambos es el mismo: dentro de un *funcionalismo* sistémico no cabe la introducción de *límites* no funcionalizables.

<sup>309</sup> AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, pp. 388-399. Lo que tendrá implicaciones directas, como el mismo autor (p. 389, nota 167), resalta, sobre el consentimiento en la lesión de bienes jurídicos personales, ya que la titularidad no corresponde al individuo, sino al sistema.

lado, "la seguridad de la persona, tras lo acabado de decir, no representa el único problema de estabilidad del sistema social. Ya que cada solución de problemas conlleva sus 'costes', es factible que un problema del sistema sea resuelto a costa de la protección de la persona, en caso necesario a través del sacrificio de la existencia del individuo".<sup>310</sup> Como el mismo Amelung se ve obligado a reconocer a continuación, "ambas implicaciones no son compatibles con el principio liberal del valor inherente a la persona",<sup>311</sup> con lo que la pretensión originaria de Amelung de reconducir la lesividad social del liberalismo ilustrado se ve traicionada por la aplicación de la teoría sistémica. Y para evitar esas consecuencias, el autor alemán queda obligado a introducir límites garantísticos *externos* a esa racionalidad sistémica,<sup>312</sup> emanados de la Constitución, con el fin, precisamente, de modificar su teoría de la lesividad social por una teoría de la "lesividad individual colectiva",<sup>313</sup> y además, a mantener el criterio del bien jurídico como herramienta fundamental para la labor dogmática. Tras esta obligada reformulación de su concepción, tanto en el aspecto dogmático como en el político-criminal, no puede sino concluirse que la pretensión de Amelung de recuperar las implicaciones de la lesividad social propias del primer liberalismo a través del instrumento de la teoría de sistemas ha de considerarse fracasada. O, expresado más prosaicamente, que para ese viaje no hacían falta las alforjas sistémicas, ya que, y ésa es la conclusión que puede sacarse de estas consideraciones, la teoría del bien jurídico correctamente entendida está mejor capacitada para plasmar con fidelidad los postulados del liberalismo político.<sup>314</sup> Es significativo a este respecto, el hecho de que Jakobs, desde el ámbito de la criminalización, rechace expresamente la sustitución del criterio del bien jurídico por el de la lesividad social para determi-

<sup>310</sup> Ídem, p. 389.

<sup>311</sup> Íbidem.

<sup>312</sup> Sobre la "racionalidad sistémica", y su radical desencuentro con la "racionalidad valorativa", conf. ALCÁCER GUIRAO: *NDP*, 1998 pp. 403 y ss.

<sup>313</sup> AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, pp. 390-391.

<sup>314</sup> Críticos, en general, con la postura de Amelung, OCTAVIO DE TOLEDO: *Sobre el concepto*, pp. 340 y ss.; NEUMANN-SCHROTH: *Neuere Theorien*, p. 112; HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico*, pp. 110 y ss.; ROXIN: *AT* 2/33; CUELLO CONTRERAS: *PG*, pp. 52-53, incluyendo en la crítica la postura similar de Gómez Benítez.

nar lo criminalmente lesivo, precisamente por el riesgo que ello conlleva de relativizar el valor de los intereses del individuo dentro del sistema social.<sup>315</sup> Con respecto a la concepción de Amelung, debe compartirse su idea, en la que después insistiremos, de que la lesividad del delito, incluso la de los que atentan contra bienes personales, no se agota en el menoscabo de la esfera de libertad del ciudadano, sino que conlleva también una *ultertor* —y dependiente de la primera— afección intersubjetiva; consistente en un menoscabo de la seguridad, de la confianza en el respeto de las normas, que debe ser tenida en cuenta a la hora de configurar el merecimiento y necesidad de pena del hecho punible. Pero esa vertiente social no es adecuada de cara a la decisión la de criminalización de conductas, por cuanto se corre el riesgo de otorgar la prioridad axiológica al colectivo social frente a la libertad de la persona.

La imagen central del liberalismo político, como es sabido, es la idea del contrato social, desde el cual se ofrece un criterio procedimental de legitimación de instituciones públicas centrado en la decisión racional de los ciudadanos, por cuanto son éstos, y no una instancia superior, los que decidirán bajo condiciones de imparcialidad el ámbito de libertad de que han de disfrutar.<sup>316</sup> Por ello, y porque puede entenderse como "una gran metáfora de la democracia",<sup>317</sup> puede ser un instrumento adecuado para la legitimación de las normas del derecho penal.<sup>318</sup> Desde luego, no pretende con ello entrar a valorar cuál sería el espectro de bienes jurídicos que desde ese criterio procedimental de legitimación habrían de considerarse justificados en una sociedad liberal y democrática; pero, a partir de sus presupuestos, sí puede formularse esa fundamentación personalista del mismo concepto de bien jurídico, que vendría derivada de la premisa liberal de "legitimar la acción del Estado desde el punto de vista de la persona".<sup>319</sup> Para el liberalismo

<sup>315</sup> Conf. JAKOBS: AT, 2/24.

<sup>316</sup> Sobre la figura del contrato social, conf. especialmente RAWLS: *Teoría de la Justicia*, pp. 29 y ss.; KOLLER: *Weinberger-FS*, pp. 241 ss.; HASSEMER: *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, p. 31.

<sup>317</sup> FERRAJOLI: *Derecho y razón*, p. 883.

<sup>318</sup> Ello ha sido resaltado en ALCÁZAR GUIRAO: *Los fines del derecho penal*, pp. 146 y ss., 216 ss.

<sup>319</sup> HASSEMER-MUÑOZ CONDE: *Introducción*, p. 109; HOHMANN: GA, 1992, p. 77.

político, la imagen del ciudadano que suscribe dicho contrato, es la de una persona racional, interesada en su propia libertad, y razonable, entendido este atributo como una tendencia a la cooperación social a través del mantenimiento de lo pactado.<sup>320</sup> Ello implica, de una parte, que dado ese interés prioritario en su propia libertad, el ciudadano sólo estaría dispuesto a restringir un ámbito de libertad, comprometiéndose a sancionar y respetar determinadas normas de conducta, cuando ello conllevara, en una ponderación global, un aumento de su libertad.<sup>321</sup> Es decir, las normas que estaría dispuesto a acordar serían exclusivamente aquellas que protegieran esferas de libertad ajenas; o, más genéricamente, que permitieran el libre desarrollo de sus fines personales en la sociedad. En cambio, no sancionaría las normas que restringieran su libertad a cambio de la protección de bienes desvinculados de dichas condiciones de libertad personal, por cuanto el saldo de intereses no sería racional, al verse restringida su libertad a cambio del mantenimiento de determinados hechos sociales —como una determinada moral sexual, o una determinada religión, o un determinado y difuso clima social— que no ampliarían la libertad de todos.<sup>322</sup> De modo similar, manifiesta Kindhäuser la posibilidad de derivar de estos presupuestos la noción de bien jurídico: “El concepto del bien jurídico puede derivarse sin tensiones de una teoría de la justicia contractualista. Según esta concepción, bienes jurídicos son los atributos de los hombres, objetos e instituciones que sirven al libre desarrollo personal, los cuales son merecedores de protección desde el principio de la más beneficiosa coexistencia universal en libertad”.<sup>323</sup>

<sup>320</sup> RAWLS: *Teoría de la justicia*, pp. 37 y 172; BAURMANN: “Strafe im Rechtsstaat”, pp. 116 (si bien acentuando el carácter lo racional en detrimento de lo razonable). Sobre el concepto liberal de persona, conf. ampliamente ALCÁCER GUIRAO: *Los fines del derecho penal*, pp. 152 y ss.

<sup>321</sup> Ello se corresponde con el principio rawlsiano: “La prioridad de la libertad puede ser solamente restringida en favor de la libertad en sí misma”. Conf. RAWLS: *Teoría de la justicia*, p. 280. Véase también GÜNTHER: “De la vulneración de un derecho...”, p. 490, remitiendo ese principio a los orígenes del planteamiento liberal en su recepción por Feuerbach.

<sup>322</sup> En esta línea, p. ej., BAURMANN: “Strafe im Rechtsstaat”, pp. 128, si bien desde la perspectiva de los fines de la pena.

<sup>323</sup> KINDHÄUSER: GA 1989, p. 496.

Desarrollemos brevemente esa idea, confrontándola con las líneas de crítica que suelen efectuar los críticos al bien jurídico.

De una parte, con respecto a la crítica de que la concepción basada en el bien jurídico presupone una sociedad de individuos aislados, debe oponerse que una noción dinámica del bien jurídico, tal como aquí se sostiene, viene dada precisamente a partir de ese criterio de legitimación basado en la *cooperación intersubjetiva* propia del contrato social, desde la cual el ámbito de libertad y autonomía de la persona se enmarca en un entramado de relaciones dinámicas entre los ciudadanos, o, si se quiere, entre cada ciudadano con la sociedad. Como se ha puesto de manifiesto, "dado que el fin del derecho en una democracia es el aseguramiento de la integración social a través del acuerdo sobre esferas de libertad para el desarrollo personal, los bienes jurídicos se configuran como las condiciones de participación, orientada al acuerdo, en la integración social justa e igualitaria. Brevemente: los bienes jurídicos son condiciones de la participación social".<sup>324</sup> Por ello, en la protección de bienes jurídicos "no se trata del aseguramiento de bienes de individuos aislados, sino del aseguramiento de bienes en procesos sociales 'juridificados', es decir, de garantizar las condiciones bajo las cuales el individuo pueda ostentar su papel en la coordinación social de acciones"; en suma, "protección de bienes jurídicos significa la protección de las bases para el libre desarrollo de individuo bajo el aspecto de su participación igualitaria en la interacción social orientada al acuerdo".<sup>325</sup>

De otra parte, y frente a los que objetan a esta concepción un excesivo "individualismo", debe ponerse de relevancia el hecho de que una concepción personalista no está reñida con la legitimación de bienes jurídicos de naturaleza supraindividual, cuya titularidad no pertenezca a la persona individual sino a la sociedad o al Estado.<sup>326</sup> Ello se debe a que para el desarrollo de las condiciones de participación social del individuo no sólo será precisa la protección inmediata de los bienes inmediatamente circunscritos a la libertad personal, sino asimismo la

<sup>324</sup> KINDHÄUSER: "Rationaler Rechtsgüterschutz durch Verletzungs- und Gefährdungsverbote", p. 264; en similar sentido, KARGL: ARSP 1996, p. 496.

<sup>325</sup> KINDHÄUSER: "Rationaler Rechtsgüterschutz durch Verletzungs- und Gefährdungsverbote", p. 264.

<sup>326</sup> En igual sentido, HASSNER: Arthur Kaufmann-FS, p. 92.

protección *mediata* de ellos a través de la tutela de estadios intermedios de la organización social (bienes jurídicos "intermedios", cuya *ratio* radica en una anticipación de la tutela penal de bienes personales, siendo el centro de la discusión no el ámbito de bienes a proteger, sino la técnica de protección), así como la protección de instituciones públicas, los cuales pueden configurarse como bienes jurídicos supraindividuales (bienes jurídicos "institucionales"). Así, bienes jurídicos como la hacienda pública, la administración de justicia, o el medio ambiente pueden perfectamente ser legitimados desde estos presupuestos, en la medida en que su mantenimiento abre espacios de libertad social para el ciudadano. Ya ha sido mencionado que desde una perspectiva liberal, el núcleo axiológico radica en el ciudadano, y no en la sociedad o el Estado. Estado y sociedad, así como las estructuras que los sostienen y legitiman, son entendidos no como fines en sí mismos, o *prius* normativos, sino como medios intersubjetivos para el desarrollo de la persona en sociedad;<sup>327</sup> es decir, como *bienes públicos* de naturaleza instrumental, que deben ser protegidos y mantenidos siempre que aparezcan legítimos en tanto satisfagan las exigencias de justicia —básicamente: libertad e igualdad—<sup>328</sup> emanadas del contrato social.<sup>329</sup> Ello se deriva del atributo de lo razonable que mutuamente se atribuyen los miembros de una sociedad democrática y liberal, consistente, como habíamos mencionado, en una tendencia a la cooperación. De este modo, la cooperación intersubjetiva, el establecimiento de relaciones estables de entendimiento y respeto interpersonal, es el requisito fundamental de la estabilidad en una sociedad democrática.<sup>330</sup> Tal es la idea de fondo en la concepción de Rawls cuando define la sociedad liberal como una "empresa cooperativa justa entre ciudadanos libres e iguales para el beneficio mutuo".<sup>331</sup>

<sup>327</sup> Ídem, p. 91.

<sup>328</sup> Conf. RAWLS: *Teoría de la justicia*, pp. 82 y ss., pp. 598 y ss.

<sup>329</sup> Así, p. ej., FORST: *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 178.

<sup>330</sup> Sobre la cuestión de la estabilidad en una sociedad democrática es fundamental BAURMANN: *El mercado de la virtud, passim*. Véase también ALCÁCER GUIRAO: *Los fines del derecho penal*, pp. 167 y ss., 236 y ss. En similar sentido, manifiesta GÜNTHER: "Möglichkeit einer diskursethischen Begründung des Strafrechts", p. 210, que las actuales posiciones contractualistas (él opera con la ética del discurso habermasiana) no entienden la "subjetividad" como individualidad, sino como intersubjetividad.

<sup>331</sup> RAWLS: *Gerechtigkeit als Fairness*, p. 43.

Desde esa perspectiva, la valoración positiva de las instituciones públicas viene dada por su funcionalidad para la maximización de los intereses de la persona, por lo que su protección como bienes jurídicos sólo será justificada desde esa perspectiva personalista.<sup>332</sup> Ello, como digo, no implica un rechazo de los bienes institucionales —y, por ende, supraindividuales—, pero, en cualquier caso, su *fundamentación liberal* sí imprime determinadas exigencias en su conformación en cuanto bienes a proteger por la sanción penal. Así, su fundamento debe radicar en la protección última de las condiciones de desarrollo y participación social de los ciudadanos, de modo que sólo aquellas instituciones consideradas irrenunciables para ese desarrollo personal en la sociedad (administración de justicia, hacienda pública), y no otras que vayan más allá de ese interés, persiguiendo fines de mera cohesión o paz social (una determinada moral social, una determinada religión, protección de climas o afectos colectivos, etc.) podrán ser legitimadas desde esa perspectiva política. En suma, debe acogerse el imperativo político-criminal manifestado por Kindhäuser: "Los nebulosos bienes jurídicos universales deben reconducirse a la base de una concepción liberal del bien jurídico, según la cual sólo han de ser relevantes aquellas propiedades de personas, entidades e instituciones que constituyan palpablemente condiciones para el libre desarrollo personal en una sociedad".<sup>333</sup>

Con ello puede llegarse a una conclusión adicional, relativa a los fines del derecho penal. Como hemos dicho, en una concepción liberal y democrática actual, las instituciones que permiten ese libre desarrollo personal y la cooperación igualitaria son consideradas como bienes públicos, merecedores, por tanto, de protección. Desde esta perspectiva, un ordenamiento penal democrático, llamado a garantizar esa esfera de libertad y participación de los ciudadanos, puede erigirse en "bien jurídico-penal" (en un sentido metafórico o genérico) a proteger, en la línea de lo sostenido por Jakobs y Kindhäuser, siendo perfectamente compatible, como digo, con una concepción liberal del

<sup>332</sup> Conf. asimismo HASSEMER: *Arthur Kaufmann-FS*, 91, 92; KARGL: *ARSP*, 1996, p. 495, quien pone en relación la noción de bien jurídico como interés personal con el programa liberal de Rawls.

<sup>333</sup> KINDHÄUSER: *Universitas*, 1992, p. 234.

bien jurídico. En términos clásicos, y liberales, puede, en esta medida, afirmarse que el cometido del derecho es también la "protección del contrato social", siempre que se entienda correctamente, asumiendo que, dado que no es sino un medio para garantizar la libertad personal, la única justificación para proteger los términos del pacto social, esto es, la vigencia de las normas, es como medio para el fin ulterior, y primordial, de la protección de los bienes jurídicos. En estas páginas se parte de una tesis dualista acerca de los fines preventivos del derecho penal, basada en la *complementariedad* de la protección de bienes jurídicos y la protección de la vigencia y validez de las normas, encaminada hacia esa dirección, y que en un momento posterior explicitaremos.<sup>334</sup> No obstante, debe destacarse que una cosa es la descripción y fundamentación de los fines del derecho penal, y otra los fundamentos valorativos en materia de criminalización. A este respecto, la teoría de la prevención general positiva, siendo compatible con la presente versión de la teoría del bien jurídico —porque lo que protege son las normas de conducta que a su vez protegen éstos—, es "ciega" en lo relativo al ámbito de la criminalización. Y, de hecho, *debe ser ciega*, ya que de lo contrario se corre el riesgo de adoptar su perspectiva social, como en el caso de Amelung, en la determinación de los bienes protegibles, cayendo entonces en una decisión sustentada en presupuestos colectivistas. Es quizá debido a este aspecto por el que autores como Feijoo o Müssig —a quien el primero cita— postulan que "es preciso diferenciar entre la fundamentación de la función del derecho penal en la sociedad y la legitimación material de los distintos tipos de la parte especial", concluyendo que "la teoría de la prevención general positiva sirve para lo primero y la teoría de bien jurídico para lo segundo. Por tanto, ambas teorías no se contradicen, sino que se complementan".<sup>335</sup> En palabras del segundo autor citado: "La teoría de la prevención general positiva explica sobre todo la necesidad del derecho penal en la sociedad, sin que sea posible sobre dicha fundamentación realizar afirmación alguna

<sup>334</sup> Sobre ello, por el momento, remito a ALCÁCER GUIRAO: *La tentativa inútil*, pp. 329 y ss.; más ampliamente, el mismo, *Los fines del derecho penal*, pp. 244 y ss.

<sup>335</sup> FEIJOO SÁNCHEZ: *El Injusto penal*, p. 87.

sobre la configuración específica de la legislación penal. La teoría del bien jurídico versa sobre la comprobación de aquellos criterios que deben determinar la configuración específica y, por tanto, el contenido de la legislación. No se puede partir de la premisa de que la teoría de la prevención general positiva sustituye a la teoría del bien jurídico".<sup>336</sup>

Por ello, en suma, entiendo que la teoría del bien jurídico es una herramienta básica —a la que deberán unirse otros aspectos como la subsidiariedad, proporcionalidad, eficiencia, *ultima ratio*, etc.— e irrenunciable para el desarrollo de una teoría argumentativa en materia de criminalización. De otra forma: considero que la idea de un "principio de exclusiva protección de bienes jurídicos" sigue siendo válida en la discusión político-criminal, si bien no como criterio positivo o suficiente de legitimación, sí en todo caso como criterio negativo o necesario.<sup>337</sup> Pero ello será así, como ya adelanté, siempre que la noción de bien jurídico se conforme en virtud de una línea política e ideológica uniforme. A estos efectos, creo que el liberalismo político aparece como la mejor opción, en la medida en que se halla en la base del ideal democrático actualmente plasmado en las constituciones occidentales, y en la medida en que ofrece un criterio restrictivo a la actual tendencia expansiva del *ius puniendi*.

## 2. El concepto dogmático de delito: lesión del bien jurídico

### 2.1. Introducción

Ya hemos tenido ocasión de poner de manifiesto que, en un sistema teleológicamente conformado, la concepción dogmática del delito debe configurarse en función de los fines asignados al derecho penal. Ello ha de llevarme a adelantar que, desde los fines aquí tenidos por válidos, el concepto de delito deberá plasmar tanto las implicaciones de la protección de los bienes jurídicos, como las derivadas del fin de protección de la vigen-

<sup>336</sup> Müssig: *Rechtsgüterschutz*, pp. 142 y ss. (citado según Feijoo, de quien, por tanto, tomo la traducción).

<sup>337</sup> En igual sentido, p. ej., HASSEMER-MUÑOZ CONDE: *Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 112; HASSEMER: *Arthur Kaufmann-FS*, p. 88; HOLMANN: *GA*, 1992, p. 80.

cia del ordenamiento. Pero debe adelantarse también otra importante consideración: el concepto dogmático de delito debe estar llamado a satisfacer, además, importantes cometidos dogmáticos y político-criminales *dentro* de la teoría del delito, los cuales ya fueron mencionados en la introducción. Por ello, una variable ulterior a tener en cuenta para esa decisión radica también en determinar qué concepto de delito, de los dos posibles —lesión de bienes jurídicos o lesión de la norma— está más capacitado para ello; dado el carácter instrumental del sistema del delito, su construcción no puede obviar ese componente pragmático. Y, anticipo mi opinión, considero que la prioridad habrá de tenerla el primero de los citados. En cualquier caso, la perspectiva de la protección de la vigencia del ordenamiento no dejará de ser tenida en cuenta, por cuanto plasma el aspecto de lesividad intersubjetiva que también, indudablemente, caracteriza al delito.

Para proceder a esa defensa del concepto dogmático de delito como lesión de bienes jurídicos, seguiremos, al igual que en el epígrafe anterior, una trayectoria histórica, atendiendo esta vez, especialmente, a las críticas de índole metodológica que los críticos al "dogma del bien jurídico" han venido emitiendo contra dicha noción de delito. Así, comenzaremos por el tránsito de Feuerbach a Birnbaum, resaltando, frente a la exégesis mayoritaria, no tanto sus consecuencias extensivas en materia de criminalización, sino sus ventajas de cara a la construcción del sistema de imputación de responsabilidad. Esas ventajas serán puestas de manifiesto a partir de un contraste de la concepción de Birnbaum con la línea surgida por Hegel, contraste que vuelve a adquirir relevancia en la actualidad, debido a que algunos autores surgidos de la estela de Jakobs —incluido él mismo, aunque en menor grado— han intentado retomar sus presupuestos filosóficos para reconstruir un sistema alternativo al mayoritario basado en el bien jurídico, que puede reconducirse a Birnbaum. La discusión, expresado en términos sintéticos, discurrirá entre la opción por un delito como lesión de bien jurídico o un delito concebido como lesión de deber.

## 2.2. Feuerbach, Birnbaum, Hegel

Como ya ha sido puesto de manifiesto, Feuerbach, inspirado por la filosofía política kantiana, concibió el derecho penal

como fruto del contrato social, desde que aquél debe limitarse a defender la esfera de libertad negativa de los individuos, concretada en la figura del derecho subjetivo.<sup>338</sup> Esta determinación del objeto del delito, fructífera en el aspecto limitador de la incriminación de meras acciones inmorales, supuso, a juicio de Sina,<sup>339</sup> también una importante conquista liberal dentro de su función dogmática, en tanto en cuanto permitía cierta concreción de esa abstracta protección de la libertad en que se sostenía la razón de ser del Estado, desde los postulados del contrato social.<sup>340</sup> Desde dichas premisas, para Feuerbach el "primer principio del derecho punitivo" era: "Toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica, fundada en la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión jurídica y de una ley que conmine un mal *material*".<sup>341</sup>

Es cierto, como resalta Amelung, que la teoría del bien jurídico como objeto de protección, si bien tiene su origen en el pensamiento de la lesividad social propio de la Ilustración, presenta una notable diferencia *descriptiva*, consistente en la diferente perspectiva epistemológica desde el que se contempla lo delictivo, similar a la citada más arriba: la idea de un bien como objeto lesionable materialmente atiende *también* a la esfera del mundo fáctico, "exterior" al derecho, a diferencia de la de lesión de derecho subjetivo, noción de naturaleza puramente normativa.<sup>342</sup> En efecto, la noción de un bien, dado que permite asociarla a un sustrato fáctico, implica que el daño propiamente penal debe ser perceptible en ese mundo exterior de la "naturaleza", lo que conllevará una mayor exigencia de materialidad o de constatación empírica en el daño.<sup>343</sup> Y es ahí donde, a mi

<sup>338</sup> Sobre ello véase GÜNTHER: "De la vulneración de un derecho...", pp. 489 y ss.

<sup>339</sup> SINA: *Die Dogmengeschichte*, p. 12.

<sup>340</sup> En línea similar, destaca ESER: *ADPCP*, 1996, p. 1028, el carácter "más jurídico" de la concepción de Feuerbach con respecto a su antecedente en Kant.

<sup>341</sup> Citado por SINA: *Die Dogmengeschichte*, p. 9 (cursivas añadidas). Conf. también, sobre esa exigencia de un "mal material", "sensible", FERRAJOLI: *Derecho y razón*, p. 468, citando a autores como Romagnosi o Carrara.

<sup>342</sup> AMELUNG: "Rechtsgutverletzung", pp. 269-270.

<sup>343</sup> En igual sentido, STAECHELIN: "¿Es compatible la 'prohibición de infraprotección' con una concepción liberal del derecho penal?", pp. 303 y 304, resaltando la ventaja que esa plasmación fáctica de lo lesivo tiene frente a la vulneración del derecho subjetivo de Feuerbach.

juicio, radica la potencialidad liberal de la aportación de Birnbaum. Su concepción —y, en cualquier caso, sus consecuencias objetivas—, podría caracterizarse no como un giro ideológico, sino como una corrección dogmática de las tesis de Feuerbach,<sup>344</sup> que de hecho acentuará, en el plano dogmático, el talante garantístico de ésta, en cuanto aportará una mayor seguridad jurídica.

A juicio de Birnbaum, la noción de derecho subjetivo no se compatibiliza bien con la idea de "lesión", en la medida en que un derecho, materialmente, no es susceptible de ser lesionado;<sup>345</sup> ciertamente, un derecho, al igual que una norma jurídica, puede *vulnerarse*, pero no lesionarse; susceptible de lesión sólo lo es, entonces, el sustrato material del derecho subjetivo, es decir, la acepción de "bien" de Birnbaum.<sup>346</sup> Ello ya fue puesto de manifiesto con la exposición de la concepción espiritualizada del bien jurídico, cuya "lesión" no se producía con el acaecimiento material del resultado: con la lesión fáctica del objeto del delito, sino ya con la manifestación de voluntad contraria a la norma (lesión de deber). Esa materialización de lo lesionado conllevaría notables ventajas dogmáticas: se permite separar el objeto valorado de la valoración misma, y establecer un criterio más preciso de interpretación de lo regulado por los tipos, así como una posible graduación del injusto en función de las fases de lesión y peligro, criterio de lesividad fácticamente perceptible.<sup>347</sup> En igual senti-

<sup>344</sup> En igual sentido, conf. FROMMEL: *Präventionsmodelle*, p. 157, quien afirma que Birnbaum no se diferencia de Feuerbach en sus intenciones político-criminales. GÜNTHER: "De la vulneración de un derecho", p. 495, resalta que, mientras que la pretensión filosófica de Feuerbach iba dirigida al ámbito de la criminalización, los postulados de Birnbaum tenían en mente la aplicación del derecho.

<sup>345</sup> Ello ya fue resaltado más arriba. Conf., además, sobre la presencia de esta idea en la argumentación de Birnbaum, SINA: *Die Dogmengeschichte*, pp. 20-21; HASSEMER: *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, p. 43 (en relación con su análisis de Binding, quien también se sirve de ese presupuesto para acoger la noción de bien jurídico); GÜNTHER: *De la vulneración de un derecho*, p. 495. Véase también KORIATH: *GA*, 1999, pp. 568-569. A este respecto, pone de manifiesto FROMMEL: *Präventionsmodelle*, p. 152, que, frente a algunos críticos, Feuerbach no consideraba la noción de "lesión de un derecho" como el objeto de lesión, sino como una caracterización genérica del fundamento del derecho, desde su interés fundamental en el plano de la legitimación del derecho penal.

<sup>346</sup> SINA: *Die Dogmengeschichte*, p. 20.

do que Sina se ha manifestado Moccia, resaltando que la teoría del bien jurídico de Birnbaum nace "bajo la perspectiva de superación del insatisfactorio registro formalista otorgado al problema por Anselm Feuerbach, con el recurso a la figura del derecho subjetivo como objeto de agresión".<sup>348</sup> Como luego resaltaré, considero que esa "desnormativización" de lo lesionado debe mantenerse en la actual construcción dogmática.

A partir de esta modificación, los intereses protegidos podrían perfectamente seguir siendo, desde la perspectiva de la criminalización, los derechos subjetivos de los individuos —otra cosa es que actualmente tenga algún sentido someter lo protegido a esa limitación—, si bien, a efectos dogmáticos, su vulneración efectiva hallaría una más definida concreción con la idea de la lesión de los bienes jurídicos, como sustratos tangibles en los que aquéllos se encarnan.<sup>349</sup> Como afirma Hormazábal sobre esa concreción de Birnbaum respecto de Feuerbach, "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".<sup>350</sup>

El carácter liberal de la concreción de Birnbaum se pone de relieve, por lo demás, asimismo en la intención que él mismo perseguía, que no era otra que la de oponerse a la teoría que postulaba una caracterización material del delito tan indeterminada y abstracta como la de la "peligrosidad común" [*Gemeingefährlichkeit*], cuyas críticas contra ella emitidas por Birnbaum eran perfectamente aplicables a la propia concepción hegeliana: "La aceptación de la peligrosidad común como esencia de todo delito puede conducir fácilmente a entender, por ejemplo, que el deber del Estado de castigar el asesinato no se basaría tanto en su compromiso de proteger la vida del individuo como en el de conservar al Estado como un todo. Podría, con esto, ganar autoridad la idea de que los individuos existen sólo en función de la pervivencia del Estado, en vez de tomar al Estado como algo necesario sólo para los intereses de los hombres".<sup>351</sup>

<sup>348</sup> Moccia: "De la tutela de bienes a la tutela de funciones", p. 114

<sup>349</sup> Así, afirma Sina: *Die Dogmengeschichte*, p. 26, que "tomados en concreto, los conceptos de lesión del bien y de lesión del derecho eran la expresión de una aproximación a la misma cosa".

<sup>350</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico*, p. 31.

Siendo las diferencias ideológicas entre Hegel y Birnbaum, como puede apreciarse, evidentes, conviene resaltar, asimismo, las diferencias dogmáticas —derivadas, a mi entender, de las anteriores—, destacando, como han hecho otros autores, el retroceso que para la concepción del delito y del objeto protegido por las normas supuso la corriente hegeliana. Como afirma Sina, el avance dogmático del concepto de bien jurídico no fue apreciado hasta casi cuarenta años después, intervalo durante el que se impuso la línea hegeliana de la concepción del delito entendido en forma puramente espiritual y abstracta, como lesión a una supuesta "esencia" del derecho en cuanto derecho.<sup>352</sup> A diferencia de esa caracterización espiritualizada del daño propio del delito, la cual, desde postulados etizantes del derecho, abocaba a una concepción sustancialista y moral de la comprensión del hecho punible, o bien a un vaciamiento formalizado de lo lesivo, la acentuación en un sustrato material del derecho subjetivo y carácter fáctico de la lesión permitía una materialización del resultado delictivo, y un consiguiente enjuiciamiento de la acción desde los efectos que la acción delictiva produce en los intereses personales. No es de extrañar, entonces; que desde el nacionalsocialismo fuera denostada esa comprensión del delito, y que fuera asociada a la tradición liberal, interesada en aportar un máximo de seguridad jurídica y de concreción en los criterios de desvaloración de las conductas, por cuanto era, en realidad, expresión tanto del *individualismo* normativo como de la exigencia de una lesividad *material*, precisamente las características que desde el pensamiento totalitario eran consideradas como "peligrosas", ya que ellas suponían el mejor antídoto contra toda comprensión comunitarista del *ius puniendi*.

Por lo que respecta a Welzel, no resulta paradójico que éste, pese a partir de similares presupuestos que los autores nacionalsocialistas, en lo que al rechazo de la comprensión del delito como lesión del bien jurídico se refiere, mantuviera una concepción del bien jurídico de carácter material, ya que dicho mantenimiento vino dado por razones dogmáticas y no valorativas, como ya fue mencionado. Recordémoslo brevemente, por

<sup>352</sup> Ídem, p. 21; en sentido similar, respecto de las dosis de abstracción y formalismo en los hegelianos, POLAINO NAVARRETE: *El bien jurídico*, p. 104; LÜDERSSEN: *ZStW* 107 (1995), p. 887.

cuanto será relevante para la discusión dogmática acerca de las ventajas del bien jurídico. Para Welzel, sólo un bien jurídico de esas características podía servir a tales fines de construcción del sistema del delito en su sistemática finalista, que partía de la existencia de una voluntad final dirigida a la producción de un resultado producido en el mundo exterior (un dolo neutro). Esa exigencia suponía, a su vez, la necesidad de distinguir entre la acción final y el resultado: el objeto o estado al que se dirigía esa acción, distinción que devenía imposible con la noción de bien jurídico como ente ideal (bien jurídico espiritualizado), por cuanto ya la manifestación de una voluntad dirigida a la lesión constituía la "lesión" del bien jurídico y, por tanto, el único "resultado" con relevancia penal. Por ello, Welzel no sólo rechazó la noción de delito como lesión de deber, sino que acogió un concepto de bien jurídico de carácter material, opuesto a esa espiritualización.

La conclusión que hasta el momento podemos sacar no es sino una confirmación de lo concluido en el epígrafe anterior para la criminalización: deben rechazarse las razones valorativas por las que las posiciones comunitaristas pretenden prescindir del fin de protección de bienes jurídicos y, consecuentemente, de la concepción del delito como lesión del bien jurídico. Las críticas que se han venido haciendo de esa corriente filosófico-política avalan suficientemente ese rechazo, sin que sea necesario incidir nuevamente en ellas. Más relevantes se presentan, entonces, para los aspectos dogmáticos del delito, las críticas de naturaleza metodológica, por cuanto *prima facie* no pretenden rechazar abiertamente las conquistas de la tradición liberal, sino sólo vincular la construcción dogmática y conceptual de la teoría del delito al exclusivo fin de la protección de la vigencia de las normas, o, en los más recientes términos de este sector doctrinal, del mantenimiento de la "identidad normativa" de la sociedad.<sup>353</sup>

### 2.3. La lesión del bien jurídico como concepto dogmático de delito

En la exposición que Jakobs realiza en su *Manual*, la primera impresión que surge es que las diferencias con el sistema

<sup>353</sup> Conf., p. ej., JAKOBS: I 1997, p. 150.

del delito basado en la lesión del bien jurídico no son tan relevantes. Así, en lo tocante a sus implicaciones intrasistemáticas, y más allá de las críticas que efectúa sobre dicha noción de delito, algunas de las cuales ya han sido expuestas y a las que volveremos, lo cierto es que Jakobs, con buen criterio, rechaza la posibilidad de prescindir totalmente del bien jurídico y sustituirlo por la noción genérica de la lesividad social, y ello tanto por las ventajas de aquél en el ámbito de la criminalización —lo que ya mencionamos—, como también en atención a sus ventajas dogmáticas. Así, resalta que “esta concreción en bienes tiene la función de simplificar la cuestión de la concreta dañabilidad social de cada lesión de bien jurídico, por medio de la remisión a la relevancia general del bien”.<sup>354</sup> De igual modo, Amelung, cuya postura se orienta precisamente a dicha sustitución, acaba por reconocer ciertas ventajas de la concepción de la doctrina dominante, que la abstracción de su concepción le impide alcanzar, y concretamente situadas en la determinación material del daño, es decir, en la concreción de lo socialmente lesivo: “La teoría del delito como alteración de un sistema social no puede sencillamente sustituir el dogma del delito como lesión del ‘bien jurídico’. Para ello falta la específica ventaja del pensamiento de la ‘protección de bienes’: el desarrollo inmediato por un juicio de valor del objeto de los efectos lesivos del delito. Este principio conforma un límite irrebasable para la objetivación de la lesividad social sobre la base del dogma del bien jurídico”.<sup>355</sup> Ello le lleva a mantener, a efectos dogmáticos, el criterio del bien jurídico.<sup>356</sup>

Por otra parte, desde el ámbito de la interpretación de la concreta lesividad de las acciones delictivas, la noción del delito como la acción que quebranta la vigencia de la norma, tal y como es acogida por Jakobs, podría entenderse en forma puramente nominal; más allá de esa definición *formal* de lo delictivo, en Jakobs el contenido material de (casi todos) los delitos se configuraría como la “arrogación de un ámbito de organización ajeno”,<sup>357</sup> no-

<sup>354</sup> JAKOBS: AT, 2/24

<sup>355</sup> AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, p. 187.

<sup>356</sup> En similar sentido, mantiene también el bien jurídico en atención no sólo a sus ventajas de cara a la criminalización, sino en su vertiente de labor dogmática. FELJOO SÁNCHEZ: *El injusto penal*, pp. 85 y ss.

ción que, a mi juicio, apenas dista de la concepción liberal de la protección de la libertad negativa de la persona y, por tanto, de la noción de lesión de bien jurídico, entendido éste como relación funcional entre el interés de una persona y un objeto o estado. La diferencia entre el delito como quebrantamiento de la vigencia de la norma y como lesión de bien jurídico radicaría entonces, conceptualmente, además de en la novedosa terminología, en un cambio de perspectiva: mientras que en la concepción dominante lo dañoso se determina desde la realidad valorada, en la concepción de Jakobs se hace desde la misma decisión valorativa institucionalizada: la norma. El mismo Jakobs, como ya ha sido citado, sostiene que "al derecho penal no le interesa toda alteración perjudicial para un bien en tanto que *situación valorada positivamente*; más bien la alteración debe dirigirse *contra la propia valoración positiva*". No obstante, dejando a un lado los concretos márgenes de punición a que esa concepción haya de llevar, debemos preguntarnos por la viabilidad dogmática de tal noción. Como acertadamente ha afirmado Lüderssen, la diferencia esencial entre el arsenal conceptual de Jakobs y el de la dogmática dominante, entre el deontado "naturalismo" y el "normativismo", radica, en realidad, en una cuestión de mayor o menor abstracción.<sup>358</sup> Lo que, entonces, debe plantearse, es si la terminología de corte sociológico empleada por Jakobs está más o menos capacitada para acomodarse a las condiciones de certeza, concreción y aplicabilidad práctica que, como instrumento que es, deben exigirse a la dogmática jurídico-penal.

En esta dirección, conviene volver sobre la objeción de naturalismo que desde esas posturas doctrinales se achaca a la concepción tradicional. Ya vimos que dicha objeción iba dirigida tanto al propio concepto de bien jurídico, que ya hemos intentado rebatir, como a la noción "causal" del delito como producción de un resultado material, retomando en este caso la peyorativa connotación del "dogma causal" que se afirma existe en la noción de lesión de bien jurídico, con que se criticaba el concepto de acción del causalismo.

A mi juicio, tampoco esta última crítica está justificada. Lo está, ciertamente, dirigida a la concepción del delito propia del

causalismo, ésta sí sostenida en presupuestos metodológicos naturalistas, pero, a diferencia de la concepción causalista, en la actualidad, desde la metodología teleológica que hoy preside la dogmática, la lesión de bien jurídico no puede entenderse como mera causación fáctica de un daño, sino como la lesión *imputable* objetiva y subjetivamente a la creación de un riesgo típicamente relevante, de forma que la mera causación no imputable de un daño no supondrá una acción relevante a efectos del derecho penal.<sup>359</sup> Nada tienen que ver esos criterios de imputación con el "naturalismo" que al concepto de lesión de bienes jurídicos se achaca. Jakobs objeta a esta concepción que esa noción de lesión de bienes jurídicos no puede servir para determinar lo penalmente relevante, ya que, en rigor, también acciones no imputables, o incluso procesos causales producidos por fenómenos naturales producen lesiones de bienes jurídicos. Dejemos que sea el mismo autor quien exponga esta crítica: "Los bienes de esta clase pueden resultar menoscabados también mediante sucesos naturales (enfermedad, "cansancio" de los materiales) y asimismo mediante procesos en los que ciertamente intervienen personas, pero que no son evitables (ni dolosos ni imprudentes). Esto puede carecer de importancia para su entendimiento como bienes, pero no para la cualificación como bienes jurídico-penales. Si, por ejemplo, se denominan bienes jurídico-penales sin más a las situaciones valoradas, se deriva la extraña consecuencia de que el derecho penal a veces (e incluso en algunos ámbitos casi siempre) no se preocupa por la pérdida de sus bienes (...). Así pues, el derecho penal no cumple la función de garantizar la existencia de dichos bienes en todo caso, sino sólo frente a ataques de determinada clase (...). Con lo absurdo de esta concepción (¿es toda enfermedad un ataque a bienes jurídico-penales?) se pone de manifiesto cuán limitada es la utilidad de tal concepto de bien: es verdad que acierta a designar lo que han de considerarse bienes, pero pasa por alto la misión específica del derecho penal, al confundir indebidamente bajo el mismo rasero 'perturbación por haber lesionado el bien', las fuerzas de la naturaleza, o el

<sup>359</sup> Ello es resaltado, p. ej., por AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, pp. 192-193, respecto de esas críticas al dogma causal. Véase también, con carácter general, WOLTER: *Zurechnung*, pp. 17 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA: *La imputación objetiva*, pp. 61 y ss.

comportamiento humano no evitable con el comportamiento imputable —el único que interesa al derecho penal”.<sup>360</sup>

Ciertamente, la mera noción de “lesión de bien jurídico” no incluye en su ámbito de significado todos los filtros de imputación que determinan la relevancia penal del hecho punible, sino que han de añadirse otra serie de concreciones para abarcar ese significado: lesión de bien jurídico producida por una acción dolosa o imprudente imputable a la creación de un riesgo (e, incluso, culpable); significado complejo que Jakobs viene a incluir en la noción de “quebrantamiento de la vigencia de la norma”. Pero, a mi juicio, dudo que sea de provecho para la dogmática sustituir un concepto de delito que es capaz de plasmar el componente *material* de lo lesivo y, en tanto es así, de la razón esencial que lo hace merecedor de pena, por un concepto de carácter formal, con tal grado de abstracción que, a fuerza de pretender abarcar todos los presupuestos de la sanción, acaba por vaciarse de contenido material.<sup>361</sup> Las críticas de Schönemann en este sentido están cargadas de razón: “El concepto utilizado por Jakobs del daño a la validez de la norma me resulta totalmente inútil, porque no se trata más que de una perífrasis del concepto de lesión de la norma y, por lo tanto, de una referencia formal y positivista a la totalidad de las normas penales”.<sup>362</sup>

Asumiendo el carácter puramente convencional del lenguaje y el “esoterismo” propio del lenguaje jurídico, sometido cada día a reconstrucción, nada obstaría a normativizar el concepto de “lesión de bien jurídico” hasta el punto de afirmar que sólo conductas imputables objetiva y subjetivamente producen dicha lesión; pero, ¿de qué serviría un concepto tan normativizado que, dado su carácter abstracto y formal, hubiera de remitirse a otros conceptos a su vez normativos para obtenerse su significado? A mi modo de ver, una ventaja esencial que posee la noción de delito como lesión de bien jurídico es, precisamente, la de acentuar la producción del resultado material, del daño efectivo a un interés personal, y en asumir por tanto ese peligro como criterio discriminatorio y de graduación de lo injusto. En otras palabras, en plasmar la aspiración liberal de valorar las conductas en atención a los efectos que para los intereses per-

<sup>360</sup> JAKOBS: *PG*, 2/4.

<sup>361</sup> El carácter formal del concepto del delito de Jakobs es resaltado por Müssig: *Rechtsgüterschutz*, p. 145.

<sup>362</sup> SCHÖNEMANN: *Sobre el estado actual de la dogmática*, p. 13.

sonales producen y, en permitir, con ello, una clara diferenciación valorativa entre las acciones que lesionan efectivamente intereses ajenos y las que sólo suponen un intento de lesionarlos. Así, por ejemplo, y como he destacado en otro lugar,<sup>363</sup> uno de los mayores problemas de la concepción de Jakobs radica en la dificultad de delimitar, dentro de su sistema, un resultado penalmente relevante que pueda distinguirse de la propia acción, por cuanto con una acción dirigida a la lesión de un bien jurídico se manifiesta ya un quebrantamiento "perfecto" de la vigencia de la norma,<sup>364</sup> que es el único "resultado" relevante de cara a la prevención general positiva.<sup>365</sup> Eso se manifiesta especialmente en su concepción de la tentativa, la cual, para Jakobs, constituye ya un quebrantamiento perfecto de la vigencia de la norma, no existiendo, por ello, apenas diferencias —Jakobs considera sólo una diferencia "cuantitativa"—<sup>366</sup> entre la tentativa y la consumación: entre el intento de lesionar un bien jurídico y la lesión efectiva del bien jurídico.

Esa dificultad viene dada, además de por el mayor grado de abstracción inherente a ese concepto de delito, por el hecho de que modifica la perspectiva de referencia, pasando desde el interés —personal o social— lesionado, a la relación del agente con la norma<sup>367</sup> y —a diferencia del finalismo extremo— de ésta con las expectativas sociales; en otras palabras, poniendo el acento no en el resultado como efecto de la acción, sino en la acción misma. De ahí las dificultades de configurar un resultado separable de la acción. Como, en este sentido, se ha puesto de manifiesto, "desde la perspectiva de Jakobs parece necesario un mayor esfuerzo de explicación; incluso puede decirse que aún falta una teoría general del resultado como injusto objetivo, ya que aparte de alguna genérica referencia al resultado como 'aumento cuantitativo' de la objetivación del quebrantamiento de la norma, no queda claro cuál es la relación entre este que-

<sup>363</sup> ALCÁCER GUIRAO: *La tentativa inidónea*, pp. 315 y ss.

<sup>364</sup> JAKOBS: AT 25/15; el mismo, *El desistimiento*, p. 325; el mismo, *Handlungsbegriff*, p. 34; VEHLING: *Abgrenzung*, p. 86. De igual forma, FREUND: AT 8/11.

<sup>365</sup> JAKOBS: *Handlungsbegriff*, p. 34, 35; LESCH: *Bethilfe*, pp. 257-258; VEHLING: *Abgrenzung*, pp. 86, 123.

<sup>366</sup> JAKOBS: *Handlungsbegriff*, p. 35; LESCH: *Bethilfe*, pp. 258 (en referencia al injusto en general); VEHLING: *Abgrenzung*, p. 124.

<sup>367</sup> Véase, en este sentido, ALCÁCER GUIRAO: *La tentativa inidónea*, pp. 315 y ss.

brantamiento externo de la norma, que es concebido por Jakobs como 'resultado' específico del injusto penal (= objetivamente imputable), y el 'resultado' en sentido material".<sup>368</sup>

Esa ausencia de delimitación conceptual entre la acción y el resultado habrá de llevar, necesariamente, a importantes consecuencias materiales, cifradas en la reducción de las diferencias de merecimiento de pena, de grado de desvalor, entre las acciones que sólo ponen en peligro el bien jurídico —aun sólo desde una perspectiva *ex ante*: tentativas inidóneas— y aquellas que lesionan el interés protegido por la norma de conducta. Así, por ejemplo, pone de manifiesto Freund, quien defiende esa concepción de la tentativa, que si el presupuesto de punición de la tentativa se identifica con el del delito consumado, siendo en ambos el quebrantamiento de la vigencia de la norma, el problema surge a la hora de intentar justificar un menor grado de pena para la tentativa.<sup>369</sup>

Como afirmaba, es debido a que desde esta concepción se pone el acento en la propia trascendencia de la acción, antes que en los efectos lesivos de la acción —por cuanto ya la acción expresa el quebrantamiento de la norma— por lo que las diferencias entre el peligro de la acción para el bien jurídico y la efectiva lesión del bien jurídico pierden relevancia de cara a la valoración de las conductas. Pues bien, esa pérdida de relevancia se traducirá asimismo en el rechazo de los dos parámetros o niveles de valoración que suelen venir configurando el tipo de injusto, y que son los que, en función del criterio del peligro al bien jurídico, determinan las diferencias valorativas entre acción y resultado: para Jakobs y seguidores, los niveles de desvalor de acción y desvalor de resultado pierden toda relevancia en el sistema penal.<sup>370</sup>

Con ello, a mi modo de ver, se sacrifica un referente esencial de cara a la ponderación de la calidad lesiva de la conducta, por cuanto, si de lo que se trata es de proteger los intereses esenciales de los ciudadanos que permiten desarrollar su libertad en sociedad, el sistema penal debería establecer una nítida diferenciación entre los casos en los que esa lesión queda en una fase anterior —peligro— y en los casos en que ese interés queda efectivamente menoscabado. Por lo demás, muestra de

<sup>368</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ-CANCIO MELIÁ: "La reformulación de la tipicidad...", pp. 76-77.

<sup>369</sup> FREUND: AT 8/11.

<sup>370</sup> JAKOBS: *Handlungsbegriff*, p. 35; VEHLING: *Abgrenzung*, pp. 86 y ss., 123.

esa relevancia —que está inscrita en los juicios valorativos sociales— es que tampoco desde el sistema de Jakobs puede prescindirse de ese resultado material —lesión del bien jurídico—, desde el cual es precisamente ese resultado el que plasma, con respecto a los supuestos en los que no llega a producirse, ese aumento "cuantitativo" del quebrantamiento de la vigencia de la norma, por cuanto con él, a juicio de este sector doctrinal, se produce una mayor "objetivación" de la defraudación de la expectativa normativa.<sup>371</sup> En otras palabras, la lesión al bien jurídico sí imprimirá una diferencia respecto de la gravedad de la conducta; en cualquier caso, a mi entender esa diferencia no habrá de ser meramente "cuantitativa", sino cualitativa, por cuanto se menoscaba precisamente lo que el derecho penal está llamado a defender en última instancia a través de sus normas de conducta. Lo relevante es, en suma, que tampoco Jakobs puede prescindir totalmente del referente del bien jurídico como instancia de determinación de la lesividad social de la conducta relevante para el derecho penal, a pesar de lo cual esa mayor abstracción en la formulación del concepto de delito impedirá establecer criterios definidos de valoración que permitan destacar esas diferencias. Por esa razón, a mi juicio, no puede prescindirse del criterio del peligro como instancia desde la que ponderar esas diferencias cualitativas de valoración.

Como por algún autor se ha afirmado, el fin de protección de bienes jurídicos, del que se deriva el criterio del bien jurídico como instancia última de lesividad, tiene la ventaja de vincular "dicha misión a una cualidad visible del comportamiento merecedor de pena. Esta cualidad no es otra que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico".<sup>372</sup> Con ello, se posibilita el establecimiento de una graduación material de la gravedad del injusto en atención al enjuiciamiento de las diferentes fases de peligro por las que pasa una acción hasta la lesión,<sup>373</sup> algo que, al remitirse a la producción de efectos fácticamente perceptibles y graduables en su intensidad, conlleva, por un lado, un aumento de seguridad jurídica y, por otro, la acentuación de la lesión efectiva de bienes jurídicos, de resultado lesivo, como prototipo del injusto, aspiraciones ambas de marcado talante

<sup>371</sup> JAKOBS: *Handlungsbegriff*, p. 35.

<sup>372</sup> HASSEMER-MUÑOZ CONDE: *Introducción*, p. 103.

<sup>373</sup> Así, AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, pp. 240-241; BARATTA: *CPC*, 1984, p. 542; HASSEMER-MUÑOZ CONDE: *Introducción*, p. 104; MIR PUIG: *PG*, 6/45.

liberal. Como se ha afirmado, en aras de acentuar esa seguridad jurídica en la aplicación de las normas, "los conceptos jurídicos deben ser conceptos empíricamente interpretables".<sup>374</sup>

Conviene insistir en la exigencia de ese sustrato fáctico tras la definición de la lesividad del delito, puesto que, pese a lo que parece extraerse de algunas críticas, no proviene del mantenimiento de una metodología causal-naturalista ya superada, sino de presupuestos valorativos concretos. Ello queda patente, por ejemplo, en el hecho, ya mencionado, de que las críticas que desde posiciones políticas opuestas al liberalismo se emitieron en los años '30 contra ese supuesto "dogma causal" del delito como lesión del bien jurídico, si bien partían formalmente de objeciones metodológicas, perseguían en realidad orientar el merecimiento de pena desde el parámetro del resultado de lesión al de la voluntad contraria a derecho. Como, contra esta orientación, ha resaltado Amelung, "el aspecto liberal más importante del pensamiento de la teoría de protección de bienes jurídicos es que las prohibiciones de las leyes sólo tienen el cometido de proteger objetos externos"<sup>375</sup> y esta concepción se deriva de la "idea de que el hombre es, *a priori*, libre en su actuar y que sólo debe evitar acciones que afecten a objetos elevados a bienes. Los bienes jurídicos aparecen aquí como 'islas limitadoras de la libertad en un mar de libertad'".<sup>376</sup> Siguiendo esta línea de argumentación, Amelung alerta contra el peligro de malinterpretar —y mistificar— metodológicamente y no valorativamente ese postulado liberal, como sucede con esas críticas al "dogma causal" por parte de autores comunitaristas.<sup>377</sup>

<sup>374</sup> Véase BAURMANN: "Schuldlose Dogmatik?", p. 263. La exigencia de un sustrato empírico a los conceptos dogmáticos es planteada también por KINDHÄUSER: *Untersitas*, 1992, p. 230; LÜDERSSEN, *ZStW* 107 (1995), pp. 893 y ss.; y por STAECHELIN: "¿Es compatible la 'prohibición de infraprotección' con una concepción liberal del derecho penal?", p. 302. Esa ventaja dogmática de la materialidad fáctica del criterio de la lesión de bienes jurídicos es resaltada también por AMELUNG: "Rechtsgutverletzung", pp. 270-272, vinculándolo asimismo a la tradición liberal. Por otra parte, la vinculación filosófico-jurídica del pensamiento liberal de la Ilustración con la exigencia de un peligro como requisito mínimo para la presencia de un injusto penal es resaltada por TORIO LÓPEZ: *ADPCR*, 1989, p. 310.

<sup>375</sup> AMELUNG: *Rechtsgüterschutz*, p. 241.

<sup>376</sup> Ídem, p. 243 (entrecorillados en el original).

<sup>377</sup> Ídem, p. 241, nota 167. Un ejemplo de esa malinterpretación podría ser el de FEIJOO SÁNCHEZ: *El injusto penal*, p. 81, nota 242, quien, con el (liberal) fin de acentuar el carácter fragmentario y la exigencia de lesividad que debe

Con relación al concepto de bien jurídico, ya fue mencionado que por tal objeto de la lesividad de las conductas penalmente relevantes no ha de entenderse el objeto o la entidad fáctica que es causalmente modificada por la conducta, sino que la lesividad inherente al delito, lo que lo hace merecedor de respuesta penal, radica en el detrimento del interés del titular del bien jurídico en dichas entidades, en cuanto instrumentos de desarrollo personal en la sociedad. Así, en rigor, no es la integridad física como entidad ontológica lo que interesa al derecho penal, ni, por tanto, será lo relevante de la conducta delictiva la modificación causal de la realidad, sino la reducción de las posibilidades de participación social que esa lesión *significa* para el titular del bien jurídico.<sup>378</sup> No obstante, ello no implica —tal como sostienen los defensores de un bien jurídico espiritualizado— que lo único relevante, que lo único "lesionable", sea el valor ideal que se halla en la base de la decisión de calificar a esa entidad ontológica como un "bien"; por el contrario, el bien jurídico desde mi concepción, como ya se mencionó, se definirá desde la *relación* entre esa entidad y la disposición de él por su titular, de modo que no puede entenderse sólo desde uno de sus dos referentes: no es sólo esa entidad "naturalística", pero tampoco es únicamente el valor, o la norma que lo presupone. Por ello, la lesión del bien jurídico presupone el menoscabo causal del objeto valorado —obviemos supuestos de bienes jurídicos de sustrato inmaterial—, puesto que sólo entonces se menoscaba el interés de su titular. Frente a las reiteradas críticas, ello es una perspectiva normativa y no naturalística, dado que lo relevante no es la lesión del sustrato fáctico, sino su *significado* para el interés del ciudadano en el desarrollo de su autonomía. Y es precisamente esa construcción del bien jurídico como relación entre la entidad fáctica y su sentido para la autonomía de la persona lo que permite la "desnormativización" de los criterios de lesividad, y la posibilidad de acudir a un referente empírico y, por ello, evaluable en términos de percepción, para ponderar la lesividad de la conducta. El grado de peligro para el bien jurídico —que tampoco es un concepto "naturalístico", por cuanto presupone una valo-

presidir un derecho penal legítimo, se apoya en la crítica al dogma causal realizada por Mayer y Welzel al fin de protección de bienes jurídicos.

<sup>378</sup> KINDHÄUSER: *Universitas*, 1992, n. 230; el mismo, "Rationaler Rechtsüter-

ración—<sup>379</sup> viene, así, a establecer el significado lesivo de la conducta para la autonomía del ciudadano.

Con ello puede mostrarse el mayor grado de abstracción y "normativismo" de la concepción de Jakobs. La noción del quebrantamiento de la norma, dado que sólo atiende al *significado* de la conducta para el ordenamiento, prescinde del referente fáctico que se halla tras el interés protegido, con lo que se ve incapaz, en rigor, de establecer tanto una ponderación de la lesividad genérica de las distintas conductas delictivas, como una ponderación de la lesividad concreta de las conductas delictivas que atentan, con diferente intensidad (tentativa y consumación), a un mismo interés protegido. Ello se debe a que el punto de atención se centra no en lo protegido por la norma de conducta, sino en la norma de conducta misma, como objeto de protección por la pena. Además, con esa remisión al "daño simbólico" al ordenamiento en su conjunto, se desatiende también el referente de significado lesivo para el ciudadano, siendo exclusivamente relevante la lesividad para la sociedad en su conjunto.

En suma, en la idea de la lesión de bienes jurídicos, tal y como aquí se entiende, no late una perspectiva naturalística, ni un neutralismo valorativo, sino una posición valorativa definida, para la cual es esencial la posibilidad de remisión a un sustrato fáctico, y que corre el riesgo de pervertirse si se abandona tal comprensión del delito. En cualquier caso, antes de concluir con la defensa de tal noción de delito —y de tal fin del derecho penal— conviene entrar a valorar el resto de las críticas que contra él se han emitido.

Una de las objeciones emitida por el sector doctrinal opuesto era que existen determinados tipos legales que expresan acciones delictivas no consistentes en la lesión del bien jurídico, sino que, por el contrario, regulan situaciones en las que la acción está dirigida a la producción de un bien jurídico, porque sólo la acción debida mantiene intacta la unidad funcional en que consiste la institución; son los delitos de deber, que este autor denomina delitos en virtud de una competencia institucional.<sup>380</sup> Es indudable que existen notables diferencias estructurales entre ese tipo de delitos y los tipos que meramente regulan una relación negativa entre acción y bien jurídico —los

<sup>379</sup> Conf. ALCÁCER GUIRAO: *La tentativa inidónea*, pp. 206-207.

llamados delitos en virtud de competencia por organización, pero, siguiendo las atinadas palabras de unos autores españoles,<sup>381</sup> puede afirmarse que, en cualquier caso, es posible apreciar un rasgo común, consistente en que ambos tipos de normas "contienen con carácter general una referencia a un estado de cosas (presente o futuro) que se define por la existencia de un bien jurídico". Jakobs afirma que, por ejemplo en el caso de los tipos que regulan el funcionamiento correcto de la administración de justicia, ésta no existe sino cuando los sujetos a deber actúan en forma acorde a él, siendo entonces esta acción que, de hecho, produce el bien jurídico, ya que no existe, en realidad, correcta administración de justicia cuando el juez comete un delito de prevaricación.<sup>382</sup> Pero, según creo, no hay ningún obstáculo para poder afirmar la existencia previa de un estado consistente, como unidad funcional, en una administración correcta de la justicia, el cual es lesionado con la acción prevaricadora. En este sentido, se ha afirmado que "la diferencia entre el punto de vista de Jakobs y el generalmente admitido puede basarse, pues, en el establecimiento para el concepto de bien jurídico de una 'barrera definicional' por parte de aquél conforme a la cual sólo se toma en cuenta, en una visión estática y no dinámica de dicho concepto, la situación presente y no el desarrollo futuro deseado".<sup>383</sup> Es precisamente esa noción dinámica de bien jurídico, como "unidad funcional", si se quiere, la que permite esa configuración del bien jurídico.

Ya ha sido mencionado que la noción del delito como lesión de bien jurídico y, asimismo, el mismo fin de protección de bienes jurídicos, no incluye en su propia noción el establecimiento de determinados principios que concurrirán para limitar la punición. Ciertamente, el fin de protección de bienes jurídicos no implica que toda lesión causal de bienes, sin atender a

<sup>381</sup> PEÑARANDA-SUÁREZ GONZÁLEZ-CANCIO: "Consideraciones...", p. 36

<sup>382</sup> JAKOBS: AT, 2/17.

<sup>383</sup> En este sentido, afirman PEÑARANDA-SUÁREZ GONZÁLEZ-CANCIO: "Consideraciones...", p. 35, que "La diferencia entre el punto de vista de Jakobs y el generalmente admitido puede basarse, pues, en el establecimiento para el concepto de bien jurídico en una 'barrera definicional' por parte de aquél, conforme a la cual sólo se toma en cuenta, en una visión estática y no dinámica de dicho concepto, la situación presente y no el desarrollo futuro deseado". Es precisamente esa noción dinámica de bien jurídico como "unidad funcional" la que permite esa configuración del bien jurídico.

las modalidades de acción, sea merecedora de pena;<sup>384</sup> expresado de otra forma, esa concepción no niega que el derecho penal no tenga un carácter fragmentario, pero no creo dogmáticamente obligado, ni clarificador, que esa fragmentariedad haya de ser incluida en el propio concepto genérico de delito, al precio de elevar en tan alta medida su grado de abstracción. No obstante, ello ha servido para que los detractores de tal fin del derecho penal y, por tanto, de tal noción del delito, hayan venido a identificar la protección de bienes jurídicos con una exasperación punitiva, tendente al terror estatal, al entender que la asunción de tal fin del *ius puniendi* habría de abocar, *per se*, a esas consecuencias. Ejemplo de ello es Feijoo, quien afirma que "la protección de bienes jurídicos como función básica tal y como la concibe un amplio sector doctrinal da lugar a un punto de vista teleológico-formal sin límites materiales".<sup>385</sup> El autor español se apoya en las consideraciones de Jakobs, quien también ha rechazado el fin del derecho penal mantenido por la doctrina dominante bajo la acusación de que "tomar como exclusivo punto de partida el bien jurídico conduce sin duda al desbordamiento, porque con ello cae por completo fuera de la perspectiva la esfera jurídica del autor. El autor viene definido tan sólo por el hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico, con el añadido de que cabe anticipar, potencialmente sin límite alguno, el comienzo de tal peligro".<sup>386</sup> Desde mi punto de vista, no puedo sino estar de acuerdo en los presupuestos valorativos de estos autores, pero no en las consecuencias que pretenden inferir de ellas, consistentes en el rechazo de tal fin primordial del derecho penal y en el abandono de tal concepción del delito, sustituyéndolo por la lesión de la vigencia del ordenamiento jurídico. Es absolutamente cierto que "entender que el derecho penal no es más que un derecho maximizador de bienes puede conducir a una falta de respeto a la libertad que se reconocen recíprocamente las personas sociales",<sup>387</sup> y que "el derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad",<sup>388</sup> pero en la deducción, a partir

<sup>384</sup> Así, p. ej., ROXIN: *AT*, 2/37.

<sup>385</sup> FEIJOO SÁNCHEZ: *El injusto penal*, pp. 80-81.

<sup>386</sup> JAKOBS: "Criminalización", p. 295.

<sup>387</sup> FEIJOO SÁNCHEZ: *El injusto penal*, p. 82.

<sup>388</sup> JAKOBS: "Criminalización", p. 298.

de esas consideraciones, de que la misión del derecho penal no puede ser la protección de bienes jurídicos, y que debe ser sustituida por la de protección de expectativas, existe un salto lógico o, al menos, cierta ceguera ante la viga en el ojo propio. Es indudable que el fin de protección de bienes jurídicos entiende al ciudadano como enemigo, ya que sus normas se dirigen a la evitación de acciones lesivas por parte de potenciales delincuentes; pero ello de igual modo que el fin de protección de expectativas, ya que la expectativa de las potenciales víctimas se protege por medio de la punición de acciones lesivas para esos bienes, por lo que a mayor adelantamiento de la punición y a mayor exasperación punitiva mayor será el aseguramiento de la expectativa para las potenciales víctimas. En realidad, el fin de protección de expectativas de las potenciales víctimas sólo puede realizarse a través del establecimiento de medios preventivos dirigidos a la evitación de acciones que quebranten esas expectativas,<sup>389</sup> por lo que un derecho penal *exclusivamente* orientado a cualquiera de ambos fines, desde una perspectiva consecuencialista dirigida únicamente a maximizar la prevención, conllevará un mayor detrimento de la libertad de los ciudadanos y conducirá a concebir a éste como enemigo, ya en cuanto potencial autor de lesiones de bienes jurídicos, ya en cuanto potencial quebrantador de expectativas. Por lo demás, ninguna concepción exclusivamente *preventiva* está capacitada para incluir sus propios límites, ni desde el punto de vista de la proporcionalidad de la pena a imponer, ni desde el punto de vista del grado mínimo de lesividad que debe exigirse a las conductas para introducirlas en las redes del *tus puniendi*. Por ello, la inclusión de límites no maleables en función de la racionalidad consecuencialista de la prevención tendrá que venir, tanto en el fin de protección de bienes jurídicos como en el fin de protección de la vigencia de las normas, de consideraciones ajenas a dicha racionalidad, pertenecientes al fin del derecho penal dialécticamente enfrentado al preventivo, consistente en proteger a los potenciales delincuentes de la propia violencia estatal.<sup>390</sup> En suma, sólo cuando se llegue a un equilibrio razo-

<sup>389</sup> He intentado fundamentar esa tesis en ALCÁCER GUIRAO: *Los fines del derecho penal*, pp. 236 y ss.

<sup>390</sup> En similar sentido, afirman HASSEMER-MUÑOZ CONDE: *Introducción*, p. 114, que "ni la protección de los valores éticosociales de la acción, ni el afianzamiento del ordenamiento normativo ni, por supuesto tampoco la punición

nable entre el fin preventivo y el fin garantístico estaremos ante un derecho penal del ciudadano, optimizador de la libertad;<sup>391</sup> y todo derecho penal que atienda exclusivamente a la cara preventiva de la moneda, sea optimizando la protección de bienes, sea optimizando la protección de expectativas, será un derecho penal del enemigo. De hecho, y no obstante lo dicho, el fin de protección de bienes jurídicos puede poseer mayor potencialidad limitadora y garantística que el defendido por estos autores, ya que, como se ha resaltado con anterioridad, posibilita un enjuiciamiento fáctico y verificable de lo lesivo, aumentando la seguridad jurídica frente al decisionismo que conllevan las valoraciones basadas en criterios formales e hipernormativizados.

Por lo demás, y dicho sea al margen, de las consideraciones relativas a ese fin garantístico pueden, además, extraerse relevantes consecuencias para la función de interpretación de los tipos legales, normalmente atribuida al bien jurídico;<sup>392</sup> en concreto, la de que, si bien el bien jurídico ha de ser un criterio esencial para dicha labor hermenéutica, no ha de erigirse en el único factor a tener en cuenta, sino que junto a él habrán de valorarse otra serie de exigencias garantísticas derivadas del fin de protección de la libertad del ciudadano frente a la violencia estatal, las cuales, concurrendo como límites al fin de prevención de acciones lesivas de bienes jurídicos, permitirán obtener un criterio de razonabilidad en la decisión, fruto de la síntesis entre ambos fines contrapuestos y que, por ello, represente fielmente la génesis intersubjetiva del derecho penal.<sup>393</sup> Así, desde esa dualidad dialéctica de fines, debe resaltarse, siguiendo a Schünemann, "lo discutible de la doctrina actualmente dominante en el derecho penal que... entiende la interpretación teleológica predominantemente como interpretación a partir del bien jurídico protegido... la función del derecho penal no con-

---

ción de bienes jurídicos, pueden aceptarse más allá del derecho penal del hecho y del principio de proporcionalidad. Cualquiera que sea, pues, la misión o finalidad del derecho penal, ésta siempre vendrá limitada por la idea del Estado de derecho".

<sup>391</sup> Sobre las relaciones dialécticas entre ambas direcciones del derecho penal, y sobre la necesidad de su síntesis, conf. SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, pp. 179 y ss.

<sup>392</sup> Conf., p. ej., POLAINO NAVARRETE: *El bien jurídico*, pp. 303 y ss.

<sup>393</sup> En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 188, suscribiendo la afirmación de Schünemann citada a continuación en el texto, de donde se

siste en absoluto únicamente en una completa protección de bienes jurídicos, sino, más bien, en un complejo entramado del interés de la víctima en su protección, el interés del autor en su libertad y el interés de la comunidad en la prevención y la seguridad jurídica. Si, del referido entramado se aísla el interés en la protección y se lo absolutiza para la creación del derecho, se pierde la auténtica teleología de la ley penal como "magna Charta del delincuente".

Por todo ello, y como conclusión, considero que no hay razones para prescindir de la noción del hecho punible como lesión de bienes jurídicos, y sustituirlo por concepciones abstractas y formales extraídas de la sociología<sup>394</sup> o de la filosofía idealista (Hegel), y sí hay razones, tanto dogmáticas como valorativas, para mantenerlo. No obstante, tal y como ya se anunció, tampoco creo que deba prescindirse enteramente de la idea del delito como quebrantamiento de la vigencia de la norma, si bien, como a continuación pondré de manifiesto, como idea ulterior y complementaria de la anterior, y, por ello, dotada de una menor relevancia de cara a la construcción dogmática. Para ello, a continuación se establecerán, a modo de resumen, las ventajas de la concepción dogmática del delito como lesión del bien jurídico. Y en un capítulo posterior, se intentará plantear la compatibilidad entre ambas nociones del hecho punible.

#### 2.4. Ventajas dogmáticas de la noción de delito como lesión de bienes jurídicos

Sintéticamente expresadas, las ventajas dogmáticas de dicha noción del delito pueden cifrarse en tres aspectos:<sup>395</sup>

- 1º. Del fin de protección de bienes jurídicos se deriva el criterio del *periculum* para el bien jurídico como criterio central de la valoración del hecho punible. Dicho criterio, dado que permite remitir la valoración a un componente fáctico, posibilita la determinación de la lesividad de la acción en la decisión en el caso concreto, y una

<sup>394</sup> Conf. la crítica de LUZÓN PEÑA: *ADPCP*, 1989, pp. 18-19 a la introducción de la terminología sociológica en sustitución de los conceptos asentados en la dogmática jurídico-penal.

<sup>395</sup> Las siguientes consideraciones pueden encontrarse, en similar redacción, en ALCÁCER GUIRAO: *La tentativa inidónea*, pp. 353 y ss.

contrastación de los diferentes grados posibles de afectación al bien jurídico, lo que imprime, frente a la opción alternativa, un componente de racionalidad y seguridad jurídica. En cambio, la idea del quebrantamiento de la vigencia de las normas, dado su carácter genérico y formal, se ve incapacitado para concretar en cada caso el grado de lesividad, al conformar la noción de lesividad a partir de un elemento puramente simbólico, carente de sustrato fáctico. Así, las críticas que Stratenwerth emite contra la teoría de la impresión —tan similar en cuanto a su fundamento teleológico, así como, en consecuencia, en cuanto a la determinación de lo lesivo— son perfectamente aplicables a esa concepción del delito: “Las exigencias de la prevención general positiva (...) no pueden ser convertidas directamente en reglas de valoración penal (...) La teoría de la impresión no contiene más que una relativamente obvia afirmación de que sólo un ataque serio al ordenamiento jurídicamente protegido debe conllevar una sanción. Cualquier conclusión ulterior es problemática”.<sup>396</sup>

- 2º. El criterio del peligro, y su carácter graduable en virtud de las distintas formas de enjuiciamiento, permite establecer una clara diferenciación dogmática en las estructuras de desvaloración jurídico-penal, a partir de la diferenciación entre el desvalor de acción, que engloba el peligro para el bien jurídico desde la perspectiva del agente (perspectiva *ex ante* objetiva), y el desvalor de resultado, que plasma la efectiva lesión del bien jurídico, configurando con ello la situación última que el derecho penal desea, finalmente, evitar. Con ello, además de ofrecer una herramienta básica y susceptible de argumentación en cada caso para la graduación del contenido de injusto, permite distinguir claramente entre la afectación potencial y la efectiva lesión de los intereses protegidos. Frente a ello, como hemos visto, la noción de delito como quebrantamiento de la norma tiende a difuminar la idea del resultado lesivo (de la efectiva lesión del bien jurídico), al tener que asumir que ya una acción dirigida a la lesión, una acción peligrosa, confor-

<sup>396</sup> STRATENWERTH: AT (1981), p. 192.

ma una plena "lesión del deber", que es la definición genérica de delito de este sector doctrinal. Si el desvalor de acción se identifica con la lesión de deber, el mayor componente desvalorativo de la efectiva lesión del bien jurídico queda como un elemento secundario y difícilmente encajable en el sistema.

- 3º. El criterio del peligro imprimirá también una mayor exigencia en cuanto al establecimiento del grado mínimo de lesividad para poder considerarse a la conducta merecedora de pena. Así, frente a la exigencia mínima de un peligro para el bien jurídico como instancia mínima de lo penalmente relevante, la reconducción de lo lesivo a factores psicosociales o "comunicativo-simbólicos" permitirá con mayor facilidad afirmar la relevancia penal de conductas sólo subjetivamente dirigidas a la lesión del bien jurídico, por cuanto ya de una actitud hostil al derecho, aun cuando carezca de todo peligro para el interés protegido por la norma de conducta, podrá predicarse, sin forzar los límites de significado, un "quebrantamiento de la norma". Con ello no estoy afirmando que necesariamente haya de ser así; sino que, precisamente por la vaguedad y abstracción de dicho concepto de lo punible, podrá incluirse en él toda manifestación social de contrariedad a derecho expresada en actos.<sup>397</sup>

<sup>397</sup> Tampoco estoy afirmando que el delito como lesión de bienes jurídicos haya de llevar necesariamente a la limitación de lo punible de conductas peligrosas para el bien jurídico. Es sabido que numerosos autores que parten de dicho fin del derecho penal consideran punible determinados supuestos de tentativas irreales (no peligrosas desde una perspectiva *ex ante* objetiva). Lo único que intento resaltar en el texto es que desde la noción de delito aquí defendida se hace *más difícil* la fundamentación de esa ampliación de lo punible. Muestra de ello es la concepción mayoritaria en Alemania, donde la doctrina, precisamente por esa dificultad de justificar la punición de la tentativa irreal a partir del *telos* de la protección de bienes jurídicos, se ve obligada a recurrir a la teoría de la impresión como *ratio* alternativa de esa punición, la cual se caracteriza precisamente por partir de los presupuestos teleológicos de los que emana la noción de delito como quebrantamiento de la vigencia del ordenamiento. Sobre ello, conf.

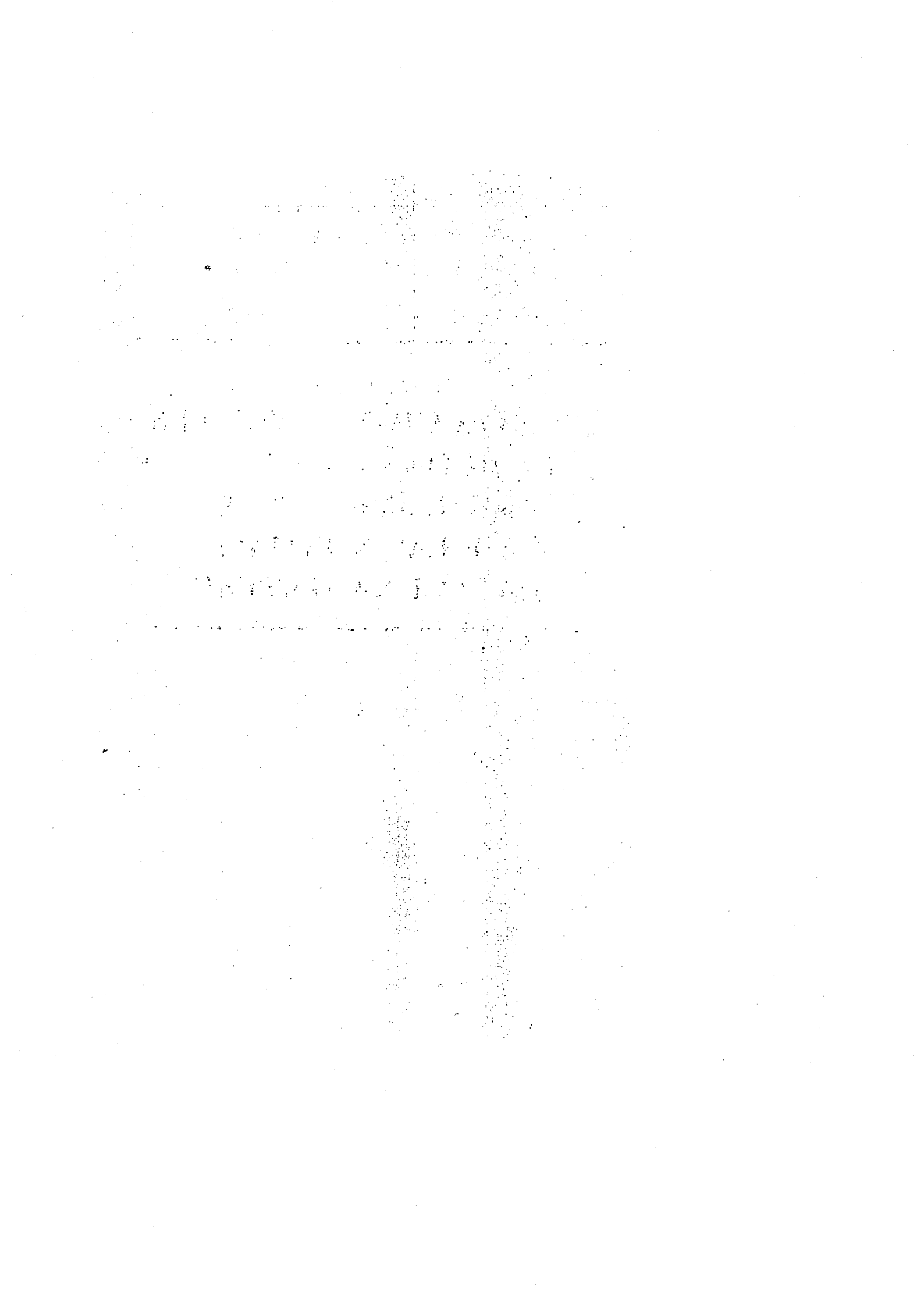
---

---

CAPÍTULO IV  
PROTECCIÓN DE BIENES  
JURÍDICOS Y PROTECCIÓN  
DE LA VIGENCIA  
DE LAS NORMAS:  
HACIA UNA SÍNTESIS

---

---



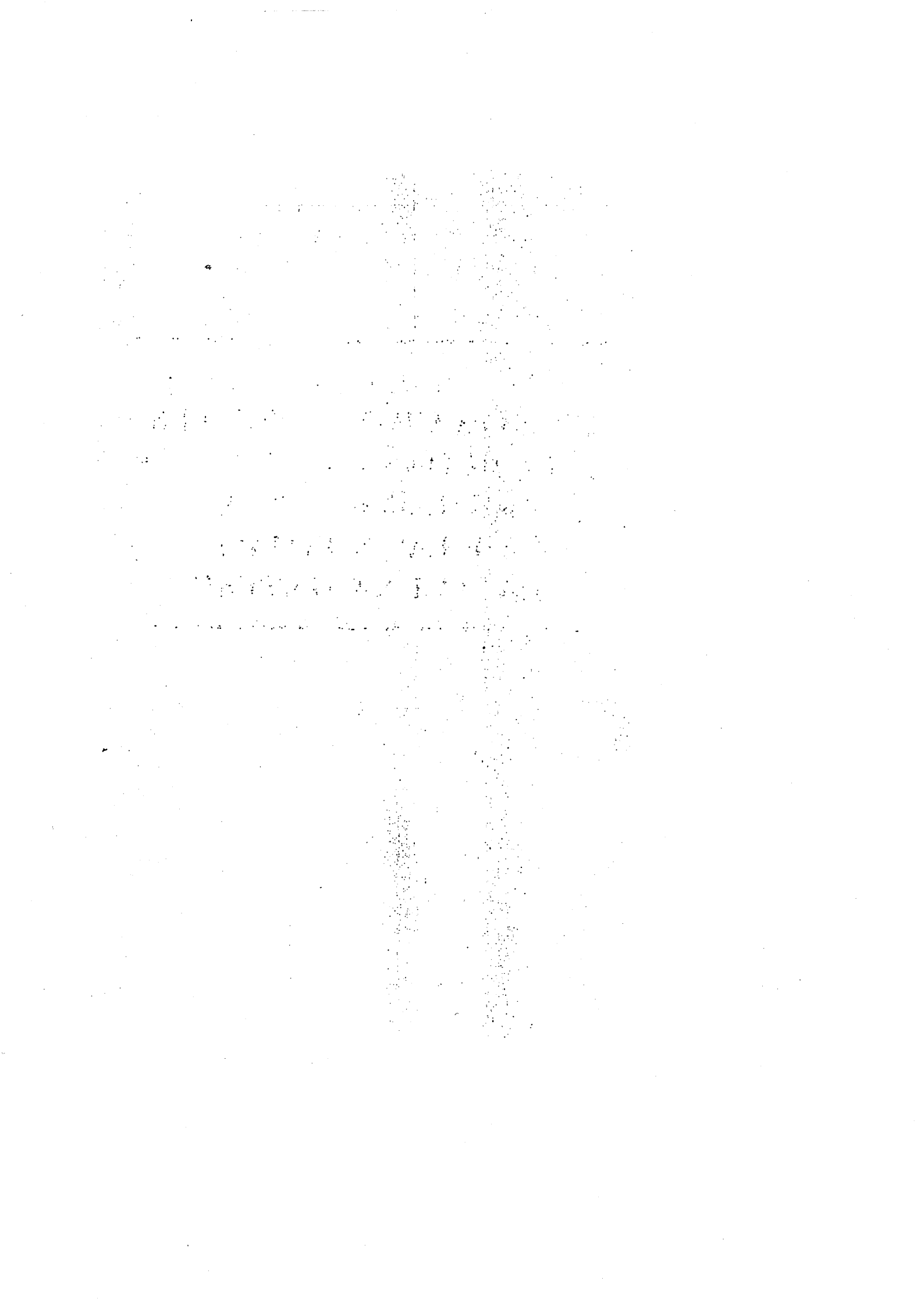
## 1. Introducción. Los fines preventivos del derecho penal

Hasta el momento hemos llegado a la conclusión de que el concepto material de delito como lesión de la vigencia de la norma no es una herramienta adecuada ni para establecer pautas político-criminales de cara a la faceta de criminalización de conductas —lo que, como vimos, era reconocido por sus mismos defensores—, ni para satisfacer las exigencias dogmáticas que deben predicarse de una noción material del hecho punible. Y que, por el contrario, debe mantenerse el concepto de delito como lesión de bienes jurídicos, por ser apto tanto para sentar algunas directrices limitadoras en la labor del legislador —siempre dependiendo de la concreción de sus perfiles ideológicos a partir de la doctrina del liberalismo político, fuente de la que emana la misma noción de bien jurídico—, como para proporcionar márgenes de racionalidad, seguridad jurídica y justicia en la aplicación de las normas penales y en la construcción del sistema.

No obstante, ello no implica que la idea del quebrantamiento de la norma como referente de la lesividad social propia de las conductas delictivas deba quedar completamente fuera del sistema penal. A continuación plasmaremos esa idea a partir de los fines del derecho penal aquí tenidos por válidos, para después intentar plantear una forma de armonización de ambos conceptos de lo delictivo dentro del sistema.

Como en otro lugar he puesto de manifiesto,<sup>398</sup> en una sociedad democrática de base liberal los intereses esenciales de protección de reconducirse a las condiciones que permiten el desarrollo de la libertad del ciudadano en sus relaciones dinámicas con los demás. Dichas condiciones de participación libre

<sup>398</sup> Sobre las siguientes consideraciones, remito a ALCÁCER GUIRAO: *Los fines del derecho penal*, pp. 216 y ss.



## 1. Introducción. Los fines preventivos del derecho penal

Hasta el momento hemos llegado a la conclusión de que el concepto material de delito como lesión de la vigencia de la norma no es una herramienta adecuada ni para establecer pautas político-criminales de cara a la faceta de criminalización de conductas —lo que, como vimos, era reconocido por sus mismos defensores—, ni para satisfacer las exigencias dogmáticas que deben predicarse de una noción material del hecho punible. Y que, por el contrario, debe mantenerse el concepto de delito como lesión de bienes jurídicos, por ser apto tanto para sentar algunas directrices limitadoras en la labor del legislador —siempre dependiendo de la concreción de sus perfiles ideológicos a partir de la doctrina del liberalismo político, fuente de la que emana la misma noción de bien jurídico—, como para proporcionar márgenes de racionalidad, seguridad jurídica y justicia en la aplicación de las normas penales y en la construcción del sistema.

No obstante, ello no implica que la idea del quebrantamiento de la norma como referente de la lesividad social propia de las conductas delictivas deba quedar completamente fuera del sistema penal. A continuación plasmaremos esa idea a partir de los fines del derecho penal aquí tenidos por válidos, para después intentar plantear una forma de armonización de ambos conceptos de lo delictivo dentro del sistema.

Como en otro lugar he puesto de manifiesto,<sup>398</sup> en una sociedad democrática de base liberal los intereses esenciales de protección se reconducirán a las condiciones que permiten el desarrollo de la libertad del ciudadano en sus relaciones dinámicas con los demás. Dichas condiciones de participación libre

<sup>398</sup> Sobre las siguientes consideraciones, remito a ALCÁZAR GUIRAO: *Los fines del derecho penal*, pp. 216 y ss.

en la sociedad, concebidas como esferas —personales o interpersonales— de libertad, se configuran, desde el sistema penal, como bienes jurídicos, los cuales son protegidos en primera instancia por las normas de conducta —a las que todos los ciudadanos, como participantes en las decisiones democráticas acerca su autogobierno, han dado asentimiento— y, como refuerzo tanto de la validez normativa como de la capacidad coactiva de imposición de aquéllas, por la sanción penal.

Pero, junto a los bienes jurídicos, condición de la libertad del ciudadano en sociedad es también la misma *expectativa de seguridad* de que esos intereses no habrán de verse lesionados por terceras personas. En otras palabras: un grado razonable de confianza en que las normas de conducta habrán de ser respetadas por todos. Sólo esa seguridad permite un trato pacífico con sus propios intereses, sin el permanente temor a ver vulnerada su esfera de libertad. Por ello, en suma, la protección de la vigencia fáctica de las normas, esto es, la protección de la confianza en las expectativas normativas de actuación social inscritas en ellas debe erigirse asimismo en un fin legítimo del derecho penal, junto al fin de protección de bienes jurídicos.

Entre ambos fines existirá, en principio, una relación de reciprocidad funcional, en la medida en que la protección de los bienes jurídicos conllevará en sí mismo un refuerzo de la confianza del ciudadano en el respeto generalizado de las normas. La satisfacción del primero, entonces, conllevará *eo ipso* la del segundo. Ello es una primera razón para, a mi entender, situar en un rango axiológico superior la protección de bienes jurídicos. Pero hay otra: si bien esa seguridad cognitiva será un factor relevante de cara al aumento de la libertad del ciudadano, lo fundamental para sus intereses será, en todo caso, la efectiva protección de los bienes jurídicos: una seguridad material, y no sólo cognitiva, siendo ésta un mero espejismo simbólico —y condenado a la defraudación— sin el efectivo aseguramiento de la indemnidad de los primeros.

Pues bien, a partir de estas consideraciones, necesariamente sintéticas —entre otras razones para no reiterar lo afirmado en otros lugares—, puede concluirse que el fin preventivo primordial del derecho penal habrá de ser en todo caso la protec-

y funcionalmente subordinado a aquél. En un epígrafe posterior veremos cómo puede ordenarse tal relación de subordinación. Y esta conclusión puede venir también a justificar que, desde una perspectiva teleológica, sea el concepto de delito como lesión del bien jurídico el que deba ostentar carácter fundamental con respecto al de lesión de la vigencia de la norma.

## 2. La lesividad social del delito y su doble noción material

Existe además otra razón, derivada de la anterior, por la que una noción de delito que aspire a resaltar el carácter de lesividad de la conducta, debe incluir la idea del quebrantamiento de la vigencia de la norma. El delito, desde la protección de bienes jurídicos, y más en general desde los puntos de partida del ideario liberal, se caracteriza —al menos en lo tocante a los bienes eminentemente personales— por vulnerar una esfera de libertad ajena. La lesividad social, así, siguiendo los postulados clásicos de la Ilustración o de Feuerbach se concreta en la lesión de un derecho subjetivo. Con esa noción de lo lesivo, plasmando en cualquier caso las entidades esenciales de protección del derecho penal, no llega a plasmarse, sin embargo, el componente *social* e intersubjetivo de lesividad que todo delito conlleva. Como, en este sentido, ha afirmado Hassemer, junto a la lesión del bien jurídico, la conducta delictiva debe conllevar un particular aspecto de la lesividad social: que “el conflicto nos concierna a todos, y no sólo al autor y la víctima”.<sup>399</sup> En otras palabras, el componente de lesividad del delito alcanza, además de a las concretas víctimas titulares de los bienes jurídicos lesionados, a la sociedad como conjunto —aquí radica la corrección de los puntos de vista de la prevención general positiva—, y esa lesividad específicamente *social* se debe a que con la vulneración de la norma por parte del autor se pone en duda la vigencia fáctica y validez normativa del ordenamiento, generando la desconfianza en la autoridad valorativa y poder coactivo del derecho y, con ello, disminuyendo la confianza en el respeto de las normas por parte de terceros.

En suma, desde la plasmación de la lesividad de las conductas delictivas, que será lo que otorgue al delito su mereci-

<sup>399</sup> H. Hassemer, *Lehrbuch des Strafrechts*, 55. 199.

miento y necesidad de pena, la antijuridicidad material deberá abarcar ambos aspectos. En esta línea, puede seguirse la concepción que sostuviera Von Gemmingen, para quien la antijuridicidad venía conformada por dos planos distintos. De una parte, por la llamada *Substratswidrigkeit*, que concurría con la puesta en peligro o lesión del bien jurídico; de otra parte, por la *Geltungswidrigkeit*, consistente en el ataque a la vigencia social del derecho.<sup>400</sup> En cualquier caso, ello no implica —a diferencia de lo que, en la dirección de la actual teoría de la impresión, sostenía el citado autor—, que la segunda pueda concurrir sin la primera —caso, a juicio de este autor, de las tentativas no peligrosas—, sino que sólo cuando se dé un peligro relevante para el bien jurídico, o bien cuando se produzca su efectiva lesión, podremos afirmar, *precisamente por ello*, una lesión de la vigencia de la norma. Ello se debe a que si lo protegido por las normas de conducta son los bienes jurídicos, sólo una conducta que pueda potencialmente afectarlos generará ese quebrantamiento de la expectativa normativa.<sup>401</sup> En otras palabras, sólo conductas peligrosas para los intereses protegidos habrán de *interpretarse* como socialmente lesivas, en el sentido antes citado; el criterio del peligro puede, así, erigirse en el sustrato desnormativizado también de lo “comunicativamente relevante” a efectos del derecho penal; esto es, de la noción del quebrantamiento de la vigencia de la norma.<sup>402</sup> Siendo, por lo demás, ese solapamiento puramente analítico, será la noción del delito como lesión del bien jurídico la que, por las ventajas dogmáticas antes citadas, deberá servir como elemento nuclear de la configuración dogmática del juicio de antijuridicidad.

### 3. Merecimiento y necesidad de pena.

#### *Norma de conducta y norma de sanción*

De cara a la relación entre ambos fines genéricos del derecho penal, podría afirmarse que, mientras la protección de bie-

<sup>400</sup> VON GEMMINGEN: *Die Rechtswidrigkeit des Versuchs*, pp. 160 y ss.

<sup>401</sup> Esa conclusión no es, ciertamente, empírica, sino analítica.

<sup>402</sup> Ello ya fue sostenido en ALCÁCER GUIRAO: *La tentativa inidónea*, pp. 362 y ss.

nes jurídicos constituye el fin último del derecho penal, la protección de la vigencia de las normas es un cometido específico de la pena, y, al estar subordinado funcionalmente al anterior, con un rango axiológicamente inferior. Con la pena —especialmente con la concreta imposición de la pena—, se persigue reinstaurar la vigencia de la norma, pero ello tanto en su faceta de restablecimiento de confianza de los ciudadanos en el respeto de ellas, como en su faceta de refuerzo del poder valorativo y coactivo (a través de la amenaza de pena) de la norma de conducta, la cual sirve directamente a la prevención de conductas lesivas para los bienes jurídicos. Así, es sólo la pena impuesta la que ejercita ese refuerzo en la confianza en las expectativas sociales de conducta, operando, en cambio, tanto la imposición de la pena como la norma de conducta (unida a la amenaza de pena) en aras del fin primordial de protección de bienes jurídicos.

En cualquier caso, no sería del todo errado distribuir el peso de ambos cometidos del derecho penal a cada uno de los instrumentos —norma y sanción— del derecho penal. Así, podría afirmarse que la protección de bienes jurídicos se realizaría especialmente por la norma de conducta (más amenaza de pena), en cuanto es en ésta donde radica el componente esencialmente preventivo (orientado al futuro) de evitación de conductas potencialmente lesivas para los bienes jurídicos; mientras que el restablecimiento de la vigencia del ordenamiento vendría especialmente satisfecho por la norma de sanción, caracterizada por el componente reactivo (orientado al pasado).<sup>403</sup> Expresado en otros términos: mientras la norma de conducta serviría al fin de *dirección de conductas*, la pena impuesta operaría esencialmente en el *restablecimiento de expectativas*.<sup>404</sup> En un sentido similar, ya Welzel, en su polémica con Mezger, puso de manifiesto que la idea esencial de la "protección" que lleva a cabo el derecho penal no tiene por qué asociarse con exclusividad con los bienes jurídicos, por cuanto existía un mecanismo de protección no dirigido a la protección inmediata de los bienes jurídicos, sino al mantenimiento de los valores de

<sup>403</sup> Véase ALCÁZAR GUIRAO: *La tentativa inidónea*, p. 435.

<sup>404</sup> Sobre esa oposición conf. LUHMANN: "Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltensteuerung?", pp. 73 y ss.

la actitud correcta, destacando que, mientras era la norma de conducta la que protegía el *Sachverhaltswert* (el estado positivamente valorado, el bien jurídico), la pena impuesta estaba llamada a proteger esencialmente el *Aktwert* (los valores del acto, la validez o vigencia de las normas mismas).<sup>405</sup>

A partir de esa oposición, podemos trazar una ulterior, vinculando a la norma de conducta, y a su misión *inmediatamente* protectora de los bienes jurídicos, la noción del *merecimiento de pena*, y situando en la norma de sanción, y a su fin inmediatamente dirigido al restablecimiento de la vigencia (en sentido genérico) de las normas, lo relativo a la decisión sobre la *necesidad de pena*.<sup>406</sup>

La diferencia entre merecimiento y necesidad de pena puede explicarse en los siguientes términos. Mientras que el merecimiento de pena atiende a una racionalidad valorativa, dirimiéndose la cuestión de cuándo es legítimo establecer responsabilidad penal por lo realizado, la necesidad de pena ve presidida su esfera de decisión por una racionalidad instrumental, planteándose cuándo es necesaria funcionalmente una pena, respecto de los fines a ésta asignados.<sup>407</sup> El merecimiento de pena, entonces, se centra en la cuestión de la imputación y valoración de conductas, viniendo determinado, así, en virtud de la relación de la lesividad de la acción y los intereses últimos que está llamado a proteger el derecho penal: los bienes jurídicos.<sup>408</sup> Ello emana de la norma de conducta porque, en cuanto mecanismo directivo de conductas, será esa norma la que establecerá el contenido del deber y los límites de restricción de la libertad de actuar del ciudadano, confluyendo en ella principios garantísticos de naturaleza deontológica —singularmente: principio de lesividad y principio de culpabilidad en sentido amplio—. En este sentido, sólo desde la norma de conducta, en cuanto dirigida al ciudadano, podrá delimitarse el ámbito de

<sup>405</sup> WELZEL: *Strafrecht*, pp. 4-5. Sobre esa polémica, conf. ALCÁCER GUIRAO: *La tentativa intodónea*, pp. 281 y ss.

<sup>406</sup> En igual sentido, aunque a mero título de hipótesis, SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 407.

<sup>407</sup> En sentido similar, DA COSTA ANDRADE: "Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal", p. 156, nota 10.

los *presupuestos* de la responsabilidad penal, que necesariamente tendrán que conformarse en virtud de la potencialidad de la acción con los intereses causalmente modificables (sustrato fáctico del bien jurídico), y no a partir del quebrantamiento de la vigencia de la norma, por cuanto, en virtud del principio de culpabilidad, sólo resultados evitables —previsibles— por el agente podrán ser atribuidos a su esfera de responsabilidad, y esos efectos psicosociales propios de la prevención general positiva no pueden ser dominables por el autor, en cuanto no dependen directamente de los efectos fácticos de su acción, sino de otros factores no controlables por él. Por ello, éstos sólo pueden situarse en el ámbito de la necesidad de pena, instancia que, atendiendo sólo a las necesidades sociales de imposición de la sanción, se desvinculan de la cuestión relativa a la legitimación de la atribución de responsabilidad. Si en el merecimiento de pena han de hallarse los *presupuestos* que legitiman la responsabilidad penal y, por ello, la posibilidad de aplicar la sanción penal, en la necesidad de pena debe hallarse el *fundamento* de pena, esto, es la razón por la que debe imponerse.

Intentemos explicar esto más detalladamente.<sup>409</sup> En un derecho penal teleológicamente conformado en función de su labor preventiva, el juicio desvalorativo y la atribución de responsabilidad al agente —elementos emanados del merecimiento de pena— no pueden justificarse por sí mismos, sino sólo como requisitos previos *para* la consecución de determinados fines sociales, lo que se realizará a partir de la utilización de la pena. Por ello, en rigor, el *fundamento* de punición de toda conducta no está en la lesión del bien jurídico —ello es su *presupuesto*—, sino en el quebrantamiento de la vigencia de las normas, y en la negación del poder coactivo de la amenaza de pena. La lesión del bien jurídico es algo que queda en el pasado, es irreparable. Y en un derecho penal orientado al futuro, cuyo carácter instrumental y no de fin en sí mismo legitima la sanción exclusivamente *sed ne peccetur*, y no *quia peccatum est*, el *fundamento* de la sanción no puede venir dado por algo ya irreparable, sino sólo para restablecer la validez y vigencia de

<sup>409</sup> Las consideraciones siguientes han sido, en términos similares, desarrolladas en una obra de quien esto escribe de próxima publicación: ALCÁZAR GUIRAO: *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*

las normas de conducta y con ello, en última instancia, para proteger bienes jurídicos todavía no lesionados.

Es en este sentido, en suma, en el que debe afirmarse que la desvaloración de conductas y la atribución de responsabilidad penal por la lesión del bien jurídico no es sino *presupuesto* para la imposición legítima de la sanción, y no, en rigor, su *fundamento*, que radicará en la necesidad de pena, porque si no hay necesidad de pena carece de sentido afirmar un merecimiento de pena: no se castiga para atribuir responsabilidad, se atribuye responsabilidad para castigar.

En conclusión, podemos reafirmarnos en lo ya expresado en páginas anteriores. Los presupuestos básicos de la responsabilidad penal —injusto y culpabilidad—, que se inscriben en la decisión acerca del merecimiento de pena, deben emanar de la relación del agente con la norma de conducta (culpabilidad en sentido amplio: evitabilidad y accesibilidad normativa) y de la capacidad lesiva de la acción del agente con los intereses últimos del derecho penal, que son *directamente* protegidos por la norma de conducta: los bienes jurídicos. Por ello, el concepto material de lo injusto de cara a la construcción del sistema —de cara a sentar esos presupuestos para la sanción— debe venir presidido por la lesión (evitable) del bien jurídico.

Con ello doy por terminada la discusión que pretendía someter a análisis en este trabajo. Indudablemente, muchos aspectos expuestos en él están necesitados de una ulterior concreción: Especialmente la ordenación del sistema en virtud de las categorías del merecimiento de pena y la necesidad de pena —o de la distinción entre la norma de conducta y la norma de sanción—, que comienza a plantearse en algún sector doctrinal, precisa de un desarrollo muy superior al que aquí puede ser realizado. Estas páginas perseguían el cometido mucho más modesto de sentar algunas bases para la discusión posterior.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁ CER GUIRAO, Rafael: *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Comares, 2000.
- *Los fines del derecho penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*, Ad-Hoc, 2001.
- "Facticidad y normatividad. Racionalidad instrumental, racionalidad valorativa y racionalidad sistémica", *NDP*, 1998-B, pp. 389 y ss.
- *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento* (en prensa).
- AMELUNG, Knut: "Rechtsgutsverletzung und Sozialschädlichkeit", en JUNG-MÜLLER DIETZ-NEUMANN: *Recht und moral*, pp. 269 y ss.
- *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Atheneum, 1972.
- BARATTA, Alessandro: "Jenseits der Strafe. Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft", *Arthur Kaufmann-Festschrift zum 70 Geburtstag*, C.F. Müller, 1993, pp. 393 y ss.
- "Integración-prevención. Una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", *CPC*, 1984, pp. 533 y ss.
- BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich, y MITSCH, Wolfgang: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 10ª ed., Ernst und Werner Gieseker, 1995.
- BAUMANN, Zygmunt: *Modernidad y holocausto*, Sequitur, 1998.
- BAURMANN, Michael: "Strafe im Rechtsstaat", en BAURMANN-KLIEMT (edits.): *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, pp. 109 y ss.
- "Schuldlose Dogmatik?", en LÜDERSSEN-SACK: *Abweichendes Verhalten*, IV, p. 196.
- , y KLIEMT, H. (eds.): *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, Nomos, 1991.
- *El mercado de la virtud*, Gedisa, 1998.
- BECCARIA, Cesare: *De los delitos y de las penas*, Orbis, 1984.
- BERLIN, Isaiah: *Las raíces del romanticismo*, Alianza, 2000.

- BOBBIO, Norberto: "Prólogo", en FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón*.  
 — "Hegel und die Naturrechtslehre", en RIEDEL, M. (ed.): *Materialien zur Hegels Rechtsphilosophie*, Band 2, pp. 81 y ss.
- BUSCH, Richard: *Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre*, 1949.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Manual de derecho penal español. Parte General*, 4ª ed. aumentada, corregida y puesta al día por Hormazábal Malarée, H., PPU, 1994.  
 —, y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Lecciones de derecho penal I*, Trotta, 1997.
- CALLIES, Peter: "Strafzwecke und Strafrecht", *NJW*, 1989, pp. 1338 y ss.
- CARBONELL MATEU: *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, 1996.
- CARRIÓ, Alejandro: *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ª ed., Abeledo-Perrot, 1994.
- CRUZ, Manuel (ed.): *Acción humana*, Ariel, 1997.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *El derecho penal español. Curso de iniciación. Parte General. Teoría del delito 1*, 2ª ed., Civitas, 1996.
- DA COSTA ANDRADE: "Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal", en SCHÜNEMANN-FIGUEIREIDO DIAS (coords.): *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal*, Bosch, 1995.
- DAHM, Georg: *Gemeinschaft und Strafrecht*, 1938  
 —, y SCHAFFSTEIN, Friedrich: *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, 1933.
- DAHRENDORF, Ralf: *Homo sociologicus*, Akal, 1973.
- ELSTER, Jon: *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, FCE, 1995.
- ENGISCH, Karl: *Einführung in das juristische Denken*, Kohlhammer, 1983.
- ESER, Albin: "Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima", *ADPCP*, 1996, pp. 1021 y ss.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*, Colex, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, 1995.
- FEUERBACH, Anselm v.: *Tratado de derecho penal*, Hammurabi, 1989.  
 — *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, 14ª ed., 1847, anotado por

- FISCHER, Thomas: "Die Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören", *NStZ*, 1988, pp. 159 y ss.
- FORST, Rainer: *Kontexte der Gerechtigkeit*, Suhrkamp, 1996.
- "‘Normativer Individualismus’: Substantielle Grundlage einer prozeduralen Rechtfertigung des Rechts", *ARSP*, 2000, pp. 45 y ss.
- FREUND, Georg: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Springer, 1998.
- FRISCH, W.: "An den Grenzen des Strafrechts", en *Stree, W.-Wessels, J.-Festschrift*, C. F. Müller, 1993, pp. 69 y ss.
- FROMMEL, Monika: "Umriss einer liberal-rechtsstaatlichen Normverdeutlichung durch Strafrecht", en *Schüler-Springorum-Festschrift*, Heymanns, 1993, pp. 257 y ss.
- "Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel", *ADPCP*, 1989, pp. 621 y ss.
- *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweckdiskussion*, Berlín, 1987.
- GALLAS, W.: "Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen", *ZStW* 67 (1955), pp. 1 y ss.
- "Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung", *Gleispach-Festschrift*, De Gruyter, 1936, pp. 50 y ss.
- GEMMINGEN, K. F.: *Die Rechtswidrigkeit des Versuchs*, 1932.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.; SCHÜNEMANN, B., y WOLTER, J. (eds.): *Omisión e imputación objetiva en derecho penal*, Universidad Complutense, 1994.
- GÓMEZ, Amparo: "Microfundamentos de la explicación social", en *Cruz: Acción humana*, pp. 295 y ss.
- GRAUL, Eva: *Abstrakte Gefährungsdelikte und Präsumptionen im Strafrecht*, Duncker & Humblot, 1991.
- GÜNTHER, Klaus: "De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber ¿un 'cambio de paradigma' en el derecho penal?", en *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, 2000, pp. 489 y ss.
- "Möglichkeit einer diskursethischen Begründung des Strafrechts", en *JUNG-MÜLLER DIETZ-NEUMANN: Recht und moral*, pp. 205 y ss.
- GUTMANN, Thomas: "'Keepin' em down on the farm after they've seen Paree': Contradicciones de la comprensión comunitarista del derecho", *Doxa*, 1999, pp. 467 y ss.
- HABERMAS, Jürgen: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho. Términos de teoría del discurso*, Trotta, 1998.

- , y RAWLS, John: *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós, 1998.
- HARDWIG, Werner: *Personales Unrecht und Schuld*, MschrKrim 1961, pp. 194 y ss.
- "Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht", ZStW 68 (1953), pp. 15 y ss.
- HART, Herbert L. A.: "Soziale Bindung und die Durchsetzung der Moral", en *Recht und Moral. Drei Aufsätze*, N. Hoerster, 1971.
- HASSEMER, Winfried: *Persona, mundo y responsabilidad*, 1999.
- "Warum und zu welchem Ende strafen wir?", ZRP, 1997, pp. 316 y ss.
- *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., 1990.
- "Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre", en *Jenseits der Funktionalismus*, Arthur Kaufmann-Festschrift, 1989, pp. 85 y ss.
- *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Fischer Athenäum, 1972.
- , y MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Tirant lo Blanch, 1989.
- HEGEL, Georg W. F.: *Principios de la filosofía del derecho*, Edhasa, 1998.
- HOLIS, Martin: *Filosofía de las ciencias sociales*, Akal, 1998.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, PPU, 1991.
- HRUSCHKA, Joachim: *Strafrecht nach logischer-analytischer Methode*, 2ª ed., De Gruyter, 1988.
- INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.): *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, 2000, pp. 289 y ss.
- JAKOBS, Günther: "¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", CDyJP, n° 11, 2001, pp. 23 y ss.
- "La omisión: estado de la cuestión", en ROXIN-JAKOBS-SCHÜNEMANN-FRISCH-KÖHLER: *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, 2000, pp. 129 y ss.
- *Estudios de derecho penal*, Civitas, 1997.
- "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en JAKOBS: *Estudios de derecho penal*, pp. 293 y ss.
- "El principio de culpabilidad", en JAKOBS: *Estudios de derecho penal*, pp. 365 y ss.
- *La imputación objetiva en derecho penal*, 1996.

- "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und Alt-europäischen Prinzipienendenken", *ZStW* 107 (1995), pp. 842 y ss.
- *Die Strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992.
- Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen der Zurechnungslehre, 2ª ed., De Gruyter, 1991.
- JESCHECK, Heinrich: *Tratado de derecho penal, Parte General*, 4ª ed., Comares, 1993.
- JUNG, Heike; MÜLLER-DIETZ, Heinz, NEUMANN, Ulfried (eds.): *Recht und Moral. Versuch eine Standortbestimmung*, Nomos, 1991.
- KARGL, Walter: "Friede durch Vergeltung", *GA*, 1998, pp. 53 y ss.
- "Friedenssicherung durch Strafrecht", *ARSP*, 1996, p. 486.
- "Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz", en *Von unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995, pp. 53 y ss.
- KINDHÄUSER, Urs: "Rationaler Rechtsgüterschutz durch Verletzungs- und Gefährdungsverbote", en LÜDERSSEN (ed.): *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Nomos, 1998, pp. 263 y ss.
- "Sicherheitsstrafrecht", *Universitas*, 1992, pp. 227 y ss.
- "Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüteschutz", en LÜDERSSEN-NESTLER-TREMER-WEIGEND (ed.): *Modernes Strafrecht und ultima ratio Prinzip*, Frankfurt, 1990.
- *Gefährdung als Straftat*, Klostermann, 1989.
- KOHLER, August: *Studien aus dem Strafrecht*, Frankfurt, 1890.
- KOLLER, Peter: "Theorien des Sozialkontrakts als Rechtfertigungsmodelle politischer Institutionen", en *O. Weinberger-Festschrift*, 1984, pp. 241 y ss.
- KÖSTLIN, R.: *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1845.
- KRÜPELMANN, Jürgen: *Die Bagatelldelikte*, Duncker & Humblot, 1966.
- KUHLEN, Lothar: "Strafrechtsbegrenzung durch einen materiellen Straftatbegriff?", WOLTER-FREUND (ed.): *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess*, Mannheim, pp. 77 y ss.
- LARENZ, Karl: *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 1932.
- LAURENZO COPELLO, Patricia: *El resultado en derecho penal*. Tirant lo Blanch, 1992.
- LESCH, Heiko H.: "Injusto y culpabilidad en derecho penal", *RDPC*, 1996, pp. 253 y ss.

- "Intervención delictiva e imputación objetiva", ADPCP, 1995, pp. 911 y ss.
- "Zur Einführung in das Strafrecht. Über den Sinn und Zweck Staatlichen Strafens", JA, 1994, pp. 510 y ss., y 590 y ss.
- *Das Problem der sukzesstven Beihilfe*, Peter Lang, 1991.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás: "Funciones del derecho", en GARZÓN VALDÉS-LAPORTA: *El derecho y la justicia*, Trotta, 1996, pp. 457 y ss.
- LÜDERSSEN, Klaus: "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und Alteuropäischen Prinzipien denken", ZStW.107 (1995), pp. 877 y ss.
- LUHMANN, Niklas: *Confianza*, Anthropos, 1996.
- *Rechtssoziologie*, 2ª ed., Reinbeck, 1983.
- "Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?", en LUHMANN: *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtslehre*, Reinbeck, 1981, pp. 73 y ss.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Derecho penal. Parte General I*, Madrid, 1996.
- "La relación del merecimiento de pena y la necesidad de pena con la estructura del delito", en SCHÜNEMANN-FIGUEIREIDO DIAS (coords.): *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal*, 1995.
- "Alcance y función del derecho penal", ADPCP, 1989, pp. 3 y ss.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, 1992.
- MARXEN, Klaus: *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, Duncker & Humblot, 1975.
- MATA Y MARTÍN, Ricardo: *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Comares, 1997.
- MAYER, Hellmuth: *Der Verbrechensbegriff*, Deutsches Strafrecht, 1938, pp. 73 y ss.
- *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, Berlín, 1936.
- MCCARTHY: *Ideales e ilusiones. Reconstrucción y deconstrucción en la teoría crítica contemporánea*, Tecnos, 1992.
- MERKEL, Adolf: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlín, 1889.
- MILL, John Stuart: *Sobre la libertad*, Alianza, 1997.
- MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., PPU, 1996.
- *El derecho penal en el Estado social y democrático de de-*

- "Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del *tus puniendi*", en MIR PUIG: *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, pp. 159 y ss.
- "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho", en MIR PUIG: *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, pp. 29 y ss.
- "Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva", en MIR PUIG: *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, pp. 129 y ss.
- "Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal en la reforma penal", en MIR PUIG: *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, pp. 151 y ss.
- *Introducción a las bases del derecho penal*, PPU, 1976.
- MOCCIA: "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones posmodernas y reflujos iliberales", en SILVA (ed.): *Política criminal y nuevo derecho penal*, pp. 113 y ss.
- MÜLLER-DIETZ, Heinz: "Vom intellektuellen Verbrechenschaden", GA, 1983, pp. 481 y ss.
- MÜLLER-TUCKFELD, Jens C.: *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, Frankfurt, 1997.
- MÜSSIG, B. J. A.: *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Peter Lang, 1993.
- NEUMANN, Ulfrid, y SCHROTH, Ulrich: *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, 1980.
- NINO, Carlos S.: *Ética y derechos humanos*, Ariel, 1989.
- *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, 1980.
- OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio: *Sobre el concepto del derecho penal*, Universidad Complutense, 1981.
- OTTO, Harro: "Personales Unrecht, Schuld und Strafe", ZStW 87 (1975), pp. 539 y ss.
- PAPAGEORGIOU, Konstantinos A.: *Schaden und Strafe*, Nomos, 1994.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, y CANCIO MELIÁ, Manuel: "Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs", en JAKOBS: *Estudios de derecho penal*, pp. 17 y ss.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes: *Culpabilidad y prevención*, Universidad Autónoma de Madrid, 1990.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel: *El bien jurídico en derecho penal*, PPU, 1974.

- PUPPE, Ingeborg: "Naturalismus und Normativismus in der modernen Strafrechtsdogmatik", GA, 1994, pp. 297 y ss.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín, PRATS CANUT, Miguel: *Manual de derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Aranzadi, 2000.
- RADBRUCH, Gustavo: *Filosofía del derecho*, trad. de la 4ª ed. del original alemán, Comares, 1999.
- RAWLS, John: *Sobre las libertades*, Paidós, 1996.
- *Teoría de la justicia*, FCE, 1995.
- ROBLES PLANAS, Ricardo: "Las faltas contra los intereses generales", AP, 1996, pp. 685 y ss.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: *Delitos de peligro. Dolo e imprudencia*, Universidad Complutense, 1994.
- RONZANI, Marco: *Erfolg und individuelle Zurechnung im Umweltstrafrecht*, 1992.
- ROXIN, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Beck, 1994.
- "Sinn und Grenzen staatlicher Strafe", en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, pp. 1 y ss.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim: *Systematisches Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., 1995.
- "El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal", en SCHÜNEMANN (comp.): *El sistema moderno del derecho penal. Aspectos fundamentales*, Tecnos, 1991, pp. 81 y ss.
- "Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs", *Honig-FS*, 1973, pp. 151 y ss.
- RUNCIMAN, W. G.: *El animal social*, Taurus, 1999.
- SALM: *Das versuchte Verbrechen*, Duncker & Humblot, 1957.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: "Algunas referencias de la historia de las ideas, como base de la protección de expectativas en derecho penal", CPC, 2001, pp. 391 y ss.
- SCHELSKY: "Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie", en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1, 1970.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhardt: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 2ª ed., Beck, 1984.
- *Vom Sinn der Strafe*, 2ª ed., 1971.
- SCHÜNEMANN, Bernd: "Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft", GA, 1995, pp. 201 y ss.
- (comp.): *El sistema moderno de derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, 1991.

- "La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo", en SCHÜNEMANN: *El sistema moderno de derecho penal*, pp. 31 y ss.
- "Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars (2ª parte)", GA, 1986, p. 293
- SEARLE, John: *La construcción de la realidad social*, Gedisa, 1997.
- SEELMANN, Kurt: "Hegels Strafrechtstheorie in seinen 'Grundlinien der Philosophie des Rechts'", JuS, 1979, pp. 687 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., (ed.): *Política criminal y nuevo derecho penal*, Bosch, 1997.
- "Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites", en SILVA SÁNCHEZ (ed.): *Política criminal y nuevo derecho penal*, pp. 17 y ss.
- *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, 1992.
- SINA, Peter: *Die Dogmengeschichte der strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*, 1962.
- SINGER, Meter: *Ética práctica*, 2ª ed., Oxford, 1993.
- STAECHELIN: "¿Es compatible la 'prohibición de infraprotección' con una concepción liberal del derecho penal?", en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.): *La insostenible situación del derecho penal*, pp. 289 y ss.
- STRATENWERTH, Günther: "Zum Begriff des 'Rechtsgutes'", *Lenckner-FS*, 1998, pp. 377 y ss.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, y CANCIO MELIÁ, Manuel: "La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva", estudio preliminar a JAKOBS: *La imputación objetiva en derecho penal*, pp. 21 y ss.
- TERRADILLOS-BASOCO, Juan: "Función simbólica y objeto de protección del derecho penal", *Pena y Estado*, 1 (1991), pp. 9 y ss.
- VEHLING, Karl H.: *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Peter Lang, 1991.
- VITT, E.: "Tagungsbericht", ZStW 105 (1993), pp. 803 y ss.
- Voss, Monika: *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Nomos, 1989
- WELZEL, Hans: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, De Gruyter, 1975.
- "Das Gesinnungsmoment im Recht", en WELZEL: *Abhandlungen...*

- "Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes", en WELZEL: *Abhandlungen...*, pp. 224 y ss.
- "Studien zum System des Strafrechts", en WELZEL: *Abhandlungen...*, pp. 121 y ss.
- *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., De Gruyter, 1969.
- WILLMS, B.: *Funktion, Rolle, Institution. Zur politiktheoretischen Kritik soziologischen Kategorien*, Berlín, 1971.
- WOLTER, Jürgen: *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Mannheim, 1981.
- WRIGHT, G. H. v.: *Explicación y comprensión*, Alianza, 1979.
- ZUGALDIA ESPINAR, José M.: *Fundamentos de derecho penal*, Tirant lo Blanch, 1993.