

**EL DEBATE SOBRE EL BIEN JURÍDICO-PENAL EN EUROPA CONTINENTAL Y
EN ESPAÑA: DEL CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS A LOS
DERECHOS HUMANOS**

THE DEBATE ON THE LEGAL-CRIMINAL GOODS IN CONTINENTAL EUROPE AND
IN SPAIN: OF THE CONSTITUTIONALISM OF THE RIGHTS TO HUMAN RIGHTS

ALEJANDRO LUIS DE PABLO SERRANO¹

RESUMEN

El debate doctrinal sobre el bien jurídico-penal se ha convertido en una cuestión de primera importancia, no en vano representa el corazón de delito y de la teoría general de delito. En este trabajo ofrecemos un estudio panorámico de las distintas posturas que se han defendido en la Europa continental en los últimos setenta años, con una particular atención a las tesis de autores españoles. Ente todas ellas, finalmente tomamos partido por las propuestas a favor de un Derecho penal mínimo y garantista, de Ferrajoli. Esta opción ha sido defendida en España por Alonso Álamó, que adhiere al Derecho penal mínimo la propuesta de construirlo en el marco de los derechos humanos.

Palabras-Clave. Derechos humanos, bien jurídico, constitucionalismo, derechos fundamentales, derecho penal mínimo.

ABSTRACT

The doctrinal debate on the legally protected interest, as a conceptual category, has become an issue of the first importance, as it represents the crime's heart and even the center of the general theory of crime. In this paper we offer a panoramic study on the different proposals about the legally protected interest defended in last seventy yeras on the continental Europe, paying special attention to those made by the Spanish scholars. Among them, we take side of

¹Doctor Internacional en Derecho por la Universidad de Valladolid. Investigador “Juan de la Cierva”, del Ministerio de Economía y Competitividad, en el Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la Universidad de Castilla La Mancha (España). Profesor Asociado en el Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de Valladolid y en la Facultad de Derecho de ICADEProfesor Colaborador Honorífico de la Universidad de Valladolid (España). Acreditado para Profesor Contratado Doctor por la ANECA. Email: alpabser@upo.es

the “garantismo” (guaranteeism) and minimal criminal law theory, by Ferrajoli. That theoretical approach has been developed in Spain by Alonso Álmo, who adds to that construction the necessity to build the minimal criminal law in the framework of human rights.

Keywords. Human rights, legally protected interest, constitutionalism, fundamental rights, Minimal Criminal law.

1. La crisis del bien jurídico en el marco de la crisis del Derecho penal

La utilidad de suministrar pautas para la determinación y concreción de lo que deba entenderse por bien jurídico deriva tanto de la necesidad de ofrecer al legislador un elemento de criterio y decisión para orientar su atención hacia los intereses merecedores de tutela, como de la “propia funcionalidad del sistema” en tanto que su eficacia como medio de control (y su legitimidad frente a la sociedad, que podría cuestionarla) depende del nivel de correspondencia que exista con las necesidades del medio a que se dirige². La obsesión por el bien jurídico, podría decirse, está justificada, pues más que una etiqueta del delito en cuestión, procurándole una ubicación en el sistema y una justificación de cara a los profesionales del Derecho, influye en la “modelización de la materia prohibida”³ y por ello fundamenta el delito desde dentro, inmanentemente, y lo confronta con la realidad desde una perspectiva exterior, críticamente. RUDPOLHI resume la utilidad del bien jurídico en el contexto de la ciencia penal en tres cometidos fundamentales: a) coadyuva a una interpretación teleológica de los tipos penales; b) explica el núcleo material de lo injusto común a toda conducta; c) muestra al legislador qué intereses debe proteger en su labor creadora de normas penales⁴.

Precisamente de las múltiples funciones que se le atribuyen (crítica, sistemática, dogmática, interpretativa-teleológica o exegética, axiología⁵), se deriva la dificultad para

² GONZÁLEZ RUS, J. J., *Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría)*, Fundación Juan March, Madrid, 1980, p. 8.

³ SCHÜNEMANN, B., “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación” (traducción de MARTÍN LORENZO, M. y FELDMANN, M.), en HEFENDEHL, R. (ed.), *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios?* (edición española a cargo de ALCÁCER, R., MARTÍN, M^a.y ORTIZ DE URBINA, I), Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 199.

⁴ RUDOLPHI, H. J., “Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs”, AA.VV., *Festschrift für Richard M. Honig*, Verlag Otto Schwartz & Co, Göttingen, 1970, p. 151.

⁵ Para un estudio más pormenorizado de cada una de estas dimensiones funcionales del bien jurídico, POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico en el Derecho penal*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974, pp. 285 y ss.

suministrar una construcción plenamente satisfactoria del concepto de bien jurídico⁶. Al bien jurídico se le ha exigido tanto que se ha condenado cualquier teoría o formulación a la inoperatividad de antemano. Su pretendida perfección y omnicomprensividad son indefectiblemente las causas de su camino tortuoso y lo inutilizan para el discurso crítico⁷.

Y en este contexto parece que hay acuerdo en torno a que la teoría del bien jurídico como instrumento suprapositivo de legitimización se halla en serias dificultades⁸ y se ve expuesta a una crítica reciente a pesar de ser una de las principales aportaciones de la cultura jurídica alemana a la ciencia penal⁹; aunque hay quienes no dudan de la larga vida que aún le espera al concepto de bien jurídico¹⁰ y de su fortaleza, sin ignorar los necesarios esfuerzos intelectuales que deben emprenderse para su reconfiguración, actualización y adaptación a las circunstancias cambiantes. HEFENDEHL afirma la reflexión del bien jurídico es “necesariamente incompleta, [pero] no tiene alternativa”¹¹. AMELUNG, por su parte, está de acuerdo en la amplitud del concepto de bien jurídico debido a las funciones que se pretende que asuma, pero entiende que precisamente esa vaguedad o “indeterminación” es la razón de su riqueza; gracias a esas cualidades, el bien jurídico puede disponer de un cuerpo fino, fuerte y firme, que resiste la “sacudida de cada nueva norma”¹².

En conexión con lo anterior, puede decirse que esta “crisis” de la teoría del bien jurídico y del bien jurídico como criterio legitimador de las normas penales viene

⁶ GONZÁLEZ RUS, J. J., *Bien ...*, op. cit., p. 12.

⁷ SEHER, G., “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”, HEFENDEHL, R. (ed.), *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, pp. 70, 77 y 78. A este respecto, precisa VIVES ANTÓN, T.S., “Constitución, sistema democrático y concepciones del bien jurídico”, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valencia*, 16 (2005). p. 25, que conceder un papel de tanta importancia al bien jurídico como base de la construcción dogmática y límite al poder punitivo del Estado, hace que no pueda soportar esas funciones.

⁸ *Vid.*, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, E., “Presentación”, en HEFENDEHL, R. (ed.), *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 11; SEHER, G., “La legitimación ...”, op. cit., p. 70; DONINI, M., “Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana” (traducido por MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.), *Revista Penal*, julio-2001, p. 33.

⁹ NEUMANN, U., “Alternativas: ninguna. Sobre la crítica más reciente a la teoría personal del bien jurídico” (traducción de RUIZ, C. E.), *Cuadernos de Política Criminal*, 93 (2007), p. 10.

¹⁰ SCHÜNEMANN, B., “El principio ...”, op. cit., p. 197.

¹¹ HEFENDEHL, R., “El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa” (traducción de MARTÍN LORENZO, M.), en GARCÍA VALDÉS, C., CUERDA REIZU, A., MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* (tomo I), Edisofer, Madrid, 2008, p. 389.

¹² AMELUNG, K., “El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos” (traducción de ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.), en HEFENDEHL, R. (ed.): *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios?* (edición española a cargo de Rafael ALCÁCER, María MARTÍN e Íñigo ORTIZ DE URBINA), Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 232.

acompañada, y no sabemos si causada ni hasta qué punto, por el surgimiento de nuevos fenómenos sociales que arrojan consecuencias criminales frente a los que la sociedad estima mayoritariamente que debe ofrecer una solución desde el Derecho penal. Por ello, a pesar de los intentos de una “minimización de la reacción violenta frente al delito” o un “Derecho penal de mínimos”, crece sin control el fenómeno opuesto: la inflación de los derechos que merecen ser protegidos, una inflación en la determinación de bienes jurídicos susceptibles de protección¹³. Asistimos, algunos fervorosos, otros reticentes, a un protagonismo creciente del Derecho penal, por un lado, en relación con los nuevos bienes jurídicos cuya tutela se encarga al ordenamiento punitivo (vida económica, medio ambiente, vida de los animales) y, por otro, por la utilización del Derecho penal para reprimir conductas de mera peligrosidad abstracta¹⁴. En este contexto triunfa un “derecho penal amenazante de orientación puramente preventiva” para hacer frente a la complejidad de las relaciones sociales caracterizadas por la proliferación de conductas desconocidas hasta hace poco tiempo y cuya lucha desde el Derecho se está librando mediante el recurso a los delitos de peligro abstracto (consumo masivo de drogas, ataques contra las estructuras de la economía o el medio ambiente)¹⁵ y con el castigo de actos puramente preparatorios, que antes eran impunes. Es un fenómeno que ZAFFARONI ha llamado “expansión horizontal y vertical del Derecho penal”¹⁶: nuevas tipificaciones, excesivas y simbólicas, y agravamiento desmesurado de penas. Para llevar a la práctica ese Derecho penal amenazante, el Estado interviene crecientemente de forma proactiva, parapetando su actuación en “formulaciones vagas carentes de contenido”¹⁷.

¹³ PORTILLA CONTRERAS, G., “La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico: la tensión entre iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del derecho. Especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., GURDIEL SIERRA, M. y CORTES BECHARELLI, E., *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 903.

¹⁴ SEHER, G., “La legitimación ...”, *op. cit.*, p. 69. También HASSEMER, W., *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal* (traducción de MUÑOZ CONDE, F. y DÍAZ PITA, M^a. M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 53 a 56.

¹⁵ HASSEMER, W., “Los rostros del derecho penal” (traducción de MUÑOZ CONDE, F.), *Bulletin de la Société internationale de défense sociale pour une politique criminelle humaniste* (2004), p. 114. También DONINI, M., “Principios constitucionales y sistema penal. Modelo y programa” (traducido por RESTREPO RODRÍGUEZ, D.), *Revista General de Derecho Penal*, 13 (2010), p. 3.

Sobre los desafíos categoriales del Derecho penal en la sociedad mundial del riesgo, SIEBER, U., “Límites del Derecho Penal. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico-penal en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal extranjero e internacional” (traducción de DEMETRIO CRESPO, E.), *Revista Penal*, 22 (2008), pp. 126 a 138.

¹⁶ ZAFFARONI, E. R., “Expansión del Derecho penal y derechos humanos”, <http://www.matiashailone.com/dip/Zaffaroni%20Expansion%20del%20derecho%20penal%20y%20derechos%20humanos%20-%20Roma%202018.pdf>, pp. 1-5 (consulta online: 25/08/2018)

¹⁷ HEFENDEHL, R., “El bien ...”, *op. cit.*, p. 391.

En la sociedad moderna han surgido una serie de problemas y de amenazas a las que no se puede responder con los métodos clásicos del Derecho Penal; de ahí la necesidad de crear un Derecho Penal moderno más concebido como instrumento de dirección social que como mecanismo de protección jurídica subsidiario de las otras ramas del ordenamiento. Pero ello conlleva un debilitamiento de los principios y garantías básicas del Derecho penal que son, incluso, consustanciales al Estado de Derecho, como sucede con la desnaturalización del principio de legalidad¹⁸ y la preterición de las notas de certeza, seguridad y previsibilidad de las normas y sanciones penales.

Pero la búsqueda persiste; necesitamos definir los contornos de la idea del bien jurídico porque, siguiendo a VIVES ANTÓN, no hay “nada tan tranquilizador como un concepto”¹⁹. Advertido lo anterior, la delimitación del bien jurídico no es (solo) una cuestión de “juego de abalorios” o una necesidad para nuestra tranquilidad, sino que la definición del bien jurídico de un modo u otro puede conducir al Derecho penal hacia modelos autoritarios, represivos y expansivos (y por tanto restrictivos de las libertades públicas): así, los regímenes totalitarios vaciaron de contenido el bien jurídico, lo formalizaron en exceso y lo funcionalizaron al servicio de supuestos intereses colectivos, como la voluntad del pueblo alemán o la moralidad de una sociedad cristiana. Pero su definición también puede girar hacia modelos constitucionales e, incluso, humanistas y personalistas, de derecho penal mínimo, garantistas y respetuosos con las libertades públicas y los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, los potenciales agresores y las potenciales víctimas.

2. Aportaciones clásicas sobre el bien jurídico: Feuerbach, Birnbaum, Binding y Liszt

No podemos hacer aquí un estudio exhaustivo de las primeras bases de la teoría del bien jurídico, que se remontan incluso al concepto mismo de delito. En las páginas sucesivas nos centraremos en la evolución de la dogmática continental europea en los últimos setenta años, después de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, una panorámica sobre el debate del bien jurídico no puede dejar de mencionar, aunque sea brevemente, las aportaciones

¹⁸ MUÑOZ CONDE, F., “Protección de Bienes Jurídicos como Limite Constitucional al Derecho Penal”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2001, pp. 568 y sigs.

¹⁹ VIVES ANTÓN, T.S., “Constitución...”, *op. cit.*, p. 25.

clásicas de los penalistas de referencia del siglo XIX, por su *auctoritas* y por marcar los contornos en los que transcurrió la discusión más adelante.

En un primer momento se afirmó, por FEURBACH, que el delito era la violación de un derecho subjetivo; por tanto, la existencia de un derecho subjetivo es la condición indispensable para que pueda hablarse de delito y para que sea legítima la intervención del Derecho penal, que será meramente secundaria, accesorio o dependiente de esa circunstancia²⁰; objeto del delito son “derechos subjetivos” de ciudadanos individuales del Estado y tales derechos subjetivos solo pueden ser limitados por otros e iguales derechos subjetivos de otra persona²¹.

En un momento ulterior se definió el delito como lesión del bien jurídico, tratando de circunscribir o de concretar la amenaza de la conducta antijurídica en una entidad real. El salto conceptual desde lesión de un derecho subjetivo a lesión de un bien jurídico, deriva, según GONZÁLEZ RUS, de un doble cambio: por una parte, la aparición de intereses generales, consecuencia del paso de un capitalismo liberal clásico a otro organizado y racionalizado, en el que el centro de gravedad ya no es el pequeño empresario²²; así, la sustitución del “derecho” por el “bien jurídico” permite incluir en el delito la protección no solo de derechos sino también de convicciones comunitarias, como la religión y la moralidad²³; y, por otro, la elevación de los derechos a la consideración de intereses “con valor en sí mismos”, dejando a un lado su relación con el sujeto; en ambos casos, parece producirse un salto hacia arriba: no hay individuos, sino un grupo y no hay derechos de los individuos, sino intereses generales. Se ha producido una “desindividualización del bien jurídico”²⁴.

Para alumbrar esta nueva dirección doctrinal fueron fundamentales algunos autores. BIRNBAUM afirmará que “si se quiere contemplar el delito como lesión, este concepto tiene

²⁰ GONZÁLEZ RUS, J. J., *Bien ...*, op. cit., p. 10.

²¹ GÜNTHER, K., “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un “cambio de paradigma” en el derecho penal?” (traducción de SILVA SÁNCHEZ, J. M.), en AA.VV.: *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 489 y 490.

²² GONZÁLEZ RUS, J. J., *Bien ...*, op. cit., p. 13.

²³ GÜNTHER, K., “De la vulneración ...”, op. cit., p. 498.

²⁴ ESER, A., “Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima” (traducción de CANCIO MELIÁ, M.), *Cuadernos de conferencias y artículos*, 18 (1998), pp. 20 a 23.

que ser conectado, naturalmente, no a un derecho, sino a un bien”²⁵; así, el bien jurídico es un interés humano vital que no viene impuesto por el orden jurídico sino por la vida misma y preexiste al ordenamiento jurídico²⁶. BINDING conecta el concepto de bien jurídico “a todo aquello que a ojos del legislador representa las condiciones de vida sana de la comunidad jurídica de modo que existe un interés en su conservación sin cambios ni perturbaciones, protegiéndolo mediante las normas frente a lesiones o puestas en peligro” y de valor para tal comunidad²⁷. Y, finalmente, LISZT, para quien el Derecho penal se dedica a proteger bienes jurídicos entendidos como bienes del hombre y no bienes del Derecho, señala que tales bienes son “los intereses jurídicamente protegidos” y “vitales para el individuo o la comunidad”, que son previos al orden jurídico (porque “los crea la vida”), el cual, como expresión de la voluntad general, los “eleva a la categoría de bien jurídico”²⁸.

3. Teorías constitucionalistas del bien jurídico

En el repaso de las tesis sobre el bien jurídico penal, las propuestas defendidas desde el constitucionalismo de los derechos ocupan una posición destacada desde hace décadas. Hasta la actualidad, las tesis constitucionalistas del bien jurídico han alcanzado un eco considerable. Nacidas en Italia y Alemania, llegaron también a España, donde sus seguidores son numerosos. El constitucionalismo de los derechos, que busca someter al intérprete y aplicador del Derecho a los derechos como normas supremas efectiva y directamente vinculantes, dada “su fuerza expansiva que inunda, impregna o irradia sobre el sistema”, se ha extendido entre los penalistas que han aceptado como base la identificación, en mayor o menor grado, de los bienes jurídico-penales con los derechos fundamentales constitucionales y, por la misma razón, la fundamentación de los bienes jurídico-penales en los derechos fundamentales. De un modo u otro, el catálogo de derechos fundamentales constitucionales condiciona los ilícitos penales²⁹ incluso desde su punto de partida, en la determinación del bien jurídico protegido, ya que una norma jurídico-penal no estará justificada cuando

²⁵ BIRNBAUM, J. M. F., “Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung”, *Archiv des Criminalrechts. Neue Folge*, zweites Stüd. (1834), pp. 175 y 176.

²⁶ RUDOLPHI, H. J., “Die verschiedenen Aspekte ... *op. cit.*”, p. 155.

²⁷ BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Bd. I, reimpresión de la 4ª ed., Scientia Verlag, Aalen, 1965, pp. 353 a 355.

²⁸ LISZT, F. v., *Tratado de Derecho Penal* (traducido de la 20ª ed. alemana por JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; y adicionado con el Derecho Penal Español por SALDAÑA, Q.), tomo II, Hijos de Reus, Editores, Madrid, 1916, pp. 2 y 3.

²⁹ PRIETO SANCHÍS, L., “El constitucionalismo de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 24, 71 (mayo-agosto 2004), pp. 50, 51 y 61.

provenga de “objetivos constitucionalmente proscritos”, como la afectación de derechos fundamentales, de modo que los derechos fundamentales constitucionales se convierten en la referencia para determinar los bienes jurídico-penales tutelado por la legislación penal.

3.1 Bricola, Donini, Musco: la relevancia constitucional del bien jurídico-penal

El origen de las teorías constitucionalistas en Italia se localiza en BRICOLA³⁰. Este autor, sin embargo, no pretendía construir un concepto constitucionalista del bien jurídico, sino reflejar cómo la Constitución debía ser el marco de referencia del Derecho penal existente y del futuro. En la teoría de BRICOLA la fuerza de la Constitución somete al Derecho penal a sus reglas, lo impregna y le da forma. El propósito de esta propuesta es confeccionar una teoría general del ilícito penal mediante el recurso al entramado normativo constitucional. Tal meta se alcanza entendiendo que la Constitución es la que determina los ilícitos penales y los bienes jurídicos de relevancia penal: “la cualificación de un hecho como ilícito penal dependerá de la relevancia constitucional del bien lesionado”, de su significancia o relevancia constitucional, la cual implica “la no contrariedad del bien con la Constitución y el reconocimiento explícito o implícito de su protección por la carta constitucional”, o al menos una relación de “presuposición necesaria” entre el valor lesionado, que puede carecer de relevancia constitucional, y otro valor constitucional, “de manera que la lesión del primero sea imprescindible e inequívocamente idónea para poner en peligro el segundo”. Sobre esta base propone BRICOLA una intelección del delito como “hecho lesivo de un valor constitucional cuya relevancia se refleja en la medida de la pena”. La sujeción a la Constitución no se agota con la mera protección del valor constitucional, sino que además el legislador debe tutelarlos de un modo determinado: respetando “su fisonomía constitucional, su exacta dimensión constitucional”³¹.

Uno de los principales defensores del modelo constitucionalista de BRICOLA, cuyo planteamiento constitucionalista se ha considerado más *puro* o el más *fuerte*, frente a otros de constitucionalismo *débil* o *moderado*, es DONINI. Este autor parte de la constatación de dos circunstancias: a) la política, la ideología y el pragmatismo han abusado del margen de decisión que deja abierto el modelo constitucionalista; b) “el modelo de realización del

³⁰BRICOLA, F., *Teoría General del Delito* (traducción de RESTREPO RORÍGUEZ, D.), BdeF, Buenos Aires, 2012.

³¹BRICOLA, F., *Teoría ...*, op. cit., pp. 39-43.

derecho constitucional y supranacional en el derecho penal no cuenta hoy en día con un programa”³². En este contexto, llama a la ciencia penal a formular un auténtico “programa de principios y reglas de garantía” para asegurar la sujeción del Derecho penal a los principios constitucionales. DONINI pretende volver a las esencias del constitucionalismo italiano de BRICOLA de forma que la Constitución sea el elemento fundante de todo el Derecho penal tanto en el sentido negativo tradicional (el Derecho penal no puede estar en contradicción con la Constitución) como en el sentido positivo (de la Constitución debe deducirse un modelo de intervención penal que vincule al legislador en los fines e instrumentos de tutela)³³; en otras palabras, la Constitución es “no solo un límite, sino también un fundamento del Derecho penal”³⁴.

Con matices, MUSCO también es defensor de las tesis constitucionalistas. Su distancia respecto del modelo fuerte de BRICOLA atiende a la función resocializadora que MUSCO atribuye en exclusividad a la pena criminal, siguiendo el art. 27.3 de la Constitución italiana, a diferencia de las funciones resocializadora y retributiva que impone ese mismo precepto, desde la perspectiva de BRICOLA³⁵. Advierte, por una parte, que la pena debe procurar la “reeducación del condenado”, por lo que debe ser respetuosa de las condiciones mínimas necesarias para la vida en comunidad, de donde surge un límite a la actuación del legislador ya que ha de proteger aquellos “valores cuya función consista en la protección de las condiciones mínimas de la vida en comunidad y cuya violación puede traducirse en términos de dañosidad social”; por otra, aspira MUSCO a aportar una concepción coherente con el pensamiento liberal y para ello moldea el bien jurídico como un valor aferrable, perceptible con el intelecto, inteligible (por oposición a un proceso de excesiva espiritualización) y no exclusivamente normativo, sino condicionado o sujeto a las representaciones culturales previamente dadas al legislador y a las que queda vinculado. En fin, el bien jurídico es un “valor constitucionalmente aferrable, que procede directa o indirectamente de la Constitución, que sirve al aseguramiento de las condiciones esenciales de la vida en común”³⁶.

3.2 Tiedemann y Hefendehl: derechos fundamentales y bien jurídico-penal

³² DONINI, M., “Principios ...”, *op. cit.*, p.18.

³³ DONINI, M., “Un Derecho ...”, *op. cit.*, pp. 24 y 25.

³⁴ DONINI, M., “Prólogo a la traducción al castellano”, en BRICOLA, F.: *Teoría General del Delito* (traducción de RESTREPO RORÍGUEZ, D.), BdeF, Buenos Aires, 2012, p. XXI.

³⁵ MUSCO, E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Dott. A. Guiffrè Editore, Milano, 1974, pp. 113, 115 y 125.

³⁶ MUSCO, E., *Bene ...*, *op. cit.*, pp. 126-130.

En Alemania la dogmática constitucional de los derechos fundamentales también ha sido empleada como criterio o instrumento para analizar críticamente la dogmática jurídico-penal: los derechos fundamentales cumplen una función de directriz político-criminal de la intervención punitiva³⁷. TIEDEMANN es uno de los autores que ha abordado las influencias de la Constitución y del Derecho constitucional en el Derecho penal, llegando a la conclusión de que no solo tales influencias existen, sino que un ámbito nada despreciable de las cuestiones fundamentales de la dogmática penal es soluble a pautas constitucionales³⁸. La solución del Tribunal Constitucional Federal en relación con la penalización del aborto en determinados casos, en cuya virtud el legislador penal tiene la obligación de actuar e intervenir para evitar lagunas que dejen desprotegido un bien jurídico-penal merecedor de tutela (*prohibición de defecto*), siempre con sujeción a las garantías y exigencias del principio de proporcionalidad, refleja que en un ámbito reducido de valores fundamentales y típicamente individuales (vida, integridad corporal, libertad ambulatoria, propiedad), los bienes jurídico-penales coinciden con los valores constitucionales básicos; respecto de los otros bienes jurídicos, los “instrumentales”, dirigidos a la tutela de otros derechos fundamentales, no existe un principio ni exigencia constitucional inequívoca de actuación, sino que la intervención del legislador penal se guiará por el principio del consenso³⁹.

En HEFENDEHL, por su parte, se observa el predominio del criterio valor-Constitución como componente del concepto de bien jurídico, de modo que el texto constitucional es la base de la que debe partir la interpretación de los valores protegibles. Manifestaciones de ellos son, entre otras, el principio constitucional de proporcionalidad, el rechazo de un Derecho penal como mera infracción del deber y la situación de la persona como valor supremo. La Constitución contiene, por tanto, elementos del bien jurídico, es decir, parámetros para la determinación del bien jurídico⁴⁰.

3.3 Álvarez García y González Rus: el espíritu constitucional informa el *ius puniendi*.

La propuesta procedimental del bien jurídico de Vives Antón

³⁷ LAGODNY, O., “El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional” (traducción de ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.), en HEFENDEHL, R. (ed.): *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios?* (edición española a cargo de ALCÁCER, R., MARTÍN, M^a.y ORTIZ DE URBINA, I.), Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 135.

³⁸ TIEDEMANN, K., “Constitución y Derecho Penal” (traducción de ARROYO ZAPATERO, L.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, Separata n.º 33 (septiembre-diciembre 1991), p. 148.

³⁹ TIEDEMANN, K., “Constitución ...”, *op. cit.*, pp. 165 y 167.

⁴⁰ HEFENDEHL, R., “El bien ...”, *op. cit.*, pp. 390, 401 y 402.

El constitucionalismo de los derechos y la vinculación de los bienes jurídico-penales a los derechos fundamentales constitucionales, disfrutan de amplia acogida en la doctrina penalista española. Para un buen número de autores la Constitución ofrece las pautas de incriminación que el legislador penal debe seguir en su actividad, dirigiendo los tipos penales a la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional, directa o indirectamente explicitados en la norma fundamental.

Ejemplo de lo anterior es la tesis de ÁLVAREZ GARCÍA: una concepción crítica del bien jurídico que ayude a imponer límites a la actuación del legislador y, por extensión, al *ius puniendi*, debe derivarse necesariamente del ordenamiento jurídico constitucional, ya que tal marco no es un producto del legislador ordinario, sino que es superior y externo a él en tanto que producido por el poder constituyente⁴¹. Por ello, ÁLVAREZ GARCÍA defiende la teoría constitucionalista del bien jurídico: la Constitución es la que suministra al legislador penal los “valores constitucionalmente relevantes” que deben ser tutelados por medio del ordenamiento punitivo; la norma fundamental es la referencia primera del legislador penal de tal modo que la “cobertura penal de intereses situados extra muros [de la Constitución] llevaría consigo la calificación de inconstitucional”. El Derecho penal protegerá, consiguientemente, solo los bienes contenidos explícita e implícitamente en la Constitución, así como aquellos que “no teniendo un reconocimiento constitucional estén ligados a un valor constitucional de inequívoco contenido primario [como la libertad y otros que por su importancia estén asimilados a esta] por una relación de presuposición necesaria”, en clara alusión a la fórmula de BRICOLA. A partir del catálogo de valores constitucionalmente relevantes dignos de protección, al legislador le corresponde seleccionar la rama del ordenamiento más apropiada para tutelarlos, y en caso de elegir la penal, deberá decidir también la estructura de los tipos delictivos y la sanción⁴², pues estas cuestiones ya sí forman parte de su ámbito pleno de decisión.

De un modo similar apunta GONZÁLEZ RUS que para que gocen de tutela penal los bienes jurídicos deben tener congruencia y significación desde el punto de vista del marco constitucional, porque el legislador penal se halla vinculado por los principios y valoraciones

⁴¹ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Bien jurídico y Constitución”, *Cuadernos de Política Criminal*, 43 (1991), pp. 18 y 19.

⁴²ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Bien ...”, *op. cit.*, pp. 31-37.

de la Constitución; así, los bienes jurídico-penales deben estar plenamente “incorporados al espíritu constitucional”, “armónicamente integrados en el sentir constitucional”⁴³.

Dentro de los partidarios de las tesis constitucionalistas del bien jurídico en la doctrina española, hemos dejado en último lugar a VIVES ANTÓN pues su propuesta no es puramente constitucionalista, aunque existen conexiones evidentes. De VIVES ANTÓN es “la concepción procedimental del bien jurídico” en un marco constitucional abierto. La definición del bien jurídico procede del principio de ofensividad en conexión con el de proporcionalidad. El bien jurídico “es un *prius* lógico” de la aplicación del principio de proporcionalidad: apreciada la presencia del bien jurídico se procede a incriminar y, por lo mismo, constatada su ausencia, deberá rechazarse cualquier intervención punitiva, ni proporcionada ni desproporcionada. El bien jurídico, como primera etapa del proceso de deliberación y de justificación, se erige en una “pauta general para enjuiciar la corrección constitucional de cualquier clase de medidas de tutela adoptadas por el ordenamiento”⁴⁴. La anterior afirmación funciona del siguiente modo: toda norma penal debe proteger un bien jurídico -“principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, o, como prefiere denominarlo VIVES, “principio de ofensividad”⁴⁵-, por lo que si una norma carece de interés jurídicamente protegido por no existir conducta ofensiva, la restricción de la libertad de actuación que comporta dicha prohibición resultará desproporcionada. Así quedan conectados los principios de ofensividad, de proporcionalidad y la idea del bien jurídico como *prius* lógico del principio de proporcionalidad, eje central en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español para medir la idoneidad de una norma limitadora de derechos y libertades, como son, por antonomasia, las normas penales; en esta sucesión de consecuencias lógicas, el bien jurídico cumple una función justificativa, es decir, se concibe en términos de justificación y no de objeto. Y aquí surge la referencia a la Constitución en tanto que ese análisis de la idoneidad de la norma, o en palabras de VIVES, de “la justificación racional de la limitación de la libertad”, debe tomar como punto de partida el contenido de los derechos fundamentales, “desde los que se decide hasta qué punto y en qué sentido una determinada prohibición penal resulta constitucionalmente legítima”. Entendemos en esta propuesta que el bien jurídico sirve para hacer descansar la justificación de las normas penales en la Constitución y para extraer los bienes jurídico-penales de la Constitución. Cobra sentido la afirmación de VIVES de que

⁴³ GONZÁLEZ RUS, J. J., *Bien ...*, op. cit., pp. 36, 40 y ss.

⁴⁴ VIVES ANTÓN, T.S., “Constitución...”, op. cit., p. 8.

⁴⁵ VIVES ANTÓN, T.S., “Constitución...”, op. cit., p. 21.

“la idea del bien jurídico sirve de intermediario entre la norma constitucional y la penal”, en la medida en que representa una “reconstrucción reflexiva que asume como punto de referencia no solo el Código Penal, sino también la Constitución”, y particularmente, los derechos fundamentales⁴⁶.

4. Teorías funcionalistas del bien jurídico

Los funcionalistas “niegan un concepto previo de bien jurídico y pretenden atribuirle únicamente importancia sistemática inmanente en la interpretación del Derecho positivo, de tal modo que el bien se convertirá en bien jurídico cuando ostente protección normativa”. Para la cuestión normativa de la legitimidad basta la represión formal basada en el subsistema político, reduciéndose la discusión a la complejidad social⁴⁷. En definitiva, las tesis funcionalistas del bien jurídico-penal no son sino la traslación de la teoría general de los sistemas autopoieticos al campo del ordenamiento jurídico punitivo. En la Sociología y la Teoría de los Sistemas el nombre de Niklas LUHMANN ocupa un lugar destacado; se trata de uno de los artífices de la “teoría sociológica” conforme a la cual los sistemas biológicos, y los físicos en general, están caracterizados por un modo de operación circular, reflexivo y autorreferencial, de tal forma que el sujeto no es el centro, esto es, ha sido desplazado “en cuanto a su autorreferencialidad”⁴⁸. La teoría sistémica toma el Derecho como un subsistema (entre otros, como la política, la religión o la economía) funcionalmente diferenciado dentro de la sociedad, a la que sirve, y que funciona como un sistema cerrado y “completamente autónomo a nivel de sus operaciones”. Los elementos que configuran el carácter cerrado del sistema son las expectativas normativas, capaces de mantenerse a sí mismas en situaciones de conflicto; tales expectativas pueden ser respetadas o defraudadas, pero incluso en el segundo caso se estará garantizando su normatividad en el sentido de “estabilidad contrafáctica”⁴⁹.

4.1 Funcionalismo puro o funcionalismo normativista: Jakobs, Amelung y Müssig. En España, Gómez Benítez

⁴⁶ VIVES ANTÓN, T.S., “Constitución...”, *op. cit.*, pp. 25-27. Así, los derechos fundamentales y los preceptos constitucionales, que son pautas para la determinación del bien jurídico, constituyen también referencias interpretativas para el legislador y representan, por consiguiente, un “límite al legislador”.

⁴⁷ PORTILLA CONTRERAS, G., “La supuesta...”, *op. cit.*, p. 900.

⁴⁸ LUHMANN, N., “El derecho como sistema social”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (ed.), *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005, p. 70.

⁴⁹ LUHMANN, N., “El derecho ...”, *op. cit.*, pp. 72 y 73.

“El funcionalismo representa una legitimación del Derecho penal a partir de las condiciones de existencia de una sociedad de libertades normativamente estructurada”⁵⁰. “Una teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad”⁵¹. En estas afirmaciones se contienen las claves de la concepción funcionalista de JAKOBS, considerado el representante más destacado de la teoría sistémica aplicada al Derecho penal. El mérito que debe reconocérsele no es menor: introdujo un giro radical en las doctrinas alemana y europea cuando revirtió el ontologicismo de su maestro WELZEL y orientó la finalidad del Derecho penal hacia la protección de la vigencia de la norma con un lenguaje trufado de conceptos normativistas; llevó a término una completa normativización del sistema penal, razón por la que puede calificarse a su propuesta como funcionalismo (en estado puro) o funcionalismo normativista.

El punto de partida es la aceptación de que todas las personas tienen un rol o un deber en la sociedad como portadores de derechos y obligaciones y adquieren en esta vinculación social una existencia real y no meramente conceptual o imaginaria⁵². Concretamente, el rol social de quien se defina como fiel al Derecho será hacer posible la estabilidad de una estructura normativa, favorecer la vigencia de la norma; dicho en otras palabras, del fiel al Derecho se espera que contribuya a la estabilidad de las normas, por lo que en él hay depositadas unas determinadas “expectativas” de que las normas sean respetadas. Esa expectativa *de vigencia de la norma se halla asentada sobre un “cimiento cognitivo”*, y cuando tal expectativa quiebra por la infracción de una norma a cargo de un infractor competente (o con competencia para autodirigirse), produciéndose la ruptura de la estructura normativa de la sociedad, surge la defraudación. Cuando el delincuente es tratado como tal delincuente y es castigado, se confirma y ratifica la vigencia social plena de la norma⁵³.

⁵⁰ JAKOBS, G., *El Derecho penal como disciplina científica* (traducción de WEEZEL, A.), Aranzadi, Navarra, 2008, p. 102.

⁵¹ JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (traducción de CANCIO MELIÁ, M. y FEIJOO SÁNCHEZ, B.), Civitas, Madrid, 1996, p. 15.

⁵² Toda la construcción de JAKOBS parte de esta base ya citada: la persona se concibe como portadora de derechos y deberes. Así, JAKOBS, G., *El Derecho ...*, op. cit., pp. 102 y 103; el mismo en *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (traducción de CANCIO MELIÁ, M. y FEIJOO SÁNCHEZ, B.), Civitas, Madrid, 2003, p. 53; el mismo en “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma” (traducción de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.), en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (ed.), *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005, pp. 177 y 178; el mismo en “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la antijuricidad” (traducción de CANCIO MELIÁ, M.), CANCIO MELIÁ, M. y FEIJOO SÁNCHEZ, B. (ed.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Civitas, Madrid, 2008, p. 30.

⁵³ JAKOBS, G., *Sobre...*, op. cit., pp. 49 a 51; el mismo en “Sozialschaden? - Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem”, BÖSE, M. y STENBERG-LIEBEN, D. (ed.), *Grundlagen des*

La vigencia de la norma viene asegurada por el efecto de la pena en el sujeto infractor, infiel al Derecho. El comportamiento delictivo obliga al delincuente a “entregar” determinada cantidad de bienes -dinero, libertad- en concepto de pena para confirmar a todos en su fidelidad al Derecho, ya que la otra alternativa (el delito) se ha revelado como inaceptable, y a las víctimas en su confianza en la norma. La pena, en este sentido, cumple una función preventivo general positiva y debe ser entendida como una contradicción de la desautorización de la norma⁵⁴, contribuyendo al mantenimiento de la norma a pesar de haber sido defraudada *de facto*. La pena también podría concebirse como un acto comunicativo por el cual se comunica al autor y a la sociedad que el comportamiento delictivo, que ha defraudado las expectativas normativas, no forma en absoluto parte del sistema social que se pretende garantizar⁵⁵. El objetivo último es proteger la identidad de la sociedad, su configuración, su dirección y su orientación. El Derecho penal garantiza *una determinada* configuración social solamente⁵⁶ y la pena mantiene la estructura normativa de *esa* sociedad.

También los sistemas sociales y la teoría sistémica representan el contexto en el que se desarrolla la doctrina de AMELUNG. En tanto el Derecho penal debe garantizar las condiciones para la convivencia de las personas, ha de partir de las consideraciones del sistema social. Lo delictivo es aquello que lesiona las condiciones de vida reflejadas en la filosofía del contrato social, “lo dañoso desde el punto de vista del sistema social”; así, el delito no sirve a la convivencia social y es disfuncional. La justificación de la pena radica en la lesividad social de la conducta y no en la lesión de intereses merecedores de protección penal⁵⁷.

Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, pp. 44 a 49, especialmente pp. 46 y 49; también en *El Derecho ...*, *op. cit.*, pp. 92 y 97.

⁵⁴ JAKOBS, G., *Sobre ...*, *op. cit.*, pp. 56-59.

⁵⁵ RODRÍGUEZ, V.G. *Livre arbítrio e direito penal. Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática*, Marcial Pons, Sao Paulo, 2018, pp. 236 y ss, conecta la función comunicativa de la pena con la creación de la categoría del Derecho penal del enemigo en Jakobs: la pena comunica o expresa quién tiene capacidad para entender una norma (con reconocimiento de su estatus de persona), de forma que si la infringe es culpable.

⁵⁶ JAKOBS, G., *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad* (traducción de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.), Civitas, Madrid, 2004, p. 77.

⁵⁷ AMELUNG, K., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft : Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage ; zugleich ein Beitrag zur Lehre von der "Sozialschädlichkeit" des Verbrechenens*, Athenäum-Verlag, Frankfurt am Main, 1972, pp. 350 y ss, 364 y 387 y ss.

Esto advertido, AMELUNG no renuncia por completo al principio de protección de bienes jurídicos, pues acepta que el bien jurídico todavía cumple una función interpretativa-teleológica de los tipos penales, una función valorativa y una función de graduación del injusto. La formalización e indeterminación que defienden los penalistas funcionalistas para el bien jurídico, permite que este concepto se convierta, a juicio de AMELUNG, en un instrumento de conexión entre la política y la dogmática. Admitida la funcionalidad del bien jurídico, la determinación de lo que deba ser bien jurídico se llevará a cabo siguiendo el procedimiento legislativo democrático y guiándose por los criterios de racionalidad legislativa, tomando como principal referencia la Constitución, ya que es la norma fundamental la que proporciona las decisiones fundamentales⁵⁸. En todo lo que la Constitución no diga o no recoja, prevalecerá la libertad de configuración del ilícito del legislador. Como el bien jurídico se refiere a estados de cosas valorados positivamente por el legislador, ese juicio de valor positivo transmite el mensaje de que tal estado de cosas debe ser conservado, de donde se deriva que en sí mismo es constitutivo del bien jurídico⁵⁹.

Finalmente, también MÜSSIG despliega su concepción del bien jurídico en el entramado de la teoría de los sistemas. Este autor estima que la teoría del bien jurídico carece de anclaje social como para seguir sirviendo de fundamento del Derecho penal; en otras palabras, el criterio de la protección de bienes jurídico utilizado para dotar al Derecho de una dimensión práctico-social ha fracasado y en este punto se hace imprescindible salir a la búsqueda de los fundamentos del Derecho en una teoría social compleja, una “teoría institucional del Derecho” (en un sentido muy próximo a las teorías sistémicas y sociológicas) que conciba el Derecho como una estructura de la sociedad de tal modo que desarrolle una función al servicio de la estructura social y, por esta razón, las normas deben observarse “en su función para la sociedad”⁶⁰. MÜSSIG entiende que las normas son “estructuras reflexivas de expectativas que se han institucionalizado con vigencia para la sociedad”, y cuando tales expectativas se ven defraudadas procede la imposición de la pena, de donde puede deducirse que (a) “el Derecho penal sirve por lo tanto para la estabilización contrafáctica de

⁵⁸ AMELUNG, K., *Rechtsgüterschutz ...*, op. cit., pp. 363 y ss.

⁵⁹ AMELUNG, K.: “El concepto ...”, op. cit., pp. 228-239.

⁶⁰ MÜSSIG, B., “Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema” (traducción de CANCIO MELIÁ, M. y PEÑARANDA RAMOS, E.), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 9 (2002), p. 185; el mismo en “Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en derecho penal. Puntos de partida para una sistematización” (traducción de CANCIO MALIÁ, M.), en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (ed.), *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005, p. 199 y nota nº 6.

expectativas de conducta relevantes para el conjunto de la sociedad”, y (b) “la reacción jurídica (la pena) es una autodescripción y autoaseguramiento de la configuración social. Siguiendo las tesis de la teoría sociológica, propone legitimar *el ius puniendi* desde la perspectiva de la configuración de la sociedad, de tal forma que lo decisivo del contenido material del injusto no es el ataque externo y perceptible por los sentidos de bienes jurídicos, sino el quebrantamiento de la norma, la vulneración del Derecho. Esto advertido, ni cualquier configuración de la sociedad ni cualquier norma que sea el reverso de dicha configuración social serán legítimas, sino que la legitimación jurídico-penal de una norma y de la configuración social a la que sirve se determinarán con arreglo a unos “criterios materiales de identidad de la sociedad”, definidos a partir del marco normativo institucionalizado en la Constitución⁶¹, entendida como entorno en el que conviven los distintos subsistemas sociales (económico, jurídico, político, religioso...).

En la doctrina española, ha sido, entre otros, GÓMEZ BENÍTEZ quien ha defendido las aportaciones de la teoría de los sistemas y del funcionalismo, especialmente las de AMELUNG, como método para enjuiciar y analizar críticamente el Derecho penal. No es la lesión de objetos o valores dispersos el criterio unitario que define el delito, sino el “perjuicio social” a las condiciones de la vida en comunidad. Como AMELUG, tampoco GÓMEZ BENÍTEZ renuncia al bien jurídico, ya que este realiza una función de limitación del *ius puniendi* orientando la criminalización al foco de las conductas perjudiciales socialmente, de donde se desprende una *función social de la pena* y un *concepto social del bien jurídico*⁶².

4.2 Funcionalismo moderado o funcionalismo teleológico: Roxin y Schönemann

La introducción de un adjetivo que califica al funcionalismo de ROXIN refleja que sus teorías no representan un funcionalismo en estado puro, sino que introducen matices que lo apartan sustancialmente. Su acercamiento a las tesis funcionalistas vendría del hecho de que ROXIN sostiene que un moderno sistema de Derecho penal ha de estar estructurado teleológicamente, esto es, construido en atención a finalidades valorativas previas que garanticen de antemano la concordancia entre la consecuencia sistemática y la corrección material pretendida. Así entendido, las finalidades configuran el sistema y se definen político-

⁶¹ MÜSSIG, B., “Desmaterialización ..., *op. cit.*, pp. 192-198; el mismo en “Aspectos ..., *op. cit.*, pp. 200-203.

⁶² GÓMEZ BENÍTEZ, M., “Sobre la teoría del “bien jurídico” (aproximación al ilícito penal)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 69 (1983), pp. 108 y 111.

criminalmente, ya que los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del Derecho penal. Ahora ya sí toma forma su auténtica propuesta: “*un sistema teleológico-político criminal de orientación valorativa*”, cuyas bases fueron establecidas en su célebre Programa “Política criminal y sistema del Derecho penal”⁶³.

Uno de los objetivos del planteamiento de ROXIN ha sido conjugar y sintetizar equilibradamente las virtudes de las concepciones sistémicas con los filtros que representan los principios político-criminales, que deben “penetrar en el sistema del Derecho penal”⁶⁴. Y en esta línea decidida de apoyo a la política criminal, ROXIN se manifiesta a favor del principio de exclusiva protección (subsidiaria, por ser la *ultima ratio*) de bienes jurídicos, lo que conlleva rechazar la sanción de las meras inmoralidades y las contravenciones del Derecho penal⁶⁵. Es, pues, una dogmática del Derecho penal receptiva a principios político-criminales útiles para la interpretación de las normas penales, siendo uno de tales el de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Dadas las limitaciones de otras definiciones de bien jurídico para ofrecer un concepto expresivo y, al propio tiempo, limitador del Derecho penal, propone una fórmula vinculante político-criminalmente: el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos derivado de los cometidos plasmados en la Constitución de un Estado de Derecho basado en la libertad del individuo⁶⁶. Esta libertad del individuo es lo que marca los límites del contenido del bien jurídico entendido como las “realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin”⁶⁷. Junto a la libertad

⁶³ ROXIN, C., *Política criminal y sistema de derecho penal* (traducción e introducción de MUÑOZ CONDE, F.), Bosch, Barcelona, 1972.

⁶⁴ ROXIN, C., *Política ...*, op. cit., p. 33. El mismo en “Dependencia e independencia del Derecho penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión” (traducción de SANTANA VEGA, D. M.), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LIX (2006), p. 12

⁶⁵ ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General* (Tomo I; Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito; traducción de LUZÓN PEÑA, D-M., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y VICENTE REMESAL, V.), 2ª edición, Civitas, Madrid, 2006. pp. 51-53; el mismo en “El bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen” (traducción de CANCIO MELIÁ, M.), *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15 (2013), p. 4.

⁶⁶ ROXIN, C., *Derecho ...*, op. cit., p. 55 *Vid.*, ROXIN, C., “El bien ...”, op. cit., pp. 24 y a 26.

En este punto es donde emerge con toda fuerza la parte no funcionalista del sistema propuesto por ROXIN, evidenciada, ante todo, en una delimitación del bien jurídico desde parámetros constitucionalmente valorativos.

⁶⁷ ROXIN, C., ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? (traducción de ORTIZ DE URBINA GIMANO, I.), en HEFENDEHL, R. (ed.), *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios?* (edición española a cargo de

del individuo, recientemente ha profundizado en otra limitación de carácter crítico para el legislador, igualmente compatible con la Constitución y el Estado de Derecho, cual es el principio constitucional de proporcionalidad o de prohibición de exceso, jurisprudencialmente desarrollado y concretado en las exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁶⁸.

SCHÜNEMANN, seguidor de ROXIN, toma como punto de partida la comunión de intereses que ciertamente existe, aunque en ocasiones parezca imposible y contradictorio, entre una concepción funcionalista y una orientación político-criminal del *ius puniendi* mediante la participación de ciertos criterios limitadores de la intervención penal, como el principio de protección de bienes jurídicos, hasta tal punto que se implican mutuamente en tanto que la finalidad de protección de bienes jurídicos del Derecho penal no puede alcanzarse si no se parte de un pensamiento funcional⁶⁹. Dicha síntesis, que el autor denomina “razonamiento teleológico (funcional)”, deviene imprescindible ya que un funcionalismo estricto conduciría “al establecimiento de toda una serie de argumentaciones circulares” (“falacia normativista”)⁷⁰. Frente al exceso de normativismo del funcionalismo, SCHÜNEMANN propone fundamentar los elementos jurídicos o normativos del sistema en valores o estados descriptibles empíricamente o asentados en el mundo social (criterio valorativo)⁷¹.

4.3 Funcionalismo valorativo de Mir Puig y Arroyo Zapatero

ALCÁCER. R., MARTÍN, M^a. y ORTIZ DE URBINA. I), Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 448. La libertad de individuo en el pensamiento de ROXIN no solo despliega funciones en el espacio del bien jurídico, sino también como fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad/responsabilidad: *vid. así*, GABRIEL RODRÍGUEZ, V., *Livre arbitrio ...*, *op. cit.*, ampliamente pp. 219 y ss, especialmente 222 y ss.

⁶⁸ ROXIN, C., “El bien ...”, *op. cit.*, pp. 24 y a 26

⁶⁹ SCHÜNEMANN, B., “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia-jurídica alemana” (traducción de CANCIO MELIÁ, M.), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, 1 (1996), p. 206.

⁷⁰ SCHÜNEMANN, B., “La función del principio de culpabilidad y el Derecho penal preventivo”, en SCHÜNEMANN, B., *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario* (introducción, traducción y notas de SILVA SÁNCHEZ, J-M.), Tecnos, Madrid, 1991, pp. 167, 168 y 171).

⁷¹ SCHÜNEMANN, B., “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal”, en SCHÜNEMANN, B., *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario* (introducción, traducción y notas de SILVA SÁNCHEZ, J-M.), Tecnos, Madrid, 1991, pp. 70-73.

MIR PUIG entiende que el Derecho Penal debe influir en la realidad existente más allá del propio Derecho penal y de las normas, como un sistema normativo al servicio de los individuos y de las instituciones que respondan a sus necesidades⁷². En este sentido, bien puede acomodarse a MIR PUIG en la dirección del funcionalismo; es más, el propio MIR PUIG se refiere a la influencia de autores funcionalistas como AMELUNG y CALLEIS, cuando señala que la función de la pena debe desarrollarse “teleológicamente”, o, mejor, a partir de este significado funcional, y en base, asimismo, a la función social que la Constitución atribuye a la pena. Ello supondrá un “planteamiento funcionalista de la teoría del delito”⁷³.

Sin embargo, a medida que sigue desarrollando sus líneas de pensamiento, la teoría de MIR PUIG se aleja de los funcionalistas y representa una modalidad diferenciada. Los intereses reales de los individuos a los que aludimos, directos o indirectos -mediados por instituciones- constituyen los bienes jurídico-penales que reciben la protección del Derecho penal y que ocupan el centro de la tarea del ordenamiento punitivo, que asume, así, la función de prevención de ataques a bienes jurídico-penales⁷⁴. Se trata de una formulación compatible con una concepción democrática del Derecho, con un Estado social y democrático de Derecho, y no meramente apolítica o estrictamente jurídica. Continúa MIR PUIG señalando otra matización frente al normativismo o funcionalismo radical recordando que el sistema jurídico debe estar cultural y valorativamente orientado o condicionado por consideraciones con las que el legislador se encuentra y de las que no puede disponer; a partir de tales circunstancias condicionantes se determina lo normativo jurídico. De este modo, lo normativo jurídico ha de estar limitado por lo normativo cultural⁷⁵. Primero se decidirá qué es suficientemente importante a nivel social como para elevarlo a la consideración de bien jurídico en atención a disquisiciones valorativas, para después convertirlo en bien jurídico-penal con arreglo a cuestiones normativas o jurídicas. Por ello el propio autor califica su propuesta como *funcionalismo valorativo*.

⁷²MIR PUIG, S., “Límites del normativismo en Derecho Penal”, en MIR PUIG, S. (dir.): *Derecho Penal del siglo XXI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, pp. 57, 58 y 80. En otro trabajo suyo, “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del *Ius puniendi*”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV (1991), p. 212, insiste en este aspecto señalando que el sistema social debe ponerse al servicio del individuo y no el individuo a servicio del sistema social, pues esta segunda opción sería propia de un Estado social autoritario y no de un Estado democrático de Derecho.

⁷³MIR PUIG, S., *El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 45.

⁷⁴MIR PUIG, S., “Límites ...”, *op. cit.*, pp. 62 a 64.

⁷⁵MIR PUIG, S., “Límites ...”, *op. cit.*, pp. 58 y 59.

En un estadio más avanzado, MIR PUIG establece una vinculación más intensa que la de Derecho penal-concepción democrática, para situar a la Constitución en el basamento de la fundamentación político-criminal y dogmática del Derecho penal. Una de las conexiones entre Constitución y Derecho penal es la que se entabla a través del principio constitucional político-criminalmente limitador de exclusiva protección de bienes jurídico-penales⁷⁶, aunque hay otros como el de necesidad de pena, subsidiariedad, *ultima ratio*, fragmentariedad e intervención mínima, lesividad. En otras palabras, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos no es el único criterio político-criminal que debe limitar el *ius puniendi* en un Estado social y democrático de derecho⁷⁷.

La prevención de los delitos debe llevarse a cabo mediante normas penales construidas sobre la base de los resultados de la sociología de los sistemas sociales y de las ciencias del comportamiento, entiende también ARROYO ZAPATERO. La orientación funcionalista de ARROYO ZAPATERO se confirma cuando sostiene que el delito debe concebirse como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos (intereses individuales y colectivos) que se produce en un contexto social, esto es, conectada a su “dañosidad social”, declarándose partidario de las propuestas de AMELUNG. Sin embargo, admite que el problema del funcionalismo es su neutralidad valorativa ante cualquier sistema social, es decir, “su ausencia de juicio de valor”⁷⁸, como si acaso todo sistema social pudiera ser legítimo; frente a ello, propone un marco de valoraciones y reglas sostenidas por un amplio consenso social que permita orientar la función de control del Derecho penal hacia un sistema social legítimo y valorativo de referencia, siendo este el sistema valorativo de la Constitución. La norma fundamental contiene un “programa penal” que constituye el marco normativo en el que el legislador puede tomar sus decisiones y el juez puede encontrar los elementos para interpretar las leyes y aplicarlas⁷⁹.

⁷⁶ MIR PUIG, S., “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, en CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENQUIGUER, E., *et. al.*, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (vol. II), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1357.

⁷⁷ MIR PUIG, S., “Bien ...”, *op. cit.*, p. 215. Del desarrollo de todos estos límites y de su función como principios limitadores del *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho, da cuenta en MIR PUIG, S., *Derecho ...*, *op. cit.*, pp. 104 y ss.

Partidaria de seguir las tesis integradoras de MIR PUIG acerca de los límites al *ius puniendi* derivados de un Estado social y democrático del Derecho, entre ellos, los principios de protección de bienes jurídicos, de subsidiariedad, fragmentariedad y *ultima ratio*, CORCOY BIDASOLO, M., “Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales”, en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.)/HORTAL IBARRA, J. C. (coord.), *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 160.

⁷⁸ ARROYO ZAPATERO, L., “Derecho penal económico y Constitución”, *Revista Penal*, 1 (1998), p. 2.

⁷⁹ ARROYO ZAPATERO, L., “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, *Revista jurídica de Castilla la Mancha*, 1 (agosto, 1987), pp. 100-103.

4.4 La concepción personalista del bien jurídico de Hassemer y Neumann, y en España, de Muñoz Conde y Sanz Morán

Mencionar la concepción personal del bien jurídico nos conduce directamente a HASSEMER. Esta teoría es su gran apuesta por definir el concepto y el contenido del bien jurídico en relación con los presupuestos necesarios para la existencia del individuo. Fuertemente influido por la filosofía política de la Ilustración, cuya mejor obra en el campo del Derecho fue la teoría del contrato social, la construcción de HASSEMER parte del contrato social en virtud del cual todos los ciudadanos renuncian a una parte igual de su libertad natural e individual a fin de convivir pacíficamente para garantizar la estabilidad y la protección de cada uno de ellos. En la medida en que los medios del Derecho y la función del Derecho se circunscriben a la libertad individual y a la protección del individuo, o, en otras palabras, en tanto se limita la funcionalidad del Derecho a las necesidades de protección de individuos concretos, se ha ubicado su concepción personal en el edificio del funcionalismo, y concretamente del “funcionalismo individualista”. No puede hablarse de otro modo si tenemos en mente esta ilustrativa afirmación del penalista de la Escuela de Frankfurt: “el ciudadano no queda, pues, funcionalizado en aras del Estado, sino que es el Estado el que se funcionaliza al servicio del ciudadano”⁸⁰.

La teoría personal del bien jurídico propuesta por HASSEMER surge a raíz de las nuevas necesidades de incriminación que impone la sociedad moderna bajo la forma de delitos de peligro abstracto. Ante una creciente complejidad de la vida diaria y de las relaciones sociales (“complejización organizativa”⁸¹), no conviene que el Derecho se someta y se “socialice” sino que debe seguir teniendo en mente la protección de los “elementos personales”. Y el propio autor recuerda que “los tiempos de la alta complejización social, en el Derecho penal, son los tiempos de las teorías con orientación personal”, por ello observa el proceso en la dirección contraria: “desde una concepción liberal del Estado, propone funcionalizar los intereses jurídicos generales y del Estado a partir del individuo; los bienes jurídicos universales tienen fundamento solo en la medida en que se corresponden con los

⁸⁰ Vid., HASSEMER, W., *Persona ...*, *op. cit.*, p. 44.

⁸¹ HASSEMER, W., *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt am Main, 1980, p. 71; el propio HASSEMER señala que este proceso de complejización está conduciendo al triunfo de un “derecho penal amenazante de orientación puramente preventiva”; *vid.*, así, HASSEMER, W., “Los rostros ...”, *op. cit.*, p. 114.

intereses -conciliados- del individuo”⁸². La persona es el eje de la construcción de HASSEMER de tal forma que el Derecho penal debe limitarse a su ámbito nuclear básico: la persona y el “derecho penal básico”.

Y así llega a su concepción personal del bien jurídico: “los bienes jurídicos son intereses humanos que requieren protección penal”; es decir, la protección de la persona impone la necesidad de la intervención penal. Si el sustrato del bien jurídico es la persona, ello podría descartar la existencia de bienes jurídicos universales o colectivos; sin embargo, HASSEMER no los expulsa, sino que subordina su existencia al logro de una conexión entre esos bienes colectivos y la persona, consagrando así una relación jerárquica, de un modo tal que el Derecho penal podría proteger bienes colectivos en tanto sirvan a los intereses de la persona, siempre que “se funcionalicen desde la persona”. Admitida esa jerarquía, la criminalización de conductas que atenten contra los bienes universales exigirá: a) explicar en qué medida coadyuvan a los intereses de las personas individuales; b) aceptado lo anterior, argumentar porqué es urgente la protección; c) autorizada la protección, arbitrarla de un modo más benigno que si fueran bienes jurídicos individuales, dado que, por la relación jerárquica, los colectivos no dejan de ser bienes de importancia secundaria⁸³.

NEUMANN valora la teoría personal del bien jurídico como una “respuesta científicamente convincente e inteligente” y aplaude su orientación eminentemente práctica para dar respuesta a una cuestión normativa: “¿bajo qué condiciones puede el Estado prohibir una acción amenazando con castigarla?” Y ofrece la solución desde una apuesta por “el principio individualista, en el sentido de la palabra “humano”, frente a los enfoques estadistas y colectivistas que instrumentalizan el Derecho penal para crear ciudadanos obedientes y sumisos. Esta opción acierta resolviendo el problema del bien jurídico desde la perspectiva del interés de la persona, incluso cuando los bienes son colectivos o universales, pues si se pueden reducir a bienes personales entonces serán bienes jurídicos legítimos, y si no pueden deducirse de ellos serán, entonces, cuestionables⁸⁴.

En la doctrina española MUÑOZ CONDE es el más firme partidario de la concepción personal del bien jurídico de HASSEMER, a cuya difusión ha contribuido notablemente con

⁸²HASSEMER, W., “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, *Doctrina Penal*, 46/47 (abril-septiembre 1989), p. 281.

⁸³HASSEMER, W., “Lineamientos ...”, *op. cit.*, pp. 282 y 283.

⁸⁴NEUMANN, U., “Alternativas ...”, *op. cit.*, pp. 6, 7 y 11.

las traducciones de los trabajos del penalista alemán al español y colaborando en publicaciones conjuntas. Para MUÑOZ CONDE el Derecho penal como sistema normativo se dirige al mantenimiento y protección de un sistema social de convivencia; al propio tiempo aspira a realizar un control social asegurando el cumplimiento de las expectativas de conductas y los intereses contenidos en las normas que rigen la convivencia. Una vez garantizada esa convivencia, el ser humano podrá autorrealizarse y desarrollarse recurriendo a ciertos presupuestos existenciales. Como resultado, surgen los bienes jurídicos como “los presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social”⁸⁵. Parte de esos bienes serán individuales en cuanto afecten a la persona individual, y colectivos o universales si afectan más a la sociedad, pero siempre y cuando sirvan verdaderamente al desarrollo personal humano, desde una visión antropocéntrica del mundo.

A la hora de concretar el contenido de los bienes jurídicos, este autor plantea una relación especial entre el Derecho penal y la Constitución, que se articula sobre un doble pivote: por una parte, los derechos fundamentales, consagrados en las Constituciones, constituyen referencias básicas para la elevación de un valor o interés a la consideración de bien jurídico merecedor de protección penal (“en la Constitución el Derecho penal recoge el material que luego transformado en bienes jurídicos debe proteger con sus propios instrumentos”⁸⁶); pero, por otra, no todos los bienes jurídicos penales son derechos fundamentales, en terminología de la Constitución, esto es, el ordenamiento punitivo no solo protege derechos fundamentales. El Derecho penal es un mecanismo de protección autónomo y en cierta medida independiente de las demás ramas del ordenamiento, también del Derecho constitucional, aunque se mueve dentro de este con relativa libertad para seleccionar los derechos fundamentales que deben ser protegidos penalmente y que se transformarán en bienes jurídicos después de un proceso de normativización⁸⁷, *que los convierta en materia manejable por el Derecho penal*.

Por último, también SANZ MORÁN suscribe esta visión personalista del bien jurídico: el Derecho penal debe proteger bienes jurídicos, entendidos como condiciones para el libre desarrollo del ser humano en su relación con otros seres. Garantizando ese desarrollo

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 57-63.

⁸⁶ MUÑOZ CONDE, F., “Protección ...”, *op. cit.*, p. 573.

⁸⁷ MUÑOZ CONDE, F., “Protección...”, *op. cit.*, pp. 561 y ss.

humano, se protege al mismo tiempo la dignidad, fundamento del sistema jurídico, y se rechaza una visión colectivista del orden jurídico que instrumentalice al ser humano a favor de intereses que trascienden a la persona⁸⁸.

5. El garantismo penal y el Derecho penal mínimo

5.1 Ferrajoli y Baratta

No solo los “funcionalistas individualistas” y los defensores de la concepción personal del bien jurídico sitúan a la persona en el centro de sus reflexiones y de sus propuestas político-criminales. Desde la Filosofía del derecho y con aplicaciones concretas en el Derecho penal se ha desarrollado otra corriente de pensamiento que aboga por convertir a la persona en el punto de referencia de las normas jurídicas, al tiempo que postula una reorientación del Derecho punitivo para luchar contra las nuevas formas de criminalidad. Constatan algunos autores una crisis del derecho manifestada en la reducción de la capacidad regulativa del derecho, la inadecuación y la falta de efectividad de sus técnicas de garantías, así como la huida del poder político de los sistemas de sujeción y dación de cuentas para, en su lugar, actuar desde instancias invisibles y extra-institucionales. A ello hay que sumar, igualmente, la inflación legislativa derivada del crecimiento del Estado Social y de la extensión del Derecho penal ante amenazas y situaciones de emergencia como el terrorismo, la mafia o el crimen organizado. En este contexto, toma sentido un Derecho penal mínimo garantista dirigido “únicamente a la tutela de bienes y derechos fundamentales”⁸⁹.

Los planteamientos básicos de esta propuesta han sido sistematizados por FERRAJOLI en su célebre obra “Teoría del garantismo penal”, en la que propone la realización de un binomio: garantismo y derecho penal mínimo. Por un lado, el garantismo consiste en un modelo de diez condiciones o axiomas contra el arbitrio o el error penal: por un lado, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzca la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y

⁸⁸SANZ MORÁN, J. A., “Reflexiones sobre el bien jurídico”, en CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., ORTS BERENGUER, E., *et. al.*, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (vol. II), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1769.

⁸⁹FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 10.

la culpabilidad de su autor y su prueba empírica. Por otro, el Derecho penal mínimo es un Derecho penal condicionado y fuertemente limitado que se corresponde con el máximo grado de tutela de las libertades individuales y con los ideales de *racionalidad* y *certeza* en tanto que la intervención punitiva está motivada por argumentos cognoscitivos y, por consiguiente, previsibles; en fin, un Derecho penal mínimo que exige “intervenciones potestativas y valorativas de exclusión o de atenuación de la responsabilidad cada vez que subsiste incertidumbre en cuanto a los presupuestos cognoscitivos de la pena”⁹⁰.

La pena, en el modelo del garantismo penal y del Derecho penal mínimo, asume una doble función preventiva: prevención general de los delitos y, ante todo, prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas, en el bien entendido de que es preciso minimizar la violencia en la sociedad⁹¹ y por ello hay que proteger a quien es víctima de esta violencia: tanto la parte ofendida por un delito como los reos (o inocentes de los que se sospecha), que podrían resultar ofendidos por una venganza severa. Desde este punto de vista sostiene FERRAJOLI que es preciso proteger a los ciudadanos de la privación de derechos que supone un delito y de la privación de derechos que puede representar una pena excesiva y desproporcionada, por lo que el Derecho penal se convierte en el “instrumento de tutela de los derechos fundamentales, definiendo estos normativamente los límites de aquel en cuanto *bienes* que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos”. Todo ello hace de la ley penal la “ley del más débil”⁹².

Sin duda que estas reflexiones están en la base de la “teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal” elaborada por BARATTA, y que constituye una aplicación más concreta del Derecho penal mínimo ideado por el filósofo del derecho florentino, ahora en el ámbito del ordenamiento punitivo. La propuesta de BARATTA está guiada por una perspectiva humanista de los derechos humanos orientada a contener la violencia punitiva e institucional (“la pena es violencia institucional”, dirá) que representa la pena⁹³, la cual, por más que las élites defiendan su puesta al servicio de la utilidad general y del mantenimiento pacífico del sistema, realmente aspira a “autorreproducir material e ideológicamente el sistema social existente en interés de los grupos dominantes”. Emerge de

⁹⁰ FERRAJOLI, L., *Derecho ...*, op. cit., pp. 93 y 103 a 105.

⁹¹ FERRAJOLI, L., “Il diritto penale minimo”, *Dei delitti e delle pene*, anno III, 3 (settembre-dicembre 1985), pp. 507 a 511.

⁹² FERRAJOLI, L., *Derecho ...*, op. cit., p. 335.

⁹³ BARATTA, A., “Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale”, *Dei delitti e delle pene*, anno III, 3 (settembre-dicembre 1985), pp. 444-446y nota al pie n° 1.

nuevo el deseo de construir un Derecho penal concebido como ley del más débil. Propone por ello un modelo basado en criterios radicalmente opuestos a los de las teorías funcionalistas y que engarzan perfectamente con el garantismo penal y el Derecho penal mínimo: por una parte, limitación formal del sistema penal al máximo desde el respeto de la libertad y la autonomía constitucionales, y, por otra, estructuración de un proyecto alternativo, no desde la perspectiva de la conservación del sistema social, sino desde la perspectiva de la emancipación del hombre, de forma que el individuo ya no sea más un portador de la respuesta penal simbólica (como pretenden las teorías sistémico-funcionalistas), sino el destinatario y fin de una auténtica política de reintegración social⁹⁴.

5.2 El Derecho penal mínimo en el marco de la Constitución. La tesis de Terradillos Basoco y Rodríguez Mesa

En la doctrina penal española, las tesis del Derecho penal mínimo y del garantismo penal han encontrado cierto desarrollo, partiendo de postulados similares (mínima intervención penal y máximas garantías) aunque diversificándose en una segunda fase, cuando se trata de determinar los bienes jurídico-penales conforme a un marco referencial. Una primera opción es el entorno referencial de la Constitución y los derechos fundamentales; en este sentido, podemos hablar de una corriente constitucionalista del bien jurídico bajo las máximas del Derecho penal mínimo y del garantismo penal. La propuesta de TERRADILLOS BASOCO podría situarse en este contexto. Los poderes públicos deben minimizar los ataques contra los derechos y ataques fundamentales mediante estrategias preventivas del delito, amparadas en el art. 25.2 de la norma fundamental, al tiempo que debe minimizarse también la lesión de esos derechos y libertades respecto del sujeto infractor, cuya dignidad personal no puede terminar afectada tras la imposición y el cumplimiento de la pena. Desde esta doble perspectiva, TERRADILLOS BASOCO combina prevención y garantías. Por otro lado, la limitación del *ius puniendi* o minimización de la intervención penal se materializa concentrando las actuaciones punitivas sobre los ataques más graves contra bienes sociales imprescindibles⁹⁵. Así, los bienes jurídicos son definidos como “las posibilidades de satisfacción de las necesidades humanas, con la promoción de las condiciones de satisfacción

⁹⁴ BARATTA, A., “Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica” (traducción de GARCÍA-MÉNDEZ, E. y SANDOVAL HUERTAS, E.), *Revista de Doctrina Penal*, año 8, 29 (1985), pp. 19 y 20.

⁹⁵ TERRADILLOS BASOCO, J. M., “La Constitución penal. Los derechos de la libertad”, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/13terraddillos-constitucionpenal.pdf>, pp. 2 y 5 (consulta online: 27/08/2018).

de necesidades cualitativas”⁹⁶, en tanto que por su importancia social se identifican con los derechos fundamentales individuales y colectivos, y se extraen de la Constitución⁹⁷.

Todavía en este primer sector encontramos también a RODRÍGUEZ MESA, quien señala que la función del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, concebidos como “los presupuestos básicos de la convivencia social”, de los que son titulares tanto las víctimas de los delitos como, aspecto que la autora subraya espacialmente (como suelen hacer los defensores del garantismo penal), los autores del delito-destinatarios de la pena. Esto es, “todos los ciudadanos” son titulares de bienes jurídicos, cualquiera que sea la posición que ocupan en el sistema social y la posición que tomen en el conflicto procesal penal: víctima o autor. Por ello, siguiendo a FERRAJOLI, añade que el Derecho penal persigue una función preventiva de delitos, los cuales atacan los bienes jurídicos de las víctimas, y de penas arbitrarias y desproporcionadas, que, por su parte, lesionan los bienes jurídicos de los delincuentes⁹⁸.

A partir de aquí, RODRÍGUEZ MESA propone como marco para su propuesta de Derecho penal mínimo y garantismo penal, el Estado constitucional. El ordenamiento punitivo, mínimo y garantista, debe interpretarse a la luz de los principios constitucionales en tanto que la Constitución es el marco referencial que dota de sentido al Derecho penal. En la medida en que las normas penales deben proteger “los derechos fundamentales constitucionales de todas las personas” (remitiéndose, para ello, al elenco de derechos de la Constitución española), y que, como se dijo antes, el Derecho penal asume como función la tutela de “los bienes jurídicos de todos los ciudadanos”, podría decirse que la fundamentación de los bienes jurídico-penales se halla en los derechos fundamentales y en la Constitución. En fin, una tesis constitucionalista del bien jurídico enmarcada en el Derecho penal mínimo y garantista.

5.3 El Derecho penal mínimo de los derechos humanos de Alonso Álamo

⁹⁶ TERRADILLOS BASOCO, J. M., “La satisfacción de las necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 63 (1981), pp. 136 y ss.

⁹⁷ TERRADILLOS BASOCO, J. M., “La Constitución ...”, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

⁹⁸ RODRÍGUEZ MESA, M^a. J., “Las razones del derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-10 (2007), pp. 14-19.

Existe, sin embargo, un segundo sector que pretende hacer efectivas las aspiraciones del Derecho penal mínimo protector de bienes jurídico-penales, pero tomando un marco referencial alternativo a la Constitución y los derechos fundamentales: los derechos humanos. Se trataría de un Derecho penal mínimo encuadrado en el contexto de los derechos humanos, esto es, el “Derecho penal mínimo de los derechos humanos”, de ALONSO ÁLAMO⁹⁹. En consonancia con las bases expuestas anteriormente (mínima intervención punitiva y máximas garantías), esta autora se declara partidaria de un Derecho penal mínimo de corte monista individualista que antepone la protección del individuo a la protección de la sociedad¹⁰⁰.

Al auge de las tesis constitucionalistas del bien jurídico (bajo la influencia, o no, del Derecho penal mínimo), opone esta autora la insuficiencia de los derechos fundamentales constitucionales como marco de referencia para la determinación de los bienes jurídico-penales dignos de protección, señalando que “la historia muestra que puede producirse una injusticia extrema o injustos legales” que frenen “la marcha ascendente de la historia”, coyuntura que estaría presente si se aprobara “un cambio constitucional que se apartara de los derechos conquistados en la historia”¹⁰¹.

Ante tal contexto, es preciso encontrar una fundamentación externa a la Constitución de los bienes jurídico-penales, esto es, un marco referencial superior a las Constitucionales, que resista más firme e incólumemente a las amenazas de retrocesos históricos que el marco referencial de los derechos fundamentales constitucionales o de los derechos consagrados en Declaraciones Internacionales, garantizándose así que aun desapareciendo las Constituciones democráticas o quedando sepultados sus avances, “no por ello desaparecerían los bienes jurídicos protegibles penalmente”¹⁰² que estuvieran fundamentados en este marco referencial alternativo a las Constituciones y sus derechos fundamentales. Para ALONSO ÁLAMO ese marco son los derechos humanos, que ofrecen unos contornos válidos para “reconducir a la unidad diferentes concepciones sobre el bien jurídico”¹⁰³.

⁹⁹Los trabajos doctrinales que a continuación vamos a utilizar están recogidos en su monografía ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y derecho penal mínimo de los derechos humanos*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2014

¹⁰⁰ ALONSO ÁLAMO, M., “Fundamentación pre-positiva de los bienes jurídico-penales y derecho penal mínimo de los derechos humanos”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 15, mayo 2011, p. 2.

¹⁰¹ ALONSO ÁLAMO, M., “Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX (2009), p. 105. En la misma línea, ALONSO ÁLAMO, M., “Fundamentación ...”, *op. cit.*, p. 4, habla de “injusto legal constitucional” si se produjera un cambio de la norma fundamental que lesionara los derechos humanos afirmados en la historia.

¹⁰² ALONSO ÁLAMO, M., “Bien jurídico penal ...”, *op. cit.*, p. 104.

¹⁰³ ALONSO ÁLAMO, M., “Fundamentación ...”, *op. cit.*, pp. 14 y 23.

Los derechos humanos son anteriores a las Constituciones, poseen una dimensión que traspasa las fronteras de los Estados y ni siquiera se corresponden fielmente con los derechos reconocidos por las Convenciones internacionales de derechos¹⁰⁴. Ciertamente gran parte de los derechos humanos han sido positivados en forma de derechos fundamentales en los ordenamientos jurídicos estatales, ya sea a través de las Constituciones que los proclaman específicamente o a través de la adhesión del Estado a Convenios Internacionales que se integran en el ordenamiento estatal. Pero los derechos humanos van más allá y abarcan también “aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de las necesidades humanas y que, debiendo ser objeto de positivización, no lo han sido”. Ante todo, la utilidad del marco referencial de los derechos humanos deriva de su universalidad.

A partir del marco referencial de los derechos humanos se puede fundamentar fácilmente, en primer lugar, un amplio elenco de bienes jurídico-penales nucleares o pertenecientes a la zona central del Derecho penal, como la vida, la integridad física o el honor, que se corresponden con derechos humanos de primera, segunda y tercera generación reconocidos¹⁰⁵ y conquistados dinámicamente en la historia. La apertura del modelo para facilitar la incorporación a este marco referencial de nuevas generaciones de derechos humanos se lleva a cabo a través de una cláusula de apertura: el principio procedimental discursivo anudado a los derechos humanos. La elección y fundamentación de esos otros bienes jurídicos que van más allá del núcleo del Derecho penal debe emprenderse discursivamente en el marco referencial de los derechos humanos. El principio procedimental discursivo posee un potencial innegable en cuanto introduce consideraciones y argumentaciones no valoradas originariamente y que pueden ayudar en la búsqueda de fundamentación para derechos humanos de nueva generación sobre los que se sostengan, a su vez, otros bienes jurídico-penales que, si bien se encuentran más allá del corazón del Derecho penal mínimo, merecen tutela penal por haber superado el filtro del proceso argumentativo y discursivo, y por haber sido “fundamentados dialógicamente”¹⁰⁶.

6. Crítica de las concepciones del bien jurídico

¹⁰⁴ ALONSO ÁLAMO, M., “Fundamentación ...”, *op. cit.*, p. 21.

¹⁰⁵ ALONSO ÁLAMO, M., “Fundamentación ...”, *op. cit.*, pp. 14 y 32.

¹⁰⁶ ALONSO ÁLAMO, M., “Bases para la delimitación de los bienes jurídicos en la sociedad multicultural (lucha por el reconocimiento y bien jurídico penal)”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 18, noviembre 2012, p. 27; la misma en “Bien jurídico material y bien jurídico procedimental... y discursivo”, en CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENGUER, E. y otros (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón* (vol. 1), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 119 a 121.

Es el momento de examinar críticamente las posturas estudiadas. Somos conscientes de que la discusión sobre el bien jurídico será una cuestión eterna, lo que evidencia, por otra parte, que como principio dogmático, teleológico y político-criminal, el bien jurídico seguirá ocupando un lugar destacado en la ciencia penal y en los debates de la doctrina. El recurso al bien jurídico es indispensable para orientar la actuación del legislador penal. La búsqueda y el hallazgo de un bien jurídico detrás de cada tipo penal no solo da tranquilidad y reconforta, en el sentido de VIVES ANTÓN que ya comentábamos al principio, sino que facilita la tarea del intérprete y del aplicador del Derecho, al tiempo que, y esto no es menor en una coyuntura en la que toda actuación de los poderes públicos debe explicarse a la ciudadanía dada la creciente desconfianza hacia las instituciones, contribuye a justificar la incriminación, a confrontarla ante la realidad y a que la sociedad apoye, tras un proceso argumentativo y reflexivo, las decisiones públicas.

Por lo anterior, hemos de posicionarnos en contra de las tesis que dirigen el Derecho penal a la mera y amenazante “protección de la estructura normativa del sistema”, a la “conservación del sistema” y a la “vigencia de la norma”. Elevando a los altares la confianza en el sistema y el mantenimiento de las expectativas normativas, estamos dispuestos a sacrificar cualquier interés y ofrecernos a la diosa “vigencia de la norma”. Si el centro no son los seres humanos, sus derechos y sus intereses que pueden resultar lesionados, sino la garantía del sistema social, su pervivencia y autorreproducción, entonces el individuo se atomiza y se disuelve en el colectivo, se convierte en pieza de un engranaje más grande y superior. Como solo importa la estructura normativa de la sociedad, los desfases y desajustes que el individuo crea en la red social se castigan severamente y, así, el *funcionalismo* crea un entorno criminalizador en el que se justifica el Derecho penal¹⁰⁷ y en el que se utiliza al individuo al servicio de los fines sociales. Se le instrumentaliza¹⁰⁸.

Se observa que el individuo desaparece, su silueta se difumina. Pero “a rey muerto, rey puesto”: en lugar del ciudadano se erige en piedra de toque el “sistema sociedad”. Los funcionalistas legitiman el sistema desde el sistema, sin perspectiva, espacio ni distancia para

¹⁰⁷ HASSEMER, W., “Lineamientos ...”, *op. cit.*, p. 277.

¹⁰⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “¿Otra vez la vuelta a Von Liszt?”, en LISZT, F. v., *La idea del Fin en el derecho Penal* (introducción y nota biográfica de ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.; traducción de PÉREZ DEL VALLE, C.), Comares, Granada, 1995, p. 24, señala que el funcionalismo puro sustituye “la subjetividad del individuo por la subjetividad del sistema”. También ÁLAMO, M., “Fundamentación ...”, *op. cit.*, pp. 5 y 6. En contra, KARGL, W., “¿Sociedad sin sujetos o sujetos sin sociedad? Una crítica a la crítica contra la concepción sociológica del derecho como sistema autopiético” (traducción de FEIJOO SÁNCHEZ, B.), en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (ed.): *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005, p. 41.

poder hacer análisis críticos; el sistema viene impuesto y hay que defender su vigencia sin preguntarnos sobre su conveniencia y razón de ser, porque su razón de ser y el porqué es conveniente es, precisamente, porque es el sistema. Hay que hacer apología del sistema. Es una aceptación acrítica de las normas y del orden establecido que dilapida el debate, aparta los elementos críticos y casi criminaliza y estigmatiza a quienes (o a los que) sin ser antisistema sencillamente se plantean si el sistema existente es el mejor posible.

Una concepción como esta solo falsamente puede presentarse ante la sociedad como neutral, libre de prejuicios ideológicos, tecnocrática¹⁰⁹. Sin embargo, en rigor no hay nada tecnocrático, y lo supuestamente tecnocrático está cargado, en el fondo, de auténticos prejuicios ideológicos. Frente a esto, los funcionalistas, como JAKOBS, mantienen la neutralidad del funcionalismo alegando que el hecho de que la persona ocupe o no un lugar preponderante es algo fuera del alcance de decisión del funcionalismo, sino que depende del propio individuo que puede lograr convertirse en objetivo central de la comunicación y dominarlo todo, o, por el contrario, no aparecer en la comunicación y carecer de toda importancia; pero en ninguno de estos casos, prosigue JAKOBS, el funcionalismo habrá desplazado nada, sino que habrá sido neutral; en fin, el sujeto libre estará presente en la medida en que sea determinante para la autodescripción de la sociedad¹¹⁰. Por su parte, otro concienciado defensor de la teoría sistémica, AMELUNG, recordará que ya la protección de la sociedad y del orden social concede y libera suficiente espacio para la protección del individuo¹¹¹, que no resulta, por lo tanto, amenazado. Contra ello se ha manifestado agudamente ALONSO ÁLAMO señalando que tan cierto como que “a lomos de la protección de la Sociedad se halla suficiente espacio para la protección de los individuos”, es que “a lomos de la protección de los individuos hay espacio para la protección de la sociedad” y así, además, se compatibiliza dicha tutela social con la protección de bienes jurídicos¹¹².

Pero volvamos a los prejuicios políticos que subyacen al funcionalismo. La defensa de las bondades del sistema en atención, sin más, a la necesidad de mantener el sistema,

¹⁰⁹ De este riesgo ha advertido ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “¿Otra vez ..., *op. cit.*, p. 24.

¹¹⁰ JAKOBS, G., *Sociedad ...*, *op. cit.*, pp. 29 y 30.

¹¹¹ AMELUNG, K., *Rechtsgüterschutz ...*, *op. cit.*, p. 391.

¹¹² ALONSO ÁLAMO, M., “Fundamentación ..., *op. cit.*, p. 5.

responde a planteamientos ideológicos profundamente conservadores¹¹³. La realidad diaria, además, lo está reflejando con claridad cristalina: las fuerzas intelectuales y políticas presentan el sistema de valores como intocable, ocultando que ese sistema ha convertido artificialmente en valores comúnmente aceptados por todos aquellos que, realmente, son compartidos por una élite, por unas clases minoritarias dominantes y socialmente aventajadas y por su cultura hegemónica; frente a ellos, quienes osan discutir ese estado de cosas materializado en “el sistema de valores” son tachados de radicales antisistema que buscan la ruptura y que perturban las normales condiciones de convivencia armónica¹¹⁴.

El Derecho penal se convierte así en un garante del mantenimiento del sistema, del *statu quo*, de las circunstancias y de la coyuntura tal y como ha sido planteada. La concepción funcionalista pretende expulsar a estas personas, criminalizarlas y exponerlas ante el público como elementos extraños desviados del camino oficial, cuando sencillamente lo que sucede es que no apoyan ese sistema, sino que prefieren otro. El funcionalismo parte de una base: “existe un sistema de valores”, sin embargo, tal afirmación no se demuestra por sí misma. Estamos con BARATTA cuando sostiene que “no existe, entonces, un sistema de valores, o el sistema de valores, ante los cuales el individuo es libre de determinarse, siendo culpable la actitud de quienes, pudiendo, no se dejan “determinar por el valor, como quiere una concepción antropológica de la culpabilidad, cara sobre todo a la doctrina penalista alemana”¹¹⁵. Para el funcionalismo, sin embargo, la imposición dogmática y axiológica de la verdad indiscutible de que “existe un sistema de valores, un orden social que hay que defender y preservar” es una pieza clave para erigir sobre ella todo su edificio argumental. Repitiendo una y otra vez esta máxima y garantizando su cumplimiento y efectiva vigencia en la sociedad, el sistema consigue su objetivo: autorreproducirse sin oposición. Como lúcidamente ha observado VIVES¹¹⁶, el problema de la teoría de los sistemas autopoieticos es que su gran aportación, la autorreferencialidad o circularidad, deviene indefectiblemente en su

¹¹³ Así, BARATTA, A., “Integración-prevención ..., *op. cit.*, p. 25; también ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “¿Otra vez ..., *op. cit.*, p. 24; contrario a ello, sin embargo, KARGL, W., “¿Sociedad ..., *op. cit.*, p. 66.

¹¹⁴ Con acierto señala BARATTA, A., “Principi ..., *op. cit.*, pp. 443-447, nota al pie nº 1, que para esa tendencia de expansión tecnocrática del sistema punitivo “la subjetividad y la diversidad de los sujetos humanos es considerada como factor potencial de disturbios”.

¹¹⁵ Tomado de LUIS AGUIRRE, E., “Baratta y el bien jurídico penal”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.), *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 156.

¹¹⁶ VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos del Sistema Penal* (Acción significativa y derechos constitucionales; estudio preliminar de JIMÉNEZ REDONDO, J.), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 459

perdición: todo se orienta a las consecuencias, a los fines, a través de un razonamiento circular que termina remitiendo al punto de partida.

También se pueden dirigir críticas al *funcionalismo teleológico* que defiende, entre otros, ROXIN. Una definición de bien jurídico como la suya, que pretende incorporar tanto las tesis de protección de bienes jurídicos de base constitucionalista como las construcciones más funcionalistas que reclaman cumplir con los deberes de las normas en atención a la necesidad de conservar el propio sistema, presenta flaquezas ya que podemos cuestionarnos cómo ha conseguido llegar a esta fórmula incluyente de tesis históricamente contrapuestas. La solución no está explicada razonadamente. Existe un salto argumentativo o una transformación que no ha sido detallada.

Junto a lo anterior, la crítica más acertada contra la propuesta de ROXIN, y que retoma parte del reproche que nosotros hemos formulado anteriormente sobre la falta de explicación de un salto argumentativo, es, nuevamente, la de VIVES ANTÓN. Advierte VIVES que parte del sistema de ROXIN se fundamenta en la Constitución, como sucede con el bien jurídico y con la culpabilidad (basada en la “dignidad del hombre”, que a su vez es la esencia de la Constitución misma), y parte se fundamenta en los fines de la pena, produciéndose una “incongruencia gramatical”, que deviene “insuficiencia epistemológica”. Falta un “fundamento unitario a menos que, si se proponen varios criterios, se ofrezca una regla de transformación”¹¹⁷; en otras palabras, falta justificación para el salto argumentativo. Se construye parte del sistema con base en las normas penales, que responden al fin de las propias normas penales (en un modo circular, autorreferencial y autopoietico, típicamente funcionalista), y otra parte, como algo separado, con base en la Constitución y en la dignidad del hombre, pasando por alto que la Constitución es también una norma y debería entonces sujetarse a la misma fundamentación que las normas penales. Y no olvidemos que el marco de valores constitucional también es una referencia para las *teorías normativistas valorativas* que limitan lo normativo jurídico por lo normativo cultural, tomando para esto último como punto de referencia la Constitución, por lo que la deficiencia advertida anteriormente es extrapolable a las propuestas en le órbita teórica de MIR PUIG.

¹¹⁷ VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos ...*, op. cit., pp. 456 y 457. RODRÍGUEZ, V. G., *Livre arbítrio ...*, op. cit., pp. 223-225, expone otras críticas a la construcción roxiniana de la culpabilidad.

Para terminar con las tesis funcionalistas, cabe suscribir alguna observación crítica a las que se edifican alrededor de la persona y sus necesidades para definir el bien jurídico: la concepción personal del bien jurídico. AMELUNG reprocha la escasa adaptación de esta teoría a las necesidades modernas de la sociedad. La teoría personal no es consciente de que la sociedad y el Estado deben tomar decisiones no solo relacionadas con el individuo, sino con el “óptimo funcionamiento de los sistemas sociales que ofrecen sus prestaciones tanto a destinatarios individuales como colectivos”¹¹⁸. Ignorar tal hecho y forzar que toda norma penal tome como única referencia el “bien jurídico persona supone un sobreesfuerzo del personalismo”¹¹⁹.

En esta sucesión de parámetros de referencia puede apreciarse cómo la moderación del funcionalismo puro se pretende mediante la incorporación de valoraciones y directrices que no encuentran su fundamento en el sistema social, sino en otra instancia de referencia: particularmente, en la Constitución. De la diosa “sociedad” a la diosa “Constitución” y las *tesis constitucionalistas del bien jurídico*. Entre una y otra, no cabe duda de la mejoría: las Constituciones, y entre ellas la española de 1978 también, gozan de un amplio consenso social que las convierte por méritos propios en un referente adecuado para orientar la actuación de legislador penal en la selección de los intereses esenciales para el desarrollo y la autorrealización del individuo en la comunidad, esto es, para la tutela de los bienes jurídicos. Pero la Constitución no lo es todo, no es perfecta, no resuelve todos los problemas para los que fue confeccionada y, menos aún, puede encabezar la responsabilidad para la que ni fue concebida: ser el máximo referente del *ius puniendi*.

Creemos que, con la perspectiva que ofrece el paso del tiempo y a la vista de la situación actual, el innegable triunfo que supuso la adopción de la Constitución española en 1978, después de una etapa de dictadura y represión de libertades, con la consiguiente utilización torticera y utilitaria del Derecho penal para defender un determinado y nada democrático orden de valores sociales y culturales, ha nublado durante cierto tiempo el criterio de la doctrina penalista que ha encumbrado la Constitución como solución de todos

¹¹⁸ AMELUNG, K., “El concepto ..., *op. cit.*, p. 237. En una dirección similar, STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible* (traducción de CANCIO MELIÁ, M. y SANCINETTI, M. A.), Aranzadi, Navarra, 2005, p. 56, reprocha que la teoría personal del bien jurídico oriente los intereses de la persona y su libertad individual exclusivamente a la propia persona y no, también, a la necesidad elemental de vivir en un orden social que es considerado “correcto” independientemente del propio bienestar.

¹¹⁹ AMELUNG, K., “El concepto ..., *op. cit.*, p. 238.

los problemas, por encima incluso de sus posibilidades e ignorando sus limitaciones. Es comprensible que en 1978 la Constitución satisficiera holgadamente las aspiraciones y reclamaciones de la sociedad española y que ese sentimiento se trasladara a todos los rincones, entre ellos al Derecho penal: si la Constitución era un éxito, ¿por qué no remitirnos a la norma fundamental para resolver algunos de los problemas pendientes más básicos del Derecho penal, como la determinación de pautas y criterios de actuación del legislador penal a la hora de seleccionar los bienes jurídico-penales, diseñar los tipos penales, establecer la graduación de las penas y su orientación o finalidad? Casi parece que hubiera que hacer apología de la Constitución. Sin embargo, cada día que pasa resulta más perentorio encontrar referentes más allá de la Constitución y del poder constituyente, porque a pesar de su potencial y sus virtudes, ni la Constitución ni el poder constituyente se legitiman por sí mismos y cierran el sistema. Hay que buscar una legitimación externa, más allá.

7. Toma de posición: un Derecho penal mínimo vinculado a los derechos humanos

Las reflexiones anteriores dirigen nuestra vista a otro marco de referencia alternativo a la Constitución y a los derechos fundamentales constitucionales: el marco de los derechos humanos y la teoría del “Derecho penal mínimo de los derechos humanos”, que en su formulación más completa y acabada ha sido desarrollada por ALONSO ÁLAMO. Es la tesis que nosotros también defendemos.

Los derechos humanos constituyen un referente en el que el legislador puede fijar su atención para seleccionar los bienes jurídico-penales, junto a otros criterios que orienten político-criminalmente su actuación, como la importancia social del bien y la necesidad de su protección por el Derecho penal, el principio de proporcionalidad (apto para fundamentar la intervención penal y controlar su constitucionalidad), el principio de subsidiariedad, el principio de fragmentariedad y el principio de *ultima ratio*. La mirada del legislador hacia arriba no puede toparse con la Constitución como techo, sino que en los derechos humanos se halla el último referente del legislador penal. Frente a este “techo de cristal”, los derechos humanos aportan la fuerza y el “coraje cívico para rebelarnos contra el positivismo de los Estados”¹²⁰, encorsetado en la Constitución. Ni siquiera el mero reconocimiento legislativo o constitucional de un derecho humano puede representar el estadio final de nuestras

¹²⁰ GIL DOMÍNGUEZ, A., *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 46.

reivindicaciones, conformándonos con la consagración legal que haya adoptado, sino que el derecho humano, como “ideal social”, conserva una existencia separada de ese reconocimiento legislativo y opera como fuente de la energía moral que nos mueve a exigir la continua actualización del marco legislativo¹²¹. Por estas razones, el marco referencial que reclamamos va más allá de la Constitución y, en cualquier caso, los derechos humanos son previos a la Constitución y existen aunque la norma fundamental no los reconociera de partida, o si, tras un cambio constitucional, dejara de hacerlo. Los derechos humanos, más allá de los derechos fundamentales, operan como “límites heterónomos a la voluntad de la súper mayoría que se reúne en torno a una convención constituyente” y representan un “límite infranqueable a la hora de aprobar o reformar una Constitución”¹²². Y esta tarea de limitación de la voluntad constituyente supera las posibilidades de los derechos fundamentales, pero no así de los derechos humanos, porque estos últimos sí sujetan a la voluntad constituyente y al legislador.

Las tesis constitucionalistas parten de una base tan digna de elogio como inverificable a futuro: la humanidad camina indefectiblemente en la senda correcta siendo imposible que dé nunca un paso atrás por lo que las Constituciones democráticas (que plasman las conquistas sociales de los pueblos) constituyen un marco adecuado para determinar los intereses merecedores de tutela que nunca quedará petrificado ni, menos aún, sufrirá retrocesos. Esto es un simple sueño, un *desiderátum*; la realidad demuestra tristemente que la conquista de derechos no es un proceso definitivo, sino que determinados cambios políticos pueden obligar a actualizar y revitalizar imperiosamente ese proceso. La historia de la humanidad ha mostrado que las mayorías constituyentes pueden llegar a decidir su autodisolución y autodestrucción. Las Constituciones constituyen un dique sólido y fijo, especialmente en momentos de firmeza democrática y estabilidad política¹²³, pero no son inamovibles. Desgraciadamente los pasos atrás son siempre posible. Lo mismo sucede con los derechos fundamentales: aunque en condiciones *ideales* los derechos fundamentales vienen insertos en la propia Constitución porque forman parte de su definición, de modo tal que devendría en ilegítima aquella norma fundamental que no los garantizara, lo cierto es que esto sucede así

¹²¹FISS, O., “Human Rights as Social Ideas”, en GARZÓN VALDÉZ, E., KRAWIETZ, W., HENRIK von RIGHT, G. et al. (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Duncker & Humblot, Berlín, 1997, pp. 104 y 105.

¹²²GIL DOMÍNGUEZ, A., *Neoconstitucionalismo ...*, op. cit., p. 49.

¹²³ALONSO ÁLAMO, M., “Bien ...”, op. cit., p. 105.

“en condiciones *ideales*”, pero “los discursos *reales* pueden errar en lo que es correcto, y por tanto también en los derechos fundamentales”¹²⁴.

Frente a las deficiencias y debilidades de los derechos fundamentales, se alza la universalidad de los derechos humanos. La universalidad puede entenderse en el sentido de ALEXY como una titularidad de los derechos humanos extensiva a todas las personas en cuanto que personas¹²⁵. Parecidamente, dice FERRAJOLI que los derechos fundamentales¹²⁶ se caracterizan por ser universales en tanto que no son realizables nunca de una vez y perfectamente para todos, sino que se están realizando normativamente siempre, y también en cuanto que corresponden igualmente a todos, cualesquiera que sean las situaciones jurídicas¹²⁷; son también personalísimos, indivisibles, inviolables, indisponibles e inalienables.

Per se el planteamiento de un Derecho penal mínimo construido en el entorno de los derechos humanos, es ya lo suficientemente *abierto* y *dinámico* como para captar un marco referencial *vivo*. Los derechos humanos se alzan como un referente que respira y que crece, que está en movimiento y en construcción. De hecho, nunca podremos decir que hemos alcanzado el estado final de conquista de los derechos humanos, porque este es un proceso sin destino final, circunstancia que no desanima, sino que, al contrario, debe movilizar a la sociedad para continuar combatiendo por los derechos humanos, dándole un vigoroso impulso. Así entendidos, los derechos humanos constituyen un ideal reivindicado a través de la evolución, y un referente de futuro (casi) utópico. Los derechos humanos sirven como estándar de evaluación de lo que se ha conseguido y, al propio tiempo, recuerdan lo que queda por alcanzar¹²⁸. En este contexto, la renovación del marco referencial de los derechos humanos con nuevos contenidos, esto es, su permeabilidad de cara al futuro para permitir la actualización del sistema, se logra, como dice ALONSO ÁLAMO, recurriendo a la razón discursiva, concebida por ALEXY. En el marco de la teoría del procedimiento discursivo, las decisiones sobre futuros derechos humanos de los que extraer el fundamento de bienes

¹²⁴ ALEXY, R., “La institucionalización de la razón” (traducción de SEOANE, J. A.), *Persona y Derecho*, 43 (2000), p. 240, nota al pie nº 45.

¹²⁵ ALEXY, R., “¿Derechos humanos sin metafísica? (traducción de SODERO, E. R.), *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30 (2007), p. 238.

¹²⁶ Aquí podríamos decir que la utilización de derechos fundamentales en el contexto de la obra de FERRAJOLI remite a los derechos humanos, como sostiene ALONSO ÁLAMO, M., “Bien ..., *op. cit.*, p. 117.

¹²⁷ FERRAJOLI, L., *Derecho ...*, *op. cit.*, p. 911.

¹²⁸ GIL DOMÍNGUEZ, A., *Neoconstitucionalismo ...*, *op. cit.*, p. 46; FISS, O., “Human Rights ...”, *op. cit.*, p. 105.

jurídico-penales igualmente futuros se adoptarían mediante un procedimiento argumental que garantice la racionalidad del discurso (esto es, la no contradicción, la claridad lingüística y conceptual, la ponderación...) y la imparcialidad del discurso (esto es, asegurando la libertad y la igualdad de la argumentación); satisfechas estas condiciones o garantías, el discurso efectuado habrá sido racional y con ello, las normas en él aprobadas serán correctas¹²⁹. Así vista, la teoría discursiva viene a ofrecer los cauces institucionales adecuados para que se desarrollen el debate y la argumentación que toman su contenido normativo de la base de validez de la acción orientada hacia el entendimiento¹³⁰. Precisamente, el marco referencial de los derechos humanos ofrece el contexto más adecuado para que tenga lugar esta confrontación dialógica-argumental de la que extraer nuevas metas para la sociedad que orienten las normas del legislador. Casi compartiendo la terminología de ALEXY, dice GIL DOMÍNGUEZ que el *lenguaje de los derechos humanos* hace posible un acuerdo entre puntos de vista culturales y políticos divergentes¹³¹.

Como correctamente explica HABERMAS, la ética del discurso representa el procedimiento adecuado para mantener una discusión orientada a una moral universalista que “va más allá de las formas de vida concretas y en la que las presuposiciones del actuar orientado por el entendimiento mutuo se universalizan, se abstraen y liberan de barreras”¹³². El contexto político donde esta ética discursiva puede desplegar sus mayores potencialidades es la democracia deliberativa, marco en el que puede presumirse la obtención de resultados racionales a partir de las condiciones y presupuestos bajo los cuales se han desarrollado las comunicaciones y negociaciones¹³³.

Creemos, además, que el criterio de la razón discursiva permite romper el círculo impenetrable que las teorías constitucionalistas construían alrededor de la Constitución cayendo en una legitimación inmanente al sistema en tanto que la norma fundamental era la

¹²⁹ ALEXY, R., “Justicia como corrección” (traducción de HAQUÍN, A. I.), *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26 (2003), p. 165. De modo similar, el mismo en “Los principales elementos de mi Filosofía del derecho” (traducción de OLIVES-LALANA, A. D.), *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32 (2009), p. 72. Es decir, garantizándose la racionalidad del procedimiento argumental, se garantiza, acto seguido, la racionalidad de las decisiones fundamentales adoptadas como fruto de ese procedimiento. *Vid.*, así, DENNINGER, E. y GRIMM, D., *Derecho constitucional para la sociedad multicultural* (edición y traducción de GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.), Trotta, Madrid, 2007, pp. 47 y 48.

¹³⁰ HABERMAS, J., *Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa* (traducción castellana de JIMÉNEZ REDONDO, M.), Ediciones Episteme, Valencia, 1994, p. 11.

¹³¹ GIL DOMÍNGUEZ, A., *Neoconstitucionalismo ...*, op. cit., p. 48.

¹³² HABERMAS, J., *Aclaraciones a la ética del discurso* (traducción de MARDOMINGO, J.), Trotta, 2000, pp. 20 y 21.

¹³³ HABERMAS, J., *Tres modelos ...*, op. cit., pp. 10 y 11.

cúspide del sistema normativo y, por consiguiente, buscar la legitimación de los bienes jurídico-penales en una norma intrasistemática implicaba buscar la justificación desde dentro, *ad intra*, casi autorreferencialmente. Tal resultado no resulta suficiente porque que la propia Constitución sigue necesitada de legitimación externa¹³⁴. Lo dicho vale para la Constitución y para los derechos fundamentales: fundamentar los bienes jurídico-penales en derechos fundamentales constitucionales no resuelve el problema, porque acto seguido será preciso fundamentar los propios derechos fundamentales constitucionales, y en ese punto quedan tres opciones, todas ellas igualmente insatisfactorias: o bien se fundamentan en el vacío (son obligatorios porque sí), o bien se fundamentan en que son parte de la Constitución y la Constitución es obligatoria porque así lo dice ella misma, o bien se fundamentan en que una norma, cuya obligatoriedad deriva de lo dispuesto por la propia Constitución, sostiene que son obligatorios. Estamos con ATIENZA y RUIZ MANERO cuando afirman que la fundamentación de la norma suprema de un ordenamiento es un problema irresoluble intrasistemáticamente porque conduce a un argumento circular¹³⁵, y por ello hemos afirmado que la virtud de la argumentación discursiva anudada a los derechos humanos posee la ventaja de romper ese círculo y encontrar una fundamentación externa. Dado que las Constituciones no son obras perfectas, sino completamente perfectibles, y habida cuenta que dependen de las circunstancias en que se fraguaron y que responden a los intereses de los grupos dominantes, otorga mayor credibilidad y autoridad una fundamentación de los bienes jurídicos extrasistemática que salga del círculo autorreferencial de la Constitución-y-el-sistema.

8. Bibliografía

ALEXY, R., “La institucionalización de la razón” (traducción de SEOANE, J. A.), *Persona y Derecho*, 43 (2000).

- “Justicia como corrección” (traducción de HAQUÍN, A. I.), *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26 (2003).
- “¿Derechos humanos sin metafísica? (traducción de SODERO, E. R.), *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30 (2007).
- “Los principales elementos de mi Filosofía del derecho” (traducción de OLIVES-LALANA, A. D.), *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32 (2009).

ALONSO ÁLAMO, M., “Bien jurídico material y bien jurídico procedimental... y discursivo”, en CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENGUER, E. y otros (coords.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo*

¹³⁴ ALONSO ÁLAMO, M., “Fundamentación ...”, *op. cit.*, pp. 22 y 23.

¹³⁵ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., “La regla del reconocimiento y el valor normativo de la Constitución (Una aproximación desde la teoría del derecho)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 16, 47 (mayo-agosto 1996), pp. 30 a 34, especialmente p. 32.

del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón (vol. 1), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

- “Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX (2009).
- “Fundamentación pre-positiva de los bienes jurídico-penales y derecho penal mínimo de los derechos humanos”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 15, mayo 2011.
- “Bases para la delimitación de los bienes jurídicos en la sociedad multicultural (lucha por el reconocimiento y bien jurídico penal)”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 18, noviembre 2012.
- *Bien jurídico penal y derecho penal mínimo de los derechos humanos*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2014.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Bien jurídico y Constitución”, *Cuadernos de Política Criminal*, 43 (1991).

AMELUNG, K., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft : Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage ; zugleich ein Beitrag zur Lehre von der "Sozialschädlichkeit" des Verbrechen*, Athenäum-Verlag, Frankfurt am Main.

- “El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos” (traducción de ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.), en HEFENDEHL, R. (ed.), *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios?* (edición española a cargo de Rafael ALCÁCER, María MARTÍN e Íñigo ORTIZ DE URBINA), Marcial Pons, Barcelona, 2007.

ARROYO ZAPATERO, L., “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, *Revista jurídica de Castilla la Mancha*, 1 (agosto, 1987).

- “Derecho penal económico y Constitución”, *Revista Penal*, 1 (1998).

ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., “La regla del reconocimiento y el valor normativo de la Constitución (Una aproximación desde la teoría del derecho)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 16, 47 (mayo-agosto 1996).

BARATTA, A., “Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica” (traducción de GARCÍA-MÉNDEZ, E. y SANDOVAL HUERTAS, E.), *Revista de Doctrina Penal*, año 8, 29 (1985).

- “Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani como oggetti e limiti della legge penale”, *Dei delitti e delle pene*, anno III, 3 (settembre-dicembre 1985).

BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Bd. I, reimpresión de la 4ª ed., Scientia Verlag, Aalen, 1965.

BIRNBAUM, J. M. F., “Über das Erfordeniss einer Rechtsverletzung zum Bregriffe des Verbrechen, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung”, *Archiv des Criminalrechts. Neue Folge*, zweites Stüd. (1834),

BRICOLA, F., *Teoría General del Delito* (traducción de RESTREPO RORÍGUEZ, D.), BdeF, Buenos Aires, 2012.

CORCOY BIDASOLO, M., “Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales”, en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.)/HORTAL IBARRA, J. C. (coord.), *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

DENNINGER, E. y GRIMM, D., *Derecho constitucional para la sociedad multicultural* (edición y traducción de GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.), Trotta, Madrid, 2007.

DONINI, M., “Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana” (traducido por MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.), *Revista Penal*, julio-2001.

- “Principios constitucionales y sistema penal. Modelo y programa” (traducido por RESTREPO RODRÍGUEZ, D.), *Revista General de Derecho Penal*, 13 (2010).
- “Prólogo a la traducción al castellano”, BRICOLA, F.: *Teoría General del Delito* (traducción de RESTREPO RODRÍGUEZ, D.), BdeF, Buenos Aires, 2012.

ESER, A., “Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima” (traducción de CANCIO MELIÁ, M.), *Cuadernos de conferencias y artículos*, 18 (1998).

FERRAJOLI, L., “Il diritto penale minimo”, *Dei delitti e delle pene*, anno III, 3 (settembre-dicembre 1985).

- *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2001.

FISS, O., “Human Rights as Social Ideas”, en GARZÓN VALDÉZ, E., KRAWIETZ, W., HENRIK von RIGHT, G. et al. (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Duncker & Humblot, Berlín, 1997.

GIL DOMÍNGUEZ, A., *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ediar, Buenos Aires, 2005.

GIMBERNAT ORDEIG, E., “Presentación”, en HEFENDEHL, R. (ed.), *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Barcelona, 2007.

GONZÁLEZ RUS, J. J., *Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría)*, Fundación Juan March, Madrid, 1980.

GÜNTHER, K., “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un “cambio de paradigma” en el derecho penal?” (traducción de SILVA SÁNCHEZ, J. M.), en AA.VV.: *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, Granada, 2000.

HABERMAS, J., *Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa* (traducción castellana de JIMÉNEZ REDONDO, M.), Ediciones Episteme, Valencia, 1994.

- *Aclaraciones a la ética del discurso* (traducción de MARDOMINGO, J.), Trotta, 2000.

HASSEMER, W., “Lineamientos de una teoría persona del bien jurídico”, *Doctrina Penal*, 46/47 (abril-septiembre 1989).

- *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal* (traducción de MUÑOZ CONDE, F. y DÍAZ PITA, Mª. M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- “Los rostros del derecho penal” (traducción de MUÑOZ CONDE, F.), *Bulletin de la Société internationale de défense sociale pour une politique criminelle humaniste* (2004).

HEFENDEHL, R., “El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa” (traducción de MARTÍN LORENZO, M.), GARCÍA VALDÉS, C., CUERDA REIZU, A., MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., et al. (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* (tomo I), Edisofer, Madrid, 2008.

JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (traducción de CANCIO MELIÁ, M. y FEIJOO SÁNCHEZ, B.), Civitas, Madrid, 1996.

- *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (traducción de CANCIO MELIÁ, M. y FEIJOO SÁNCHEZ, B.), Civitas, Madrid, 2003.
- *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad* (traducción de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.), Civitas, Madrid, 2004.
- “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma” (traducción de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.), en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (ed.), *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005.

- “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la antijuricidad” (traducción de CANCIO MELIÁ, M.), en CANCIO MELIÁ, M. y FEIJOO SÁNCHEZ, B. (ed.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Civitas, Madrid, 2008.
- *El Derecho penal como disciplina científica* (traducción de WEEZEL, A.), Aranzadi, Navarra, 2008.
- “Sozialschaden?- Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem”, en BÖSE, M. y STENBERG-LIEBEN, D. (ed.), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.

KARGL, W., “¿Sociedad sin sujetos o sujetos sin sociedad? Una crítica a la crítica contra la concepción sociológica del derecho como sistema autopiético” (traducción de FEIJOO SÁNCHEZ, B.), en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (ed.): *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005.

LAGODNY, O., “El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional” (traducción de ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.), en HEFENDEHL, R. (ed.), *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios?* (edición española a cargo de ALCÁCER, R., MARTÍN, Mª. y ORTIZ DE URBINA, I.), Marcial Pons, Barcelona, 2007.

LISZT, F. v., *Tratado de Derecho Penal* (traducido de la 20ª ed. alemana por JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; y adicionado con el Derecho Penal Español por SALDAÑA, Q.), tomo II, Hijos de Reus, Editores, Madrid, 1916.

LUHMANN, N., “El derecho como sistema social”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (ed.): *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005.

LUIS AGUIRRE, E., “Baratta y el bien jurídico penal”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.), *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.

MIR PUIG, S., “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del *Ius puniendi*”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV (1991).

- *El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
- “Límites del normativismo en Derecho Penal”, en MIR PUIG, S. (dir.): *Derecho Penal del siglo XXI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.
- “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENQUIGUER, E., et al., *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (vol. II), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MUÑOZ CONDE, F., “Protección de Bienes Jurídicos como Limite Constitucional al Derecho Penal”, QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2001.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

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

MÜSSIG, B., “Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema” (traducción de CANCIO MELIÁ, M. y PEÑARANDA RAMOS, E.), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 9 (2002).

- “Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en derecho penal. Puntos de partida para una sistematización” (traducción de CANCIO MELIÁ, M.), en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (ed.), *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005.

NEUMANN, U., “Alternativas: ninguna. Sobre la crítica más reciente a la teoría personal del bien jurídico” (traducción de RUIZ, C. E.), *Cuadernos de Política Criminal*, 93 (2007).

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

PORTILLA CONTRERAS, G., “La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico: la tensión entre iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del derecho. Especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., GURDIEL SIERRA, M. y CORTES BECHARELLI, E., *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

PRIETO SANCHÍS, L., “El constitucionalismo de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 24, 71 (mayo-agosto 2004).

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel., *Livre arbítrio e direito penal. Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática*, Marcial Pons, Sao Paulo, 2018.

RODRÍGUEZ MESA, M^a. J., “Las razones del derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-10 (2007).

ROXIN, C., *Política criminal y sistema de derecho penal* (traducción e introducción de MUÑOZ CONDE, F.), Bosch, Barcelona, 1972.

- *Derecho Penal. Parte General* (Tomo I; Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito; traducción de LUZÓN PEÑA, D-M., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y VICENTE REMESAL, V.), 2ª edición, Civitas, Madrid, 2006.
- “Dependencia e independencia del Derecho penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión” (traducción de SANTANA VEGA, D. M.), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LIX (2006).
- “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?” (traducción de ORTIZ DE URBINA GIMANO, I.), en HEFENDEHL, R. (ed.), *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios?* (edición española a cargo de ALCÁCER. R., MARTÍN, M^a. y ORTIZ DE URBINA. I), Marcial Pons, Barcelona, 2007.
- “El bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen” (traducción de CANCIO MELIÁ, M.), *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15 (2013).

RUDOLPHI, H. J., “Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriffs”, AA.VV., *Festschrift für Richard M. Honig*, Verlag Otto Schwartz & Co, Göttingen, 1970.

SANZ MORÁN, J. A., “Reflexiones sobre el bien jurídico”, en CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., ORTS BERENGUER, E., *et. al.*, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (vol. II), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

SCHÜNEMANN, B., “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal”, en SCHÜNEMANN, B., *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario* (introducción, traducción y notas de SILVA SÁNCHEZ, J-M.), Tecnos, Madrid, 1991.

- “La función del principio de culpabilidad y el Derecho penal preventivo”, en SCHÜNEMANN, B.: *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario* (introducción, traducción y notas de SILVA SÁNCHEZ, J-M.), Tecnos, Madrid, 1991.
- “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia-jurídica alemana” (traducción de CANCIO MELIÁ, M.), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, 1 (1996).
- “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación” (traducción de MARTÍN LORENZO, M. y FELDMANN, M.), en HEFENDEHL, R. (ed.), *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios?* (edición española a cargo de ALCÁCER. R., MARTÍN, M^a. y ORTIZ DE URBINA. I), Marcial Pons, Barcelona, 2007.

SEHER, G., “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”, en HEFENDEHL, R. (ed.), *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios?* (edición española a cargo de ALCÁCER, R., MARTÍN, M^a. y ORTIZ DE URBINA, I), Marcial Pons, Barcelona, 2007.

SIEBER, U., “Límites del Derecho Penal. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico-penal en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal extranjero e internacional” (traducción de DEMETRIO CRESPO, E.), *Revista Penal*, 22 (2008).

STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible* (traducción de CANCIO MELIÁ, M. y SANCINETTI, M. A.), Aranzadi, Navarra, 2005.

TERRADILLOS BASOCO, J. M., “La satisfacción de las necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 63 (1981).

- “La Constitución penal. Los derechos de la libertad”, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/13terrardillos-constitucionpenal.pdf> (consulta online: 27/08/2018).

TIEDEMANN, K., “Constitución y Derecho Penal” (traducción de ARROYO ZAPATERO, L.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, Separata n.º 33 (septiembre-diciembre 1991).

VIVES ANTÓN, T.S., “Constitución, sistema democrático y concepciones del bien jurídico”, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valencia*, 16 (2005).

- *Fundamentos del Sistema Penal* (Acción significativa y derechos constitucionales; estudio preliminar de JIMÉNEZ REDONDO, J.), 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

ZAFFARONI, E. R., “Expansión del Derecho penal y derechos humanos”, <http://www.matiabailone.com/dip/Zaffaroni%20%20Expansion%20del%20derecho%20penal%20y%20derechos%20humanos%20-%20Roma%202018.pdf>

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “¿Otra vez la vuelta a Von Liszt?”, en LISZT, F. v., *La idea del Fin en el derecho Penal* (introducción y nota biográfica de ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.; traducción de PÉREZ DEL VALLE, C.), Comares, Granada, 1995.

- Este artigo foi publicado atendendo a convite dos editores.