

EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO EN LA DOGMÁTICA PENAL

Paula Beatriz Bianchi Pérez *
pbianchip@yahoo.com

Resumen

La cuestión de buscar un *concepto* de bien jurídico y criterios que permitan su delimitación, ha estado presente siempre en la dogmática penal. En este artículo, se pretende presentar un breve esbozo de la senda por la que ha transitado la teoría del bien jurídico, con el fin de sentar las bases teóricas necesarias para adoptar una concepción operativa del mismo, que posibilite un adecuado análisis de esta figura en el estudio de cualquier tipología penal.

Palabras clave: Bien jurídico, Derecho penal, límite constitucional, daño social

EVOLUTION OF THE CONCEPT OF LEGALLY PROTECTED INTEREST IN PENAL DOGMATICS

Abstract

The question to look for a concept of legally protected interest and criteria that allow its boundary has always been present in the penal dogmatic. In this article, it is tried to present a brief outline of the footpath by which the theory of legally protected interest has journeyed, with the purpose of establishing the theoretical bases necessary to adopt an operative

* **Paula Beatriz Bianchi Pérez.** Abogada. Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca. Especialista en Propiedad Intelectual. Profesora de Derecho Penal y miembro del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes. Mérida-Venezuela. Trabajos publicados en las revistas Propiedad Intelectual (Venezuela, 2001/2002, 2003/2004), Anuario de Derecho (Venezuela, 2002), Revista Penal (España, 2008), y en los libros “Problemas actuales del Derecho penal” (Chile, 2007), “Temas Marcarios” (Venezuela, 1999). PPI Nivel Candidato.

Fecha de recepción de este artículo: 20.03.2009

Fecha de aceptación: 30.04.2009

conception of the same, that makes possible a suitable analysis of this theme regarding the study of any penal typology.

Key words: Legally protected interest, Penal Law, constitutional boundary, social damage.

Origen del concepto de ‘bien jurídico’

Sin restar importancia a la existencia de concepciones que se inclinan por el abandono del concepto de bien jurídico, debe destacarse que un sector mayoritario de la doctrina coincide en afirmar que el Derecho penal tiene como fin primordial la protección de bienes jurídicos¹. No obstante, la falta de acuerdo en la delimitación del contenido de esta figura y de sus funciones, ha derivado en un desarrollo teórico en constante transformación, que no puede considerarse en absoluto agotado².

Desde que en el contexto de la herencia del Iluminismo Feuerbach formulara el concepto inicial de bien jurídico como “*aquellas condiciones de vida en común de las que el Estado es garante*”, hasta las últimas posiciones en torno al tema, el bien jurídico ha sido parte integrante y básica de la teoría del delito desempeñando fundamentalmente dos papeles: como espacio delimitado de protección y como freno de la política criminal³.

Respecto del segundo ámbito de actuación, es decir como criterio limitador del *ius puniendi*, Rodríguez Gómez advierte que el concepto de bien jurídico no debe ser idealizado en el sentido de considerar que sea el único criterio para limitar la intervención del legislador, pues si bien debe ser excluido del Derecho penal todo aquello que no se refiera a la protección de bienes jurídicos, puede ocurrir que su concepto sea vago e impreciso y, por ende, no sea idóneo para limitar el ámbito de lo punible. A partir de esta premisa Rodríguez Gómez, siguiendo el criterio de Hassemer, aclara que aún cuando se reconozca que el concepto de bien jurídico es el criterio más práctico y aprehensible que tiene el legislador penal a la hora de tomar sus decisiones, para que pueda servir de *límite real del ius puniendi* del Estado debe ser completado con los criterios derivados de principios característicos del Derecho penal, propios de un Estado de Derecho, como son: el principio de proporcionalidad, de última ratio y de fragmentariedad⁴.

Ahora bien, no obstante atribuírsele a Feuerbach la formulación de la concepción inicial del bien jurídico, fue Birnbaum quien en 1834 estableció las bases adecuadas para una configuración científica y técnica de esta categoría dogmática⁵. Bustos Ramírez califica la concepción de Birnbaum como *trascendentalista de corte jusnaturalista*, pues considera que dicho planteamiento se encuentra entre el jusnaturalismo y el racionalismo, ubicándolo por tanto en una perspectiva jusnaturalista moderada. Bustos Ramírez destaca de la tesis Birnbaum el rechazo de la noción del delito como lesión de un derecho, al considerarse que el derecho no puede ser disminuido ni sustraído, lo que puede suceder únicamente respecto del objeto de derecho, definido como *un bien que jurídicamente nos pertenece*. A partir de esta premisa, Bustos Ramírez concluye que la concepción de Birnbaum es de carácter trascendente, al no confundir el bien jurídico con el derecho que le sirve de fundamento⁶.

En efecto, fue Birnbaum quien al formular un concepto general de lesión de un bien, al cual ubica en el mundo fáctico, se apartó del concepto de lesión de un derecho subjetivo enmarcado en un círculo abstracto y espiritual⁷. Por ello, resulta difícil no reconocer el carácter limitador de esta concepción, pues si el contenido de esos bienes es dado por la naturaleza y por el desarrollo social, el derecho y el Estado sólo puede reconocerlos, no alterarlos ni mucho menos establecerlos⁸.

Binding continúa el camino iniciado por Birnbaum en el desarrollo del concepto de bien jurídico, concibiéndolo como una “*creación valorativa del legislador*” que se protege mediante el otorgamiento de garantías que impiden su puesta en peligro. Para Binding el bien jurídico es creado por el derecho, al ser el legislador quien establece los objetos merecedores de protección⁹. Esta tesis se distancia de la trayectoria *trascendental* iniciada por Birnbaum, al sostener Binding el carácter *inmanente* de los bienes jurídicos respecto de la norma, lo que guarda perfecta coherencia con la concepción positivista normativista que representa este autor¹⁰.

En el contexto de la *concepción inmanente jurídico-positiva*, como planteamiento de reciente data, Bustos Ramírez ubica a Jakobs, pues en su consideración este último autor no sólo mediatiza el bien jurídico, sino que desde una perspectiva funcionalista sistemática lo priva de toda trascendencia dogmática al concebirlo

como la validez fáctica de la norma¹¹. Con esta postura Jakobs, como máximo exponente del funcionalismo, desplaza la importancia del bien jurídico y de su protección como misión del Derecho penal¹².

Por su parte, Von Liszt es considerado el autor que, en criterio generalizado, marcó una nueva etapa en la teoría del bien jurídico, al definirlo como el “*interés jurídicamente protegido*”. Destaca que el ordenamiento jurídico no crea el interés, pero la protección que confiere el Derecho eleva el interés vital para el individuo o la comunidad a la categoría de bien jurídico¹³.

Von Liszt incorpora al Derecho penal alemán el positivismo naturalista. Este autor intentó dar un contenido preciso al bien jurídico que le permitiera servir como límite al *jus puniendi*, y que al propio tiempo se convirtiera en el punto de unión entre las distintas disciplinas que se encargan del estudio del delito y de la pena. En su postura, Von Liszt se opone a la fundamentación de Binding, pues para este último los bienes jurídicos giran en torno al Estado y no en torno al hombre. Puede decirse que Von Liszt retoma los planteamientos de Birnbaum, pero los despoja de todo jusnaturalismo y racionalismo. No obstante, en su concepción quedaron algunos aspectos sin concreción, tal es el caso de no haber aclarado la diferencia entre *bien* e *interés*, lo que dio origen a una controversia poco fructífera que terminó en una total espiritualización del concepto¹⁴.

Ciertamente las corrientes espiritualistas, sobre todo bajo el influjo de la filosofía neokantiana en la doctrina penal alemana, para superar el positivismo y su traspolación mecánica de los conceptos a las ciencias del espíritu, colocaron como fundamento de estas últimas a la filosofía de los valores. Uno de los principales exponentes de la escuela neokantiana, Honig, en su definición de bien jurídico como “*el fin reconocido por el legislador en los preceptos individuales en su fórmula más sucinta*”, lo reduce a una categoría interpretativa, con lo cual pierde su carácter garantista y, consecuentemente, deja de servir de fundamento material del injusto¹⁵.

El vacío y deterioro que sufrió el bien jurídico como consecuencia de la espiritualización a que se ha hecho referencia, se evidenció especialmente en el tratamiento que recibió por los representantes de la escuela de Kiel, quienes en un primer momento llegaron a negar el concepto de bien jurídico como límite al *ius puniendi*, al estimarlo incompatible con los postulados del Estado totalitario del nacionalsocialismo, y en un segundo momento le reconocieron cierto espacio

pero desde una perspectiva prácticamente metodológica, convirtiéndolo en un instrumento político criminal inocuo¹⁶.

El retorno al concepto de bien jurídico con contenido trascendentalista se debe a Welsel, al definirlo como “*todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones*”, precisando además el contenido social de dicho concepto al establecer que la suma total de los bienes jurídicos constituye el orden social, y por eso la significación de un bien jurídico no ha de ser apreciada aisladamente sino en conexión con todo el orden social. Esta concepción del bien jurídico se aparta radicalmente de la orientación iniciada por Birnbaum y Von Liszt, al considerarse como fundamental los elementales deberes ético-sociales que sirven de base a los mandatos y prohibiciones, retomándose de esta forma la orientación de Binding¹⁷.

Es con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial cuando el concepto de bien jurídico resurge en forma amplia en Europa. Ahora bien, tal y como lo destaca Bustos Ramírez, en los últimos tiempos la re discusión del bien jurídico se ha desarrollado fundamentalmente desde un punto de vista político-criminal, en otras palabras, se ha seguido la concepción de Von Liszt al vincularse la teoría del bien jurídico con los fines del ordenamiento jurídico y, consecuentemente, con la política criminal. A su vez, Bustos Ramírez señala que si bien todas estas tendencias político-criminales se refieren lógicamente y necesariamente a la Constitución, al recurrirse a la misma para sustentar una relación directa entre Constitución y Derecho penal, de acuerdo a la intensidad del acento se puede distinguir entre tendencias jurídico-constitucionales y tendencias sociológicas¹⁸, tendencias que serán abordadas en el siguiente punto.

Tendencias Jurídico-Constitucionales y Tendencias Sociológicas

Tendencias Jurídico-Constitucionales

Como ya se anticipó estas teorías tienen como referente directo la Constitución. Se basan en la existencia de dos órdenes de valores en el ordenamiento jurídico, estos son: los valores consagrados en la Constitución y los valores que consagra la ley penal, siendo obligatoria la coincidencia de los segundos con los primeros. Sin embargo, las teorías constitucionales pueden a su vez dividirse en amplias o estrictas en atención justamente al tipo de coincidencia de los valores, pues mientras las tesis constitucionales estrictas conectan los

bienes jurídicos a disposiciones concretas del texto constitucional, las amplias toman a la Constitución como marco de referencia, al establecer simplemente relaciones de no contradicción y respeto a la forma de Estado consagrado en la misma¹⁹.

A Bricola se le identifica como el principal exponente de las teorías constitucionales en sentido estricto²⁰. Para este autor, el ilícito penal debe concretarse exclusivamente “*en una lesión significativa de un valor constitucionalmente relevante*”²¹. Bajo esta premisa la graduación de la sanción deberá tener, como principal parámetro, la importancia que el bien en cuestión tenga dentro del sistema constitucional²².

En la concepción de Bricola no basta la simple no incompatibilidad del bien a tutelar frente a la Constitución, sino que se precisa que el mismo se encuentre entre los expresa o implícitamente consagrados en el texto constitucional. De allí que se entienda que son bienes susceptibles de tutela penal los derechos reconocidos al ciudadano en la Constitución, los garantizados en convenios internacionales que puedan ser reconducidos a la fórmula de *derechos inviolables*, así como los valores objetivamente tutelables en sí mismos. Por ende, se estima que bajo esta tesis la misión del legislador penal estaría limitada a perfilar y completar los valores plasmados en la Constitución, al no poder *crear* intereses no recogidos ni desfigurar los constitucionalmente contemplados a través de las tipicidades penales²³.

Dentro de esa misma línea de pensamiento, Rudolphi sostiene que la norma fundamental es el elemento clave que posibilita superar la dicotomía entre un concepto teleológico de bien jurídico, *positivo, pero vacío y puramente formal*, y un concepto liberal, *con contenido, pero previo al Derecho positivo*. Para el referido autor, sólo sería posible obtener un concepto de bien jurídico pleno de contenido y jurídicamente obligatorio, si pudiera deducirse de las prescripciones jurídicas positivas previas a la legislación penal pero obligatorias para ésta, que sólo pueden estar contenidas en la Constitución²⁴.

De lo expuesto se infiere que en criterio de Rudolphi la Constitución contiene ya las decisiones valorativas fundamentales para la elaboración de un concepto de bien jurídico, que si bien es previo a las leyes penales, resulta obligatorio para las mismas. A partir de esta precisión, se entiende que sólo puede ser objeto de amenaza penal el comportamiento que lesione o ponga en

peligro los presupuestos de una vida social próspera, apoyada en la libertad y responsabilidad del individuo²⁵.

Rudolphi define a los bienes jurídicos como “*las unidades de función social indispensables para el desenvolvimiento de la sociedad*”. Tales unidades están configuradas en la Constitución, la cual es el parámetro básico para determinar los bienes jurídicos objeto de tutela²⁶.

En el marco igualmente de las tesis constitucionalistas estrictas se ubica en la doctrina española a González Rus²⁷, para quien el área del ilícito penal sólo puede delimitarse suficientemente a partir de una teoría constitucional estricta del tipo de la elaborada por Bricola en el derecho italiano. En defensa de la tesis de Bricola, señala que los que aducen que las tesis estrictas conllevan a la exclusión de tutela de bienes jurídicos nuevos, olvidan que el tiempo necesario para que surjan nuevos bienes no es precisamente corto, y que en todo caso, más que la aparición de bienes jurídicos inéditos históricamente, lo que surgen son nuevas formas de agresión de los bienes conocidos.

En criterio de González Rus, la búsqueda de un concepto de bien jurídico debe partir del reconocimiento de que el legislador, incluso el constituyente, lo que hace es elevar a la categoría de bien jurídico valores que se encuentran en la realidad social. En tal sentido, agrega que la Constitución recoge todo aquello que constituye los fundamentos y valores de una determinada sociedad en un concreto momento histórico. Bajo su concepción, el concepto de bien jurídico queda integrado por el “*bien o valor, individual o social, susceptible de ser percibido física o mentalmente y lesionable*”. No obstante el autor en referencia reconoce que tal concepto, por sí sólo, es incapaz de limitar al legislador ordinario en términos de mínima efectividad. Por ello, para evitar el peligro de “*perversión*” del bien jurídico, considera que se deben buscar vías capaces de limitar y vincular al legislador ordinario en el proceso de selección de los bienes jurídicos, y que ello sólo es posible conectándolo a los valores constitucionales. A partir de lo anterior extrae dos conclusiones: la primera consiste en el imperativo de que el ilícito quede reducido a los márgenes de “*estricta necesidad*” (principio de intervención mínima, reserva de ley, carácter personal de la responsabilidad criminal y la finalidad reeducativa asignada a la pena), y la segunda, relativa al contenido material de ilícito, consiste en la afirmación de la necesaria “*congruencia*” entre el bien penalmente tutelado y los valores constitucionales²⁸.

Enmarcado en la corriente constitucional del bien jurídico, pero en el contexto de un Derecho penal con influencias del funcionalismo, se ubica a Roxin²⁹. Su posición presenta ciertas variantes, pues si bien no parte formalmente de la Constitución ni se refiere a un sistema de valores, coincide en la negación de legitimidad estatal para sancionar ataques a presupuestos exclusivamente morales. En su criterio, el fin del Derecho penal únicamente puede consistir en garantizar la vida en común de todos los ciudadanos, lo que implica que en cada situación histórica y social los presupuestos imprescindibles para una existencia en común se circunscriben a una serie de condiciones valiosas, que todo el mundo tiene presentes, y que son en definitiva los bienes jurídicos³⁰. De allí que Roxin defina al bien jurídico como aquellas “*condiciones valiosas en que se concretan los presupuestos de la vida en común*”³¹.

Por su parte Fiandaca, en el marco de las tesis constitucionalistas amplias, establece una conexión entre la Constitución y el bien jurídico, pero aclara que del texto constitucional sólo se podrán extraer directrices de tutela “*potencialmente vinculantes*”, y cuya concretización deberá quedar a cargo de la legislación penal que actúe y desarrolle la Constitución, de lo que se deriva la consideración del sistema de bienes jurídicos constitucionales no sólo como un programa abstracto, sino como la base real de organización de la sociedad³². Por ello se señala que conforme a la tesis de Fiandaca, el nexo que se establece con la Constitución es de carácter flexible y meramente indicativo³³.

Hormazábal Malarée, en relación con la concepción de Fiandaca, señala que según su planteamiento la Constitución sólo debe ser tomada como fuente que proporciona directivas programáticas de tutela, pero en modo alguno parámetros realmente vinculantes para el legislador, concediendo de esta forma al legislador amplios márgenes de libertad, así como la posibilidad de revisar las diversas orientaciones relativas a los delitos de peligro abstracto y ciertos bienes jurídicos, todo ello con base en los principios de subsidiariedad, necesidad de la pena, merecimiento de la pena, etc³⁴.

En la misma línea, Pulitano asocia a la Constitución no sólo con lo que él denomina “*una función demoledora*”, sino con la “*función de reconstrucción de los objetos y del modelo de la tutela penal*”³⁵. El referido autor parte del entendimiento de la Constitución simbolizada en la metáfora del “*foro*”, es decir como Constitución *abierta*, lo que significa que el texto constitucional no contiene un cuadro rígido de valores, sino que por el contrario se ha dejado conscientemente abierta para dar lugar a un proceso político libre³⁶.

En tal sentido, sostiene que en las modernas sociedades sólo un entendimiento abierto del sistema constitucional de valores es viable. En su opinión, en la Constitución no se encuentra una jerarquía de valores en sí misma válida y ordenada, o un sistema cerrado que el intérprete debe desarrollar a modo de teología aplicada, sino que el texto constitucional debe concebirse como un sistema abierto en el que se han dejado conscientemente espacios para la libre decisión del legislador ordinario, el cual goza de libertad tanto en la determinación de los bienes jurídicos, como en la elección del momento en que ha de producirse la protección anticipada de los mismos³⁷.

Por su parte Mantovani concibiendo a la Constitución con un carácter rígido o cerrado, sostiene que el bien jurídico, constitucionalmente orientado, no ofrece *mágicas soluciones* al problema de la tutela penal por la falta de certeza de la Constitución, al no ser idónea, como sistema cerrado, para recibir nuevos bienes emergentes. No obstante, por su carácter *rígido y garantista-personalístico*, la Constitución constituye un poderoso instrumento para la reconstrucción de la parte especial del Derecho penal, marcando directrices de fondo para la criminalización, la descriminalización y la despenalización³⁸.

En opinión de García Rivas, ha sido Mantovani quien ha ofrecido *el argumento de mayor éxito* a la jurisprudencia constitucional italiana, e incluso a la española, en el marco de las tesis constitucionales del bien jurídico, al plantear que el principio de ofensividad o lesividad del hecho punible es una derivación de la exigencia constitucional de proporcionalidad, exigencia que a su vez reclama una afectación real de intereses con relevancia constitucional en aras de justificar la limitación de derechos fundamentales que representa la imposición de una sanción punitiva³⁹.

Por otra parte cabe señalar que de carácter constitucional, aunque como advierte González Rus sobre la base de distintos presupuestos, es la postura de Musco⁴⁰. Para Musco, la Constitución sólo legitimaría la formación de un concepto de bien jurídico partiendo de la perspectiva de la lesión o de la puesta en peligro de las condiciones necesarias para la vida en común, fundada sobre la libertad y la responsabilidad de las personas⁴¹.

Musco deriva de la Constitución italiana, específicamente del mandato que declara que las penas deben tender a la reeducación, dos principios limitativos del legislador ordinario. El primero de ellos, radica en la exigencia de que como consecuencia de la comisión de un delito se derive un daño que pueda ser

expresado en términos de dañosidad social, en razón de afectar a condiciones esenciales de la vida en común, pues sólo bajo este parámetro tendrían sentido la resocialización y la reeducación. El segundo límite viene dado por la exigencia de que los bienes jurídicos sean *conceptualmente aferrables*, entendida tal expresión en sentido amplio, es decir *perceptibles con el intelecto*, en razón de que la función asignada a la pena entraña la necesidad de que los valores para cuya protección se estipula, puedan ser captados como tales por los destinatarios de la resocialización⁴².

En coherencia con lo expuesto, Musco define a los bienes jurídicos como:

*“...aquellos valores conceptualmente aprehensibles, de directa o mediata procedencia constitucional, que sirven para asegurar las condiciones esenciales de la vida en común”*⁴³.

Ahora bien, en reconocimiento de la existencia de importantes dificultades para determinar cuándo un valor reúne las condiciones necesarias para ser considerado bien jurídico penal, derivadas de la vaguedad del texto constitucional y del hecho de que los valores se encuentren sometidos a una continua evolución, se ha propuesto el empleo de un *criterio negativo*, según el cual debe descartarse la sanción de normas penales referidas a bienes jurídicos que, partiendo de la Constitución, no merezcan protección penal⁴⁴.

En la individualización de los bienes penalmente protegibles cabe destacar la propuesta de Donini, en la cual se distinguen dos niveles de análisis: Un primer nivel de “selección externa” de los bienes que no son constitucionalmente relevantes. En segundo lugar, una vez que se ha determinado *-conforme al criterio negativo-* la relevancia constitucional del bien, hay una fase de selección de las formas de ofensa, en la que es necesario calibrar la intervención penal según la clase de ataque (criterio de proporcionalidad), después de haber comprobado la insuficiencia de otras medidas de carácter extrapenal (principio de subsidiariedad)⁴⁵.

Para cerrar esta referencia general a las concepciones constitucionalistas del bien jurídico, debe apuntarse que en términos generales a estas tesis se le objeta lo siguiente: A) Su débil fundamentación, al estimarse que la función primordial de la Constitución no es regular el comportamiento de los ciudadanos entre sí, sino establecer las pautas básicas para el ejercicio del poder político. B) En cuanto a la utilidad de la referencia constitucional, se aduce que en virtud

de la flexibilidad y ambigüedad que caracteriza al texto constitucional, no es adecuado para concretar el interés protegido. C) Desde una perspectiva político-criminal, se advierte que si se afirma la existencia en la Constitución de un catálogo cerrado de bienes jurídicos, se estaría vulnerando el principio básico de pluralismo, pues las decisiones sobre qué debe protegerse se centrarían en el consenso político, sin que ello sea fruto de una cristalización jurídico formal de catálogos constitucionales⁴⁶.

Como objeción a la identificación de bienes jurídicos y derechos fundamentales, Soto Navarro señala que tal identificación, además de ignorar la distinta función que unos y otros cumplen, conlleva a una formalización de concepto de bien jurídico, al igual que ocurre en el caso de las concepciones inmanentes jurídico-positivas. En su criterio, la identificación en referencia “... *supone una concepción formal y piramidal del Derecho*”, la cual desconoce la efectiva participación de los miembros de la sociedad en la toma de decisiones colectivas vinculantes⁴⁷.

Específicamente respecto de las tesis constitucionalistas estrictas, se aduce principalmente que son demasiado restrictivas de cara a la posible criminalización de conductas, argumentándose que la Constitución no contempla expresamente todos los valores que podrían ser penalmente tutelados⁴⁸; en tanto que en relación con las concepciones constitucionalistas amplias, se objeta su excesiva amplitud y consecuente falta de concreción, lo que conlleva a la formulación de un concepto vago e impreciso de bien jurídico, incompatible con su función limitadora del *ius puniendi*⁴⁹.

Finalmente, a lo antes expuesto se agrega que el afirmar la existencia de obligaciones de incriminación deducibles del rango constitucional, supone una reducción de la política criminal a un juicio de merecimiento de pena. La relevancia de un bien sólo es un indicio de su dignidad como objeto de tutela penal, pero no justifica todavía que sea necesaria la intervención penal, toda vez que pueden ser suficientes otros medios de tutela menos lesivos, incluso extra jurídicos⁵⁰.

Tendencias sociológicas

Como ya se anticipó, paralelamente a las tesis constitucionalistas referidas en el punto anterior, se han desarrollado concepciones de carácter social o

sociológicas, en las que el concepto de bien jurídico gira en torno al *daño social*.

Uno de los primeros autores que se ubica en esta dirección es JÄGER, para quien

“Protección de bienes y configuración de bienes son opuestos irreconciliables, pues la protección sólo es concebible racionalmente cuando antes del acto legislativo ya existía un bien vital o cultural. La teoría del bien jurídico se basa por tanto en la premisa que bien jurídico solo puede ser lo que ya antes era bien (valor social)”⁵¹.

Jäger sigue la denominada *teoría de los estados*, conforme a la cual los bienes jurídicos son “*estados de cosas*”, en relación con los cuales existe un interés general o particular que demanda su conservación. Concibe los bienes jurídicos como estados tutelables y lesionables y, desde ese punto de vista, el concepto de bien jurídico le sirve para conceptualizar aquellas circunstancias sociales valiosas⁵².

En la misma línea de pensamiento se encuentra Amelung, quien desde una perspectiva funcionalista afirma que el bien jurídico está constituido por la “*dañosidad social*”, cuya base estaría determinada por las “*condiciones de existencia social*”, con lo cual llega a una total formalización social del problema⁵³.

En relación con la tesis planteada por Amelung, Berdugo Gómez de la Torre sostiene que dejar de lado el concepto de bien jurídico y seguir los planteamientos funcionalistas del referido autor, conduciría a legitimar el contenido del Derecho penal en un Estado totalitario, pues bastaría para ello su carácter *funcional* para ese sistema⁵⁴.

Seguidamente Callies, si bien participa de la perspectiva funcionalista de la tesis de Amelung, se aparta de su planteamiento al aceptar la validez del bien jurídico, al que atribuye un contenido derivado de la función social del Derecho penal⁵⁵.

En su argumentación, Callies sostiene que

“Si el Derecho penal protege la estructura social, entendida como red de distribución de posibilidades de participación recíprocas

en los sistemas sociales, los bienes jurídicos no pertenecerán a la categoría de los “sustanciales”, ni son “valores” quasicosificados, ni “bienes”, sino aquella estructura social, en general, y las posibilidades de participación que supone, en particular. El Derecho penal protege la seguridad de las expectativas de participación, la confianza en el funcionamiento del sistema”⁵⁶.

Para el autor que se comenta, ésta es la única concepción del bien jurídico que permite referir la protección penal al sistema de interacciones comunicativas en que consiste lo social, y no a objetos naturalísticos ni a valores morales⁵⁷.

En el marco de las corrientes sociológicas, y continuando las tesis de Amelung, Luhmann y Callies, se ubica a Mir Puig. En su criterio, al igual que para los neoliberales, el bien jurídico no lo decide el Derecho positivo sino que, por el contrario, está llamado a limitar al legislador⁵⁸.

Mir Puig comparte el planteamiento de Amelung en el sentido de que al Derecho compete diversa función que a la Moral, pues en su criterio lo que legitima la intervención coactiva del Derecho no es la realización por la fuerza de cometidos religiosos ni morales, sino la creación y mantenimiento de un determinado sistema social, siempre en función de los individuos que lo integran. En tal sentido, aclara que la función social del Derecho no puede estar referida a los valores morales, sino a la subsistencia de los sistemas sociales, lo que conlleva a señalar que sólo podrá ejercitarse el *ius puniendi* respecto de hechos disfuncionales para el sistema, sin tomarse en consideración su gravedad moral. En coherencia con lo antes expuesto, Mir Puig afirma que ese concepto de bien jurídico capaz de limitar al legislador, debe buscarse en el terreno social y no en la realidad naturalística ni en la valoración subjetivo-moral. A partir de esta premisa, el autor en referencia define a los bienes jurídicos como:

“las condiciones necesarias, según la observación empírica, de un correcto funcionamiento de los sistemas sociales”⁵⁹.

La concepción antes expuesta es acogida en su esencia por Berdugo Gómez De La Torre, al considerar al bien jurídico como

“una realidad empírica, funcionalmente conectada con un sistema social de orientación personalista. A través de los distintos bienes jurídicos se posibilita la participación del individuo en un determinado sistema social, garantizando bien las condiciones

previas de dicha participación – de las que son titulares el propio individuo o la totalidad de la comunidad- bien concretas relaciones de participación⁶⁰”.

Sobre esta base Berdugo Gómez de la Torre, siguiendo al efecto el criterio de Häberle, adopta la perspectiva de la función primordial del derecho, al afirmar que la Constitución no es simplemente un *espejo de la realidad*, sino un *foco de luz* al que ésta tiende. A partir de este señalamiento, sostiene que a la afirmación de que un interés es empíricamente necesario para el mantenimiento del sistema, debe aplicársele el criterio correctivo de si es necesario o no para que el sistema evolucione hacia las metas señaladas en la propia Constitución⁶¹.

Por su parte Octavio De Toledo critica la concepción funcionalista del bien jurídico de Mir Puig, destacando la ausencia en su teoría de un fundamento material en la clasificación de “*funcional*” o “*disfuncional*” del sistema. En tal sentido, advierte que la investigación empírica de la sociedad pone de relieve que en su seno se identifican al lado de valores y reglas sociales comunes, también valores y reglas sociales específicas de grupos diversos o antagonistas, de modo que toda referencia genérica a lo que es funcional o disfuncional a un sistema social, presupone el contraste con las pautas de comportamiento de sólo un sector prevalente de ella. Por ello, y por otras razones que expone Barata en relación con la teoría de las subculturas, señala que hay que estar prevenido respecto de toda referencia genérica a “sociedad” o “sistema social” que se haga sin las debidas especificaciones. Con base a esta objeción, Octavio de Toledo rechaza los criterios de funcionalidad o disfuncionalidad de la conducta como fundamento del límite al ius puniendi estatal⁶².

Enmarcado en la corriente sociológica del bien jurídico, pero con acentuados matices constitucionales, se ubica a Hassemer⁶³. El mencionado autor estima que los bienes jurídicos preceden la decisión del legislador penal y, por ende, tal decisión puede ser perfectamente criticada. En su criterio, los bienes jurídicos tutelables penalmente son aquellos bienes socialmente reconocidos, que el hombre puede ver y que son sometidos a la tutela penal, considerando como sinónimo de “*bien*” el término “*interés*”, advirtiendo que dado que la tutela penal es la forma de tutela más intensa dentro del ordenamiento jurídico, deben constituir bienes jurídicos tutelables penalmente aquellos intereses reconocidos socialmente como más importantes.

En complemento de lo antes expuesto, identifica las siguientes condiciones del incremento del reconocimiento social de un bien: a) la frecuencia de su lesión, b) la intensidad de la necesidad de su protección, y c) la alarma social derivada de su lesión.

Hassemer imprime a su concepción una orientación constitucional, al reconocer al control social como instrumento para la tutela de bienes reconocidos socialmente como resultado de una definición de política del derecho, definición que debe estar vinculada a los límites constitucionales.

Como lo destaca Díaz Pita, la concepción de Hassemer es eminentemente personalista, al basarse más en los intereses de la persona que en valores abstractos, ya sean sociales o estatales, que no tienen una conexión directa con el ciudadano⁶⁴. No obstante, en criterio de Bustos Ramírez, si bien Hassemer intenta salvar el aspecto garantista del bien jurídico, su función dogmática queda desdibujada al no dejar claro qué es el bien jurídico, lo que al propio tiempo afecta su aspecto garantista⁶⁵

Adicionalmente en el marco de este esbozo de las concepciones sociales del bien jurídico cabe referir a Muñoz Conde, quien siguiendo al efecto a Marx Michael, y advirtiendo que la consideración de intereses de grupos o clases dominantes que no representen un valor fundamental para los restantes miembros de la sociedad conlleva a la “*perversión*” del concepto de bien jurídico, lo define como: “... aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización en la vida social”⁶⁶.

Para Muñoz Conde, las normas constitucionales sólo representan un marco dentro del cual el Derecho penal se mueve con más o menos libertad a la hora de decidir qué derechos fundamentales, en forma de bienes jurídicos, debe proteger y cómo debe hacerlo. En su criterio, no existe una obligación para el legislador de sancionar penalmente toda conducta que lesione un bien jurídico, ni es el Derecho penal el único medio protector de los mismos, sean o no derechos fundamentales⁶⁷.

Muñoz Conde plantea un concepto material y no simplemente formal de bien jurídico que posibilite el cumplimiento de su función crítica, función que en su criterio debe abarcar el modo de protegerlos, de cara en última instancia a una

función político criminal que abarque tanto la determinación de los bienes que deben protegerse, como la forma de tutela por la norma penal⁶⁸.

Finalmente, en este punto cabe señalar que, en términos generales, a las tesis de carácter social o sociológicas se le objeta que si bien presentan una mayor concreción sobre el funcionamiento social y los criterios de dañosidad, terminan igualmente en una indefinición del concepto de bien jurídico, al concluir que únicamente los hechos calificados para algunos autores de *disfuncionales*, o para otros de *lesivos de las condiciones esenciales del sistema social*, ameritan la intervención penal, dejándose tal valoración a cargo del legislador⁶⁹.

Por su parte Roxin aporta argumentos opuestos a la consideración de la *dañosidad social* como criterio limitador de la punibilidad. En tal sentido, afirma que el garantizar determinados valores cuya vulneración en nada menoscaba algún ámbito jurídico, aún cuando pueda ser favorable para el funcionamiento del conjunto del sistema social, no conduce a una limitación de la punibilidad. Asimismo, indica que si se convierten en norte de la legislación penal las condiciones de existencia del sistema social, se abandona el eje liberal de la teoría del bien jurídico y su procedencia del individuo⁷⁰.

En complemento de lo anterior, cabe incluir el siguiente señalamiento de Ferré Olivé, para quien el problema de las teorías basadas en la función promocional del derecho es que, si bien postulan un cambio social para lo cual marcan el objetivo a alcanzar, permiten justificar los conflictos sociales del presente hasta que la propia sociedad pueda llegar, a través del derecho, a los cambios esperados. De esta forma fomentan, consciente o inconscientemente, un conformismo masivo ante los problemas sociales⁷¹.

Toma de Postura

En consideración de todo lo antes expuesto se estima oportuno destacar, en primer término, el rechazo de aquellas posiciones que sostienen el carácter inmanente del bien jurídico, pues las mismas conllevan a despojarlo de toda significación y trascendencia dogmática.

A partir de la premisa anterior, y ante la insuficiencia que evidencian las tesis constitucionales y sociológicas aisladamente consideradas para la concreción de un concepto satisfactorio de bien jurídico, respaldamos la adopción de una concepción de naturaleza ecléctica, que combine el criterio de *dañosidad social*

con el *referente constitucional*, pues tal complementariedad normativa tenderá a corregir, tal y como lo destaca Soto Navarro⁷², la ausencia de referentes axiológicos en las concepciones funcionalistas⁷³.

Resulta evidente el carácter social del bien jurídico (fundamento de las tesis de naturaleza sociológica), pero también resulta claro que una concepción del bien jurídico basada únicamente en la *dañosidad social*, comprendiéndose bajo tal término a los hechos disfuncionales o lesivos de las condiciones esenciales del sistema social, en modo alguno sirve de criterio limitador de la punibilidad. Tal criterio limitador, a nuestro juicio, deberá buscarse en el texto constitucional.

Obviamente, como lo advierte Rodríguez Gómez, el correctivo constitucional al que se ha hecho alusión tiene como base un modelo de Constitución *democráticamente elaborada*, es decir, que sea producto del consenso social y de la participación de los ciudadanos en los procesos políticos y que además constituya la norma fundamental, a la que deben acomodarse el resto de las normas que conforman el ordenamiento jurídico⁷⁴.

No obstante, estimamos que los preceptos de orden constitucional deben ser entendidos como un *criterio de delimitación negativo*, pues tal y como se adelantó en un punto previo, conforme al mismo debe descartarse la sanción de normas penales referidas a bienes jurídicos que, partiendo de la Constitución, no merezcan protección penal⁷⁵. Se trata por tanto de fijar límites de carácter negativo al legislador en la selección de bienes a ser tutelados penalmente.

En coherencia con lo expuesto sostenemos, siguiendo a Soto Navarro, que la Constitución no marca límites positivos al legislador ordinario en la determinación de los contenidos a proteger penalmente, pues del texto constitucional no se extraen, por vía de deducción, cuáles son los objetos de tutela penal. La Constitución simplemente proporciona directivas (una guía), en la determinación de los objetos dignos de protección penal⁷⁶.

Llegados a este punto, cabe traer a colación el planteamiento antes citado de Donini⁷⁷, pues el mencionado autor distingue en la determinación de los bienes penalmente protegibles dos niveles: el primero de “selección externa”, conforme *al criterio negativo*, de los bienes que no son constitucionalmente relevantes, y el segundo referido a la selección de las formas de ofensa, en la que es necesario calibrar la intervención penal según la clase de ataque (criterio

de proporcionalidad), después de haber comprobado la insuficiencia de otras medidas de carácter extrapenal (principio de subsidiariedad).

Como ya se destacó, la relevancia constitucional de un bien sólo es un indicio de su *dignidad como objeto de tutela penal*⁷⁸, pero en modo alguno justifica, por sí misma, la intervención penal. Así las cosas, a partir de la valoración constitucional, debemos continuar en el sentido de restringir aún más el círculo de candidatos a la protección penal. En otras palabras, debemos pasar de la categoría de bien jurídico, como valor fundamental para la convivencia en la sociedad, a la categoría de *bien jurídico penal*, como objeto susceptible y *necesitado* de esta especial protección⁷⁹.

Concluimos por tanto que no basta para la determinación de los bienes a ser tutelados penalmente, su relevancia social y su no contradicción con los valores del Estado Social y Democrático de Derecho constitucionalmente establecido. Este primer aspecto, que en su conjunto va a precisar el *merecimiento de protección* del bien, debe ser entendido como un necesario punto de partida, pero deberá de ser completado con un proceso de concreción que informará acerca de la *necesidad de tutela penal* de dicho bien, en el cual se deberán tener presentes los principios político-criminales que inspiran el ejercicio del *ius puniendi* estatal, tales como: el principio de intervención mínima, de subsidiariedad, de fragmentariedad y de proporcionalidad.

Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, M., *Acerca de la teoría de bienes jurídicos*, en Revista Penal N° 18, julio 2006, Editorial La Ley. Grupo Wolters Kluwer España, S.A., en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide de Sevilla, España, 2006.

ARROYO ZAPATERO, L., *Derecho penal económico y Constitución*, en R.P. N° 1, Año 1, Editorial Praxis, S.A., Barcelona, S./F.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Revisión del contenido del bien jurídico honor*, en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1984.

— *Honor y libertad de expresión*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987.

BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte General*, 4ª Edición, Editorial PPU, S.A., Barcelona, 1994.

DÍAZ PITA, M., *El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral*, en Estudios penales y criminológicos, XX, Servicio de

Publicaciones e Intercambio Científico da Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1997.

DONINI, M., *Teoría del reato*, CEDAM, Padova, 1996.

FERRÉ OLIVÉ, J., *El delito contable. Análisis del artículo 350 bis del Código penal*, Editorial Praxis, S.A., Barcelona, 1988.

FIANDACA, G., *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie, Anno XXV, 1982, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1982.

FIANDACA, G. y MUSCO, E., *Diritto penale. Parte Generale*, 4ª Ed., Zanichelli Editore, Bologna, 2001.

GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.

GONZÁLEZ RUS, J., *Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría)*, Serie Universitaria 201, Fundación Juan March, Madrid, 1983.

HASSEMER, W., *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e Diritto naturale. Aspetti giuridici*, en *Dei delitti e delle pene. Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale*, Anno II, N° 1, gennaio-aprile 1984.

HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal)*, Editorial PPU, Barcelona, 1991.

LISZT, F., *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, Trad. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., Hijos de Reus Editores, Madrid, 1916.

MANTOVANI, F., *Diritto Penale. Parte Generale*, Seconda Edizione, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1988.

MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y Método*, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1976.

MORENILLAS CUEVA, L., *Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización*, en *RFDUG*, N° 2, 3er. Cuatrimestre, Granada, 1984.

MUÑOZ CONDE, F., *“Introducción al Derecho penal”*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1975.

_____, *Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal*, en *AAVV.*, *El nuevo Derecho penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001.

MUSCO, E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974.

PULITANO, D., *Obbligui Costituzionali di tutela penale?*, en Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Nuova Serie, Anno XXVI, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1983.

RODRÍGUEZ GÓMEZ, C., *La tutela penal de las marcas y demás signos distintivos en el Nuevo Código Penal*, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1996.

ROXIN, C., “*El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo*”, en D.P., Año 2, Ediciones Dapalma, Buenos Aires, 1979.

SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Editorial Comares, Granada, 2003.

Notas

¹ Ver por todos: GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, p. 46.

² Las concepciones inmanentes al sistema, al entender que los bienes jurídicos son creados por el legislador, sin ningún tipo de limitación en el proceso de selección de los intereses a proteger con la amenaza de la pena, colocan al bien jurídico dentro del sistema, y sólo posibilitan asociar al mismo las funciones sistemática e interpretativa, las cuales no comportan ningún tipo de juicio crítico sobre la materia seleccionada por el legislador. A partir del reconocimiento de la vinculación existente entre la antijuridicidad material y el bien jurídico, estas concepciones están siendo abandonadas por la dogmática moderna, que tiende a ubicar al bien jurídico fuera del sistema (concepciones trascendentes), lo que da cabida a la función de crítica que permite cuestionar el proceso de criminalización primaria. Ver: FERRÉ OLIVÉ, J., *El delito contable. Análisis del artículo 350 bis del Código penal*, Editorial Praxis, S.A., Barcelona, 1988, pp. 33, 34.

³ DÍAZ PITA, M., *El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral*, en Estudios penales y criminológicos, XX, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico da Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1997, p. 66.

⁴ RODRÍGUEZ GÓMEZ, C., *La tutela penal de las marcas y demás signos distintivos en el Nuevo Código Penal*, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1996, pp. 259, 260.

⁵ MORENILLAS CUEVA, L., *Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización*, en

RFDUG, N° 2, 3er. Cuatrimestre, Granada, 1984, p. 67. Ver igualmente: ABANTO VÁSQUEZ, M., *Acerca de la teoría de bienes jurídicos*, en Revista Penal N° 18, julio 2006, Editorial La Ley. Grupo Wolters Kluwer España, S.A., en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide de Sevilla, España, 2006, pp. 3-4.

⁶ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte General*, 4ª Edición, Editorial PPU, S.A., Barcelona, 1994, pp. 100, 101.

⁷ RODRÍGUEZ GÓMEZ, C., Op. cit., p. 265.

⁸ BUSTOS RAMÍREZ, J., Op. cit., p. 101.

⁹ BINDING, K., *Normen cit.*, pp. 187 ss., citado por: MORENILLAS CUEVA, L., Op. cit., p. 68.

¹⁰ HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal)*, Editorial PPU, Barcelona, 1991, p. 54.

¹¹ BUSTOS RAMÍREZ, J., Op. cit., pp. 102, 103.

¹² DÍAZ PITA, M., Op. cit., p. 68.

¹³ LISZT, F., *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, Trad. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., Hijos de Reus Editores, Madrid, 1916, p. 2.

¹⁴ BUSTOS RAMÍREZ, J., Op. cit., p. 104.

¹⁵ BUSTOS RAMÍREZ, J., Op. cit., pp. 104, 105.

¹⁶ RODRÍGUEZ GÓMEZ, C., Op. cit., p. 270.

¹⁷ BUSTOS RAMÍREZ, J., Op. cit., pp. 107, 108.

¹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, J., Op. cit., pp. 107, 108.

¹⁹ FERRÉ OLIVÉ, J., Op. cit., pp. 35, 36.

²⁰ Ver, entre otros: FIANDACA, G., *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, en Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Nuova Serie, Anno XXV, 1982, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1982, p. 49 y GONZÁLEZ RUS, J., *Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría)*, Serie Universitaria 201, Fundación Juan March, Madrid, 1983, pp. 26, 27.

²¹ BRICOLA, *Teoría Generale del Reato*, en Novísimo Digesto Italiano, T XIX, Turín, 1973, p. 15, citado por: FERRÉ OLIVÉ, J., Op. cit., p. 36.

²² FIANDACA, G., Op. cit., p. 50.

²³ GONZÁLEZ RUS, J., Op. cit., p. 27.

- ²⁴ GARCÍA RIVAS, N., Op. cit., p. 48.
- ²⁵ MORENILLAS CUEVA, L., Op. cit., p. 71.
- ²⁶ RUDOPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgustsbriffs*, en Festschrift für R.M. Honig, 1970, pp. 158 y ss., citado por: GONZÁLEZ RUS, J., Op. cit., p. 25.
- ²⁷ GONZÁLEZ RUS, J., Op. cit., pp. 31 y ss.
- ²⁸ RODRÍGUEZ GÓMEZ, C., Op. cit., p. 281.
- ²⁹ HORMAZÁBAL MALARÉE, H., Op. cit., p. 122.
- ³⁰ ROXIN, C., *Sentido y límites de la pena estatal, Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976, citado por: MORENILLAS CUEVA, L., Op. cit., pp. 71, 72.
- ³¹ HORMAZÁBAL MALARÉE, H., Op. cit., p. 122.
- ³² FIANDACA, G., Op. cit., p. 65.
- ³³ GONZÁLEZ RUS, J., Op. cit. pp. 25, 26.
- ³⁴ HORMAZÁBAL MALARÉE, H., Op. cit., pp. 129, 130.
- ³⁵ HORMAZÁBAL MALARÉE, H., Op. cit., p.130.
- ³⁶ PULITANO, D., *Obbligui Costituzionali di tutela penale?*, en Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Nuova Serie, Anno XXVI, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1983, p. 498, 499.
- ³⁷ GONZÁLEZ RUS, J., Op. cit., p. 26.
- ³⁸ MANTOVANI, F., *Diritto Penale. Parte Generale*, Segunda Edizione, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1988, p. 209.
- ³⁹ GARCÍA RIVAS, N., Op. cit., p. 48.
- ⁴⁰ GONZÁLEZ RUS, J., Op. cit. p. 28.
- ⁴¹ MUSCO, E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974, p. 97.
- ⁴² GONZÁLEZ RUS, J., Op. cit. p. 28.
- ⁴³ MUSCO, E., Op. cit., p. 130.
- ⁴⁴ FIANDACA, G. y MUSCO, E., *Diritto penale. Parte Generale*, 4ª Ed., Zanichelli Editore, Bolonia, 2001, p. 15.
- ⁴⁵ DONINI, M., *Teoría del reato*, CEDAM, Padova, 1996, p. 138.
- ⁴⁶ GARCÍA RIVAS, N., Op. cit., p. 51.

⁴⁷ SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Editorial Comares, Granada, 2003, pp. 52, 53.

⁴⁸ Ver: GONZÁLEZ RUS, J., Op. cit. p. 31.

⁴⁹ RODRÍGUEZ GÓMEZ, C., Op. cit., p. 277.

⁵⁰ SOTO NAVARRO, S., Op. cit., p. 54.

⁵¹ BUSTOS RAMÍREZ, J., Op. cit., p. 109.

⁵² JÄGER, H., *Strafgesetzgebung*, cit., pp. 6 ss., Cf. RUDOLPHI, H., *Diferentes aspectos* cit., pp. 335 y 342, citado por: MORENILLAS CUEVA, L., Op. cit., p. 70, 71.

⁵³ BUSTOS RAMÍREZ, J., Op. cit., p. 109.

⁵⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Concepto, método y fuentes del Derecho penal*, (Ejemplar mecanografiado), Salamanca, 1982, p. 2 y ss., citado por: RODRÍGUEZ GÓMEZ, C., Op. cit., p. 273.

⁵⁵ MORENILLAS CUEVA, L., Op. cit., p. 72.

⁵⁶ CALLIES, R., *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*, Frankfurt am Main, 1974, pp. 143 y ss., citado por: MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y Método*, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1976, p. 137.

⁵⁷ MIR PUIG, S., Op. cit., p. 137.

⁵⁸ MORENILLAS CUEVA, L., Op. cit., p. 72.

⁵⁹ MIR PUIG, S., Op. cit., pp. 135 y ss.

⁶⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, p. 48.

⁶¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Revisión del contenido del bien jurídico honor*, en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1984, p. 308.

⁶² OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., *Sobre el concepto de Derecho penal*, Facultad de Derecho, Sección Publicaciones, Madrid, 1981, pp. 348 y ss., citado por: HORMAZÁBAL MALARÉE, H., Op. cit., pp. 133, 134.

⁶³ HASSEMER, W., *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e Diritto naturale. Aspetti giuridici*, en Dei delitti e delle pene. Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale, Anno II, N° 1, gennaio-aprile 1984, pp. 104-107.

⁶⁴ DÍAZ PITA, M., Op. cit., p. 68.

⁶⁵ BUSTOS RAMÍREZ, J., Op. cit., p. 109.

⁶⁶ MUÑOZ CONDE, F., “*Introducción al Derecho penal*”, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1975, p. 48, 49.

⁶⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal*, en AAVV., *El nuevo Derecho penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001, p. 563.

⁶⁸ MUÑOZ CONDE, F., “*Introducción al Derecho penal*”, Op. cit., p. 50.

⁶⁹ GONZÁLEZ RUS, J., Op. cit., p. 30.

⁷⁰ ROXIN, C., “*El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo*”, en D.P., Año 2, Ediciones Dapalma, Buenos Aires, 1979, p. 509.

⁷¹ FERRÉ OLIVÉ, J., Op. cit., p. 37.

⁷² SOTO NAVARRO, S., Op. cit., p. 58.

⁷³ En criterio de Arroyo Zapatero, “... *la referencia a la Constitución sirve para evitar el enfoque meramente tecnológico del funcionalismo, en el cual están ausentes los juicios de valor*”. Ver: ARROYO ZAPATERO, L., *Derecho penal económico y Constitución*, en Revista penal. N° 1, Año 1, Editorial Praxis, S.A., Barcelona, p. 2.

⁷⁴ RODRÍGUEZ GÓMEZ, C., Op. cit., p. 288.

⁷⁵ FIANDACA, G. y MUSCO, E., Op. cit., p. 15.

⁷⁶ SOTO NAVARRO, S., Op. cit., p. 58. En tal sentido, el Tribunal Constitucional español en Sentencia 55/1996, de 28 de marzo, ha dejado sentado que “*En el ejercicio de su competencia de selección de bienes jurídicos que dimanen de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos (...) el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad, margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática*”. En complemento de lo anterior, el propio Tribunal Constitucional califica los límites que se derivan de la Constitución como *límites de carácter meramente negativos*, al disponer, entre otras, en su Sentencia 111/1993, que el sacrificio de la libertad personal que implica la imposición de una sanción penal sólo puede estar justificado de cara a la preservación de bienes *no proscritos constitucionalmente* que sean *socialmente relevantes*. De allí que se sostenga que el mencionado Tribunal, “... *respalda la extracción de los bienes jurídicos del modelo de convivencia social establecido, esto es, de la realidad social, sin otro límite constitucional que la exigencia de legitimidad de tales bienes, en cuanto no contrarios a los valores de un Estado social y democrático de Derecho*” (Resaltado fuera del texto).

⁷⁷ DONINI, M., Op. cit., p. 138.

⁷⁸ SOTO NAVARRO, S., Op. cit., p. 54.

⁷⁹ DÍAZ PITA, M., Op. cit., p. 71.