

CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO Y LÍMITES DEL DERECHO PENAL*

I

En el Derecho penal actual, como es sabido, existe una pluralidad metodológico-jurídica notable¹. Esto tiene un reflejo inequívoco en la concepción y la función del concepto de *bien jurídico* respecto de la legitimación del Derecho penal. En una rápida síntesis se puede decir que en ciertas dogmáticas nacionales se reconoce al concepto de bien jurídico un papel legitimante decisivo (Italia, España), mientras en otras directamente se prescinde de un concepto semejante (Francia). Entre las más interesantes discusiones generadas en los últimos años, sobre todo fuera de Alemania, que es la patria de la teoría del bien jurídico, por las teorías dogmáticas modernas se encuentra la relativa a su idea de que la lesión de un bien jurídico no constituye el núcleo de todos los delitos, que las normas, especialmente las constitucionales, forman parte de la realidad de la vida social y no tienen un contenido pre-normativo genuino, y que el Derecho penal es garante de la validez de la norma². Este punto de vista es considerado, sobre todo en los países hispano-parlantes de América Latina, bajo el influjo de autores italianos, como la «quiebra definitiva» de «los dos baluartes del pensamiento penal liberal para limitar la pretensión punitiva del Estado frente al individuo: el principio del delito como lesión de un bien jurídico y el principio de culpabilidad»³. El propósito de esta lección es intentar aclarar estas cuestiones en el contexto de la diversidad metodológica europea.

* Discurso pronunciado con ocasión de la Investidura de Enrique Bacigalupo como Doctor *Honoris Causa* de la Universidad de la Escuela Libre de Derecho, Costa Rica, 28 de febrero de 2007.

¹ Cfr. H. J. VOGEL, en GA, 2002, pp. 534 ss.; J. M. SILVA SÁNCHEZ, en GA, 12, 2004, pp. 679 ss.; H.-H. KÖHNE, en GA, 4, 2005, pp. 195 ss.; S. VOGENAUER, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, 2001.

² G. JAKOBS, *Strafrecht*, AT, 2.^a ed., 1991, p. 35.

³ A. BARATTA, en *Dei delitti e delle Pene*, 1984, pp. 5 ss. (p. 9); del mismo, en *Dei delitti e delle Pene*, 1985, pp. 247 ss., donde se afirma que las tesis defendidas por JAKOBS muestran «inquietantes elementos de potencial autoritario» (p. 262).

Un estudio comparativo de las teorías dogmáticas nacionales referentes al concepto de bien jurídico, por otra parte, parece especialmente adecuado a nuestro tiempo; desde hace dos décadas el diálogo científico tiene crecientes rasgos de internacionalidad⁴. Hoy es posible discutir sobre la necesidad de categorías o conceptos comunes como presupuesto de este diálogo. Es posible, además, que no sea una casualidad que el primero de los trabajos dedicados al concepto de bien jurídico en la dogmática alemana contenga referencias al Derecho y a la opinión de juristas de Italia, Francia, Holanda, Portugal, Reino Unido y Suiza⁵. La comparación de las categorías dogmáticas debería ser, por tanto, un complemento necesario de los métodos tradicionales del Derecho comparado. La comprensión total de un Derecho nacional requiere no sólo el conocimiento de textos legales o precedentes judiciales, sino también el estudio de los conceptos con los que esas premisas normativas son aplicadas. El diálogo científico supranacional del Derecho penal europeo no sólo presenta un problema idiomático⁶, sino también un problema de diversidad conceptual que sólo podrá ser aclarado mediante un método comparativo que también incluya como objeto la comparación de las teorías dogmáticas.

No obstante la inseguridad que existe actualmente al respecto, es de suponer que Europa tendrá en el futuro un *Derecho penal comunitario*, ciertamente reducido, limitado a ciertos tipos penales, para los que las necesidades preventivas, por un lado, y la exigencia de igualdad ante la ley, por otro, exijan una legislación penal uniforme (p. ej., delitos contra el medio ambiente, delitos de funcionarios de la UE, responsabilidad penal de personas jurídicas, delitos contra los intereses financieros de la UE). De otro modo no se explica que las garantías del Derecho penal contenidas en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (7 de diciembre de 2000) tengan un campo de aplicación reducido al Derecho de la Unión (art. 51). En el ámbito del Derecho penal la UE, sin ser una federación, se encuentra, muy probablemente, como consecuencia de la doble fuente de producción de normas jurídicas y del derecho a la igualdad de trato de los ciudadanos, frente a los mismos problemas de una federación.

El problema de un Derecho penal comienza con la cuestión de los límites del legislador y ello, al menos en el sentido de una parte de las teorías jurídicas europeas, con la determinación de bienes jurídicos europeos⁷ o, en todo caso, si se quiere evitar la terminología de origen alemán, con el problema de los objetos de protección europeos⁸, aunque probablemente esta denominación no sea menos neutral desde el punto de vista de su «nacionalidad». Desde la *Declaration des Droits de l'homme et du Citoyen*, de 24 de agosto de 1789, esta problemática da lugar a una parte sustancial de las ciencias penales. De acuerdo con los arts. 4 y 8 de la *Declaration*: «La libertad consiste en poder hacer todo lo que no lesiona a otro» [*La liberté consiste à pou-*

⁴ Al menos desde la realización de las primeras experiencias iniciadas en 1987, que culminaron en la redacción del *Corpus Iuris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union Européenne* (1997/2000).

⁵ J. M. F. BIRNBAUM, en *Archiv des Criminalrechts. Neue Folge*, t. 15, 1834, pp. 149 ss.

⁶ E. BACIGALUPO, en *Studi in Onore di G. Marinucci*, 2006, pp. 3 ss. (pp. 19 ss.); A. KLIP, en *ZStW*, 117, 2005, pp. 889 ss. (pp. 908 ss.).

⁷ Cfr. G. GRASSO, *Comunità Europee e diritto penale*, 1989, pp. 2 ss.; recientemente: R. SICURELLA, *Diritto Penale e competenze dell'Unione Europea*, 2005, pp. 318 ss.

⁸ Cfr. J. VOGEL, en *GA*, 2003, pp. 314 ss. (322-328).

voir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui] y «la ley no debe establecer más que las penas estricta y evidentemente necesarias» [*La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaire*].

La comparación de categorías dogmáticas, consciente o inconsciente, tiene ya una considerable difusión científica, que muy probablemente aumentará sin retorno. Ya en 1945 JIMÉNEZ DE ASÚA postulaba la incorporación a la teoría de la interpretación de la ley penal de un «elemento comparativo extranjero para esclarecer aquellos preceptos que poseen un valor universal»⁹. Lo que se practica en el ámbito del Derecho constitucional en relación con los derechos fundamentales y la sugerencia de que el método comparativo sea canonizado como quinto método interpretativo no tiene por qué ser ajena al Derecho penal. También en el Derecho penal —dicho con la feliz expresión de HÄBERLE— «la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución deviene europea»¹⁰.

II

En principio, una teoría del bien jurídico¹¹ sólo es necesaria para la explicación dogmática del Derecho penal, si a ella se le asigna una función legitimante de la norma o si las normas deben ser interpretadas como medio para la protección de un determinado interés. Si el factor legitimante se reduce a la voluntad del legislador o si la determinación de los elementos de un delito no se concibe teleológicamente, el concepto de bien jurídico podrá ser prescindible.

La problemática del bien jurídico, por tanto, está ligada, al menos en una parte importante, con la legitimidad de la ley penal como objeto de la dogmática penal. En la medida en la que el juicio sobre la legitimidad constitucional de la ley estuvo excluido del objeto de la dogmática, la teoría del bien jurídico sólo podía tener, en todo caso, una función teleológica en la construcción de los conceptos. Es posible constatar un cierto paralelismo entre el desarrollo de la jurisdicción constitucional (sobre todo en Italia, 1948, y en Alemania, 1949) y la posibilidad de ampliación del objeto de la dogmática a cuestiones de legitimidad constitucional de la ley penal. Un ejemplo de ello es el reconocimiento de la *lex certa* entre las consecuencias del principio de legalidad¹².

Ni en Francia ni en Bélgica, donde el juez no está facultado para enjuiciar la legitimidad de la ley dictada por el Parlamento, se reconoce a la teoría del bien jurídico una función legitimante del Derecho penal. En estos países la teoría del bien jurídico

⁹ *La Ley y el Delito*, 1.ª ed., 1945, 5.ª ed., 1967, p. 116.

¹⁰ *Europäische Rechtskultur*, 1997, p. 65. Cfr. también M. DONINI, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2001, pp. 27 ss. (50); E. BACIGALUPO, *Fest. f. Roxin*, 2001, pp. 1361 ss.; del mismo, en *Studi in onore di G. Marinucci*, 2006, pp. 3 ss.

¹¹ Cfr., por todos, K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972.

¹² La teoría del principio *nullum crimen nulla poena sine lege* se reducía prácticamente a la exclusión del Derecho consuetudinario como fuente del Derecho penal, la prohibición de irretroactividad de las leyes penales y de la analogía (cfr. R. VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, 2, 1930, pp. 34 ss.; E. MEZGER, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 3.ª ed., 1949, pp. 79 ss.). Todavía en 1971 pensaba MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, 4.ª ed., 1971, p. 95.

co no ha tenido aceptación: su problemática no tiene ni en Francia ni en Bélgica ningún paralelo con la teoría conocida en Alemania y en los países donde se practica una dogmática del mismo estilo (España, Italia, Portugal, etc.). La mayoría de las explicaciones dogmáticas del Derecho penal francés y belga prescinden de una teoría general del bien jurídico y de una definición del delito como lesión de un bien jurídico¹³. Básicamente se le atribuye al objeto de protección sólo una función clasificatoria de los delitos en particular en la parte especial, que tampoco va seguida de una especial elaboración del contenido del bien jurídico. Por ejemplo: el patrimonio como interés protegido del delito de estafa no se manifiesta en la discusión sobre el perjuicio patrimonial de una manera similar a la de la dogmática alemana¹⁴. Excepcionalmente se hace una referencia genérica a *l'intérêt protégé*¹⁵, considerando que «los frutos más interesantes y los más prácticos de la noción de interés protegido residen en la explicación de una familia de causas objetivas de exclusión de la pena: tienen el rasgo común de beneficiar a los acusados que hayan consumado aparentemente un hecho delictuoso, sin embargo no merecen ser declarados culpables porque han actuado en circunstancias en las que el interés que inspira la incriminación no es merecedor de la protección legal o bien no existe de ninguna manera»¹⁶. En particular se refiere a la defensa necesaria y a casos como la sustracción de la cosa propia al ladrón¹⁷.

En sus orígenes en la dogmática alemana de fines de los siglos XIX y XX¹⁸ la teoría del bien jurídico tampoco tuvo la pretensión de legitimar el Derecho penal, pues también en Alemania el juicio sobre la legitimidad de la ley estaba excluido de la función judicial de la aplicación del Derecho. Lo demuestra el criterio de VON LISZT, que es, todavía hoy, consciente o inconscientemente, el modelo teórico de referencia para quienes le atribuyen a la protección de bienes jurídicos —sobre todo en Italia y en España— una fuerza legitimante decisiva.

Es claro que si la protección de bienes jurídicos tiene que operar como factor de legitimidad de las normas debería ser un elemento distinto de la norma. Por tanto, la idea de VON LISZT según la cual: «Todos los bienes jurídicos son intereses vitales, intereses de los individuos o de la comunidad. No los crea el orden jurídico, sino la vida; pero la protección por parte del orden jurídico eleva los intereses vitales a bienes jurídicos»¹⁹, resulta perfectamente adecuada a ese punto de vista. Sólo así la norma puede ser un *medio* para el *fin* de la protección de bienes jurídicos que ella *no crea*. El legislador, por tanto, sólo podría elegir entre unos bienes que están previamente dados en la sociedad y decidir protegerlos mediante el Derecho penal o

¹³ Cfr. en Francia: R. MERLE y A. VITU, *Traité de Droit Criminel*, 1973; G. STEFANI, G. LEVASSEUR y B. BOULOC, *Droit Pénal Général*, 16.ª ed., 1997; J. PRADEL, *Droit Pénal Général*, 12.ª ed., 2000; M.-L. RASSAT, *Droit Pénal*, 1988. En Bélgica: Chr. HÉNNAU y J. VERHAEGEN, *Droit Pénal Général*, 1991, pp. 121 ss.; F. TULKENS y M. VAN DER KERHOVE, *Introduction au Droit Pénal*, 1993, p. 172; Chr. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en Strafproceßrecht*, t. I, 2.ª ed., 1994, p. 126.

¹⁴ Cfr. M.-L. RASSAT, *Droit Pénal Spécial*, 1997, p. 127; M. DELMAS-MARTY, *Droit Pénal des Affaires-2 (Partie spéciale: infractions)*, 1973, p. 24; W. JEANDIDIER, *Droit Pénal des Affaires*, 1991, pp. 12 ss.

¹⁵ Cfr. J.-H. ROBERT, *Droit Pénal Général*, 5.ª ed., 2001, p. 224.

¹⁶ J.-H. ROBERT, *a.a.* O. ROBERT explican, citando a BINDING, que este punto de vista se apoya en una teoría de origen alemán, retomada luego en Italia y más tarde en los países de lengua española, p. 248.

¹⁷ *A.a.* O., p. 247.

¹⁸ Cfr. F. VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I, 1905, pp. 212 ss.

¹⁹ *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23.ª ed., 1921, p. 4.

mediante otro sistema normativo, por ejemplo, el Derecho civil. A partir de estos conceptos el juicio de disvalor de las normas penales sobre una acción debería ser considerado desde una doble perspectiva: desde el punto de vista *formal* la antijuricidad consistiría en la infracción de una norma; pero la acción *materialmente* antijurídica sería la conducta socialmente dañina. En este sentido «la acción [materialmente] antijurídica es un ataque al interés vital del individuo o de la comunidad protegido por la norma jurídica, incluyendo tanto la lesión como la puesta en peligro del bien jurídico»²⁰. Sin embargo, concluía VON LISZT, «la antijuricidad formal y la material pueden coincidir; pero también pueden no coincidir. Tal contradicción entre el contenido material de la acción y su valoración jurídico-positiva no se debe suponer; pero tampoco es de excluir. Si se presenta, el juez estará vinculado a la ley; la corrección del Derecho vigente está más allá de los límites de su función»²¹. Esto explica que el concepto del Derecho penal del que partía VON LISZT sólo se refiriera al aspecto formal del mismo: «Derecho penal es el contenido de aquellas reglas jurídicas estatales mediante las que al delito, como supuesto de hecho, se le conecta la pena como consecuencia jurídica»²², sin la menor mención de la lesión del bien jurídico.

El punto de vista de VON LISZT fue sustituido, ya en 1919, por una visión normativa del bien jurídico, adecuada a la filosofía del neokantismo de entonces, que ya no resultaba adecuada a una función limitadora del Derecho penal. En su desarrollo posterior el bien jurídico dejó de ser un elemento conceptualmente distinto de la norma, para convertirse en un elemento de la norma misma, en la finalidad de la norma. Como tal carece de toda posibilidad de operar como límite al legislador. El legislador es el que crea la norma y, por tanto, el que establece el fin perseguido por la misma²³. En suma: el bien jurídico es una creación del legislador y por tanto no puede operar como un límite para éste respecto de la creación del Derecho penal.

III

La recepción de la teoría alemana del bien jurídico en España y en Italia no ha tenido rasgos particulares en lo concerniente al concepto de bien jurídico. La teoría española no ha dedicado una especial atención a la problemática del concepto de bien jurídico, pero ha subrayado, sobre todo, el carácter ideológico del mismo²⁴. En Italia la discusión ha tenido un desarrollo especialmente interesante, ya que no fue meramente reproductora de las ideas de VON LISZT, aunque todavía actualmente se mantiene que los bienes jurídicos no son una creación del legislador²⁵. Inicialmente la

²⁰ *Ibid.*, p. 140.

²¹ *Ibid.*, p. 140.

²² *Ibid.*, p. 1.

²³ Cfr. R. HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, 1919, I, p. 95; M. GRÜNHUT, *Fest. f. R. Frank*, 1930, I, p. 8.

²⁴ Cfr. M. POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el Derecho penal*, 1974; H. HORMAZÁBAL MALEREE, *Bien Jurídico y Estado Social y democrático de Derecho*, 1991; J. TERRADILLOS BASOCO, en *Rev. Fac. de Derecho de la UCM*, 1981, pp. 125 ss.; J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Rev. Facultad de Derecho de la UCM*, 1983, pp. 85 ss.; F. MUÑOZ CONDE, *La norma jurídica penal*, 1985; del mismo, *Prólogo a la monografía de H. Hormazábal*, 1991; C. PÉREZ DEL VALLE, en *Homenaje a Jakobs*, Buenos Aires, en prensa.

²⁵ Cfr. G. FIANDACA y E. MUSCO, *Diritto Penale*, PG, 1985, p. 3; T. PADOVANI, *Diritto penale*, 3.ª ed., 1995, pp. 102 ss. Vid. especialmente, A. BARATTA, en *Dei delitti e delle pene*, I, 1984, pp. 5 ss.

noción de bien jurídico aparece en el contexto de una noción del delito estructurada en tres categorías: sujeto activo, sujeto pasivo y objeto, heredada del siglo XIX.³⁶ El bien jurídico, por tanto, fue entendido por FLORIAN como un sinónimo del *objeto del delito*, es decir, de la acción, especialmente relacionada con la lesión misma de la norma, y con referencia a la teoría expuesta por BINDING, en la que se distinguían tres clases de normas prohibitivas y mandatos, según que requirieran o no una «modificación del mundo jurídico».³⁷ La teoría del bien jurídico en un sentido más cercano a la defendida por VON LISZT fue especialmente considerada por parte de A. ROCCO, quien en un cierto sentido anticipó el desarrollo posterior de la teoría en Alemania. ROCCO entendió que el «interés» es un juicio del sujeto sobre «la necesidad, la utilidad o el valor de un objeto (bien) para satisfacer una necesidad propia del sujeto»³⁸ y distinguió un objeto formal, consistente en el deber de obediencia a la norma y otro material, que consistía en el bien protegido por la norma. La discusión posterior sobre si el daño se debe entender como la disminución de un bien, en el sentido puesto por ROCCO o en la lesión de un interés, como proponía CARNELUTTI,³⁹ fue considerada con razón como puramente verbal.⁴⁰ La elaboración del concepto de bien jurídico se refería básicamente a la relación entre la norma y un determinado objeto (material o inmaterial) protegido por aquella,⁴¹ lo que en la terminología moderna se puede designar como el objeto de la acción.⁴² Al final de esta primera fase de su desarrollo, la importancia de esta noción de bien jurídico fue puesta en duda.⁴³

En la dogmática actual del Derecho italiano, es decir desde mediados de los años setenta del siglo pasado, sin embargo, la teoría del bien jurídico se ha convertido en un elemento esencial de la legitimación de la decisión del legislador respecto de la formulación de tipos penales. Básicamente se reconoce un *principio de ofensividad*, según el cual «el delito no puede existir sin la ofensa de un bien jurídico, es decir sin la ofensa de una situación de hecho o jurídica valiosa, modificable y, por tanto, susceptible de ser ofendida por un comportamiento humano. El legislador no puede sancionar penalmente a ninguno por "lo que es" o "por lo que quiere", sólo puede declarar punible los hechos que lesionan o ponen en peligro la integridad de un bien jurídico».⁴⁴ Retomando la noción metajurídica de bien jurídico VON LISZT⁴⁵ se piensa que «la progresiva conquista de mayores espacios de libertad y de democracia ha impuesto, en el ámbito del Derecho penal, repensar críticamente los principios de legitimación de la intervención punitiva en el moderno Estado de Derecho»⁴⁶ o se postula una concepción *realista*, prejurídica, del bien jurídico que limita la selección

³⁶ Cfr. F. CARARARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, PG I, 9.ª ed., 1902, pp. 53 ss.

³⁷ E. FLORIAN, *Trattato di Diritto Penale*, 2.ª ed., 1910, pp. 245 ss. (con referencia a K. BINDING, *Die Normen und ihre Überbreitung*, I, 4.ª ed., 1922, p. 111, y al *Handbuch des Strafrechts*, 1885, p. 170, aunque la definición de bien jurídico está en la p. 169).

³⁸ *L'oggetto giuridico del reato e della tutela giuridica penale*, 1912, p. 265 (citado según la edición de las *Opere giuridiche di Arturo Rocco*, I, 1932).

³⁹ *Danno e Reato*, 1926, p. 14.

⁴⁰ Cfr. G. DELITTA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, 1930, pp. 164 ss.

⁴¹ Cfr. F. ANTONJES, *Manuale di Diritto penale* (traducción de J. DEL ROSAL y A. TORO), 1960, p. 134.

⁴² Así lo entendía G. BETTOL, *Diritto Penale*, 11.ª ed., 1982, p. 190.

⁴³ Cfr. ANTONJES, *loc. cit.*, pp. 135 ss.; BETTOL, *loc. cit.*, pp. 185 ss. Ambos con mayores indicaciones bibliográficas.

⁴⁴ G. MARINUCCI y E. DOLCINI, *Diritto Penale*, PG, 2002, p. 7.

⁴⁵ LEHRBUCH, cit., p. 140.

⁴⁶ G. FIANDACA y E. MUSCO, *Diritto Penale*, PG 1985, p. 3.

del legislador a los efectos del Derecho penal como «criterio deontológico de la creación de normas penales»³⁷.

Este giro comienza con la monografía de F. BRICOLA sobre la *Teoría Generale del Reato*³⁸. Comporta, antes que una revisión de la noción de bien jurídico, la consagración de la Constitución como fuente de los bienes jurídicos penalmente protegibles. Al situarse los bienes jurídicos en la Constitución el legislador tendría vedado penalizar otros intereses no contenidos en la misma. «La sanción penal —dice BRICOLA— sólo puede ser impuesta en presencia de la violación de un bien, el que, aunque no sea del valor del valor sacrificado (libertad personal), esté dotado al menos de relevancia constitucional. O sea —continúa— la ilicitud penal puede ser concretada exclusivamente en una *significativa* lesión de un valor constitucionalmente relevante»³⁹. Sin embargo, agrega, «la ilicitud penal puede lesionar un valor carente de relevancia constitucional, pero ligado a un valor constitucional como presupuesto necesario, lo que tiene lugar cuando la lesión del primero [el carente de relevancia constitucional] sea necesaria e inequívocamente idónea para poner en peligro el segundo [el constitucionalmente relevante]»⁴⁰. Estas consideraciones son también aplicables a los delitos de omisión: respecto de éstos «un criterio limitador podría obtenerse no tanto circunscribiendo la omisión (delitos propios de omisión) penalmente relevante a los deberes de solidaridad explícitamente sancionados por la Constitución, sino extendiéndola a deberes de solidaridad funcionalmente conexos (y necesarios para la tutela) de un valor constitucional». De aquí se deduce que los valores jurídicos lesionados por el delito no son creados por la norma legal penal, sino por las normas constitucionales⁴¹. Por otra parte, «el legislador no puede imponer sanciones penales respecto de hechos lesivos de valores que, sin ser contrarios a la Constitución, no tienen reconocimiento implícito o explícito en ella»⁴². A estos límites agrega BRICOLA otro límite de «socio-criminológico», por el que «el legislador en ciertas clases de delitos debe utilizar los resultados de las revelaciones criminológicas en orden a los comportamientos que se desarrollan en el ambiente social con una cierta característica». Este límite se deriva de la «más amplia matriz del ontologismo en el Derecho penal»⁴³.

La teoría desarrollada por BRICOLA más que una teoría del objeto de la tutela penal es una teoría *positivista* de los límites constitucionales de la criminalización. En todo caso, la tesis de BRICOLA pone de manifiesto que los valores jurídicos son elementos creados de las normas constitucionales y que lo que el Derecho penal, en verdad, protege son normas. Los límites sociocriminológicos no parecen ser sino la expresión de términos propios de las ciencias empíricas de las valoraciones del legislador y de las relaciones de los valores con sus objetos reales. Su caracterización como «matriz ontológica» es poco clara y puede ser discutible⁴⁴.

³⁷ Cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale*, 3.ª ed., pp. 102 ss.

³⁸ En *Novissimo Digesto Italiano*, dirigido por A. AZARA y E. EULA, t. XIX, 1974, pp. 7 ss.

³⁹ *Loc. cit.*, pp. 15 ss.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 16.

⁴¹ *Ibid.*, p. 17.

⁴² *Ibid.*, p. 17.

⁴³ *Ibid.*, p. 21.

⁴⁴ Cfr. W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, pp. 98 ss.

Como teoría de la limitación del Derecho penal según la Constitución, la teoría de BRICOLA revela una notoria debilidad: la protección de valores constitucionales constituye un límite sólo aparente y, en todo caso, muy reducido, dado que se ve obligada a admitir también la de otros valores no constitucionales, que serían necesarios para la tutela de los constitucionales. El desarrollo teórico de este punto de vista demuestra que, en realidad, el mismo no conduce a una nueva dimensión del catálogo de bienes jurídicos, pues postula la existencia de «bienes de relevancia constitucional implícita» y «tácitos», con lo que el catálogo de bienes constitucionales «instrumentales» alcanza a bienes tales como el patrimonio, la economía o la administración de justicia y la piedad de los difuntos.⁴⁵

BRICOLA ha señalado la cercanía de su punto de vista con el de RUDOLPH.⁴⁶ Sin embargo, las diferencias son notables. RUDOLPH sostiene que «el legítimo objeto de protección mediante amenazas penales constitucionalmente legítimas son sólo las unidades funcionales socialmente valiosas, tal como se manifiestan en su configuración concreta, necesarias para la existencia de nuestra sociedad».⁴⁷ El punto de vista de RUDOLPH implica una nueva caracterización de la noción de bien jurídico, no simplemente como un valor, sino como una «unidad socialmente funcional necesaria para la existencia de la sociedad». Por tanto, no toda lesión de un valor constitucional por el solo hecho de serlo legítima la criminalización de una conducta. BRICOLA, por el contrario, establece un límite poco claro al referirse al supuesto límite «sociocriminológico». En todo caso, respecto de esta concepción del bien jurídico es pertinente formular la pregunta de ¿a dónde conduce este camino de una concepción del bien jurídico, que no excluye ningún objeto de protección?⁴⁸

La tesis de BRICOLA no ha tenido un reconocimiento general en la teoría italiana. En primer lugar no debería satisfacer a quienes postulan una «concepción realista del bien jurídico»⁴⁹ ni a quienes consideran que el catálogo de bienes jurídicos se explica por una legitimación histórica de la selección realizada por el legislador⁵⁰, porque la teoría de BRICOLA tiene un fundamento normativo, se basa en las normas de la Constitución. El llamado «límite sociocriminológico» —como se vio— tiene una función claramente secundaria. Además, se constata que otros autores piensan que «la búsqueda de los bienes que pueden ser tutelados con el arma de la pena no puede ser limitada a los bienes dotados de relevancia constitucional, aunque se debe admitir que a estos últimos compete claramente una importancia particular a los fines de la selección de la incriminación».⁵¹ Por tanto, no existe acuerdo sobre la posibilidad de una *función legitimante negativa*⁵² de la teoría constitucional del bien jurídico, admitida expresamente sólo por una parte de la teoría⁵³. Otras opiniones rechazan

⁴⁵ G. FANDACA y E. MUSCO, *loc. cit.*, pp. 6 ss.

⁴⁶ *Loc. cit.*, p. 15 (nota 13).

⁴⁷ Fests. f. R. Hönig, 1970, pp. 151 ss., 166.

⁴⁸ Gfr W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechen*, 1973, p. 64.

⁴⁹ T. PADOVANI, *loc. cit.*, p. 102.

⁵⁰ C. FIORI, *Diritto Penale*, PG, I, 1993, pp. 6 ss.

⁵¹ Gfr G. MARINUCCI y E. DOLCINI, *loc. cit.*, p. 7.

⁵² Gfr W. HASSEMER, *loc. cit.*, p. 115.

⁵³ G. FANDACA y E. MUSCO, *loc. cit.*, p. 5; G. MARINUCCI y E. DOLCINI, *loc. cit.*, pp. 7 ss., estiman que

este punto de vista ha sido aceptado por la Corte Constitucional en sentencias del 24 de julio de 1995, núm. 360; 11 de julio de 2000, n. 263; 21 de noviembre de 2000, núm. 519, en las que se estableció que «el principio de

expresamente esta función legitimante negativa y con ello el posible control de la Corte Constitucional del catálogo de bienes jurídicos que haya sido decidido por el Parlamento⁵⁴. También se ha señalado el carácter equívoco del concepto de bien jurídico y la dudosa utilidad de esta teoría «para evaluar la selección realizada por el legislador penal», al menos en el campo del Derecho penal económico⁵⁵.

Un punto de vista diverso es el de BARATTA, que pone en duda la compatibilidad con los principios del Derecho penal liberal de todas las teorías que consideran que el objeto de protección del Derecho penal pueden ser funciones sociales y, especialmente, la representada por JAKOBS⁵⁶. Fundamentalmente parece que BARATTA rechaza toda concepción del bien jurídico que no lo identifique con un sustrato real, que carezca de una referencia real, y, consecuentemente, critica la teoría de JAKOBS en cuanto considera que la disfuncionalidad de la violación de la norma no es derivada de la lesión de determinados intereses o bienes jurídicos, «sino de la puesta en discusión de la norma misma en cuanto orientación de la acción, que, en consecuencia, conmueve la confianza institucional de los ciudadanos»⁵⁷. Es probable que la tesis de BARATTA —muy brevemente expuesta por él— cuestione la distinción conceptual entre objeto de la acción y objeto de protección del Derecho penal, generalmente admitida⁵⁸, de tal manera que —a su juicio— la concepción liberal iluminista del Derecho penal debería ser identificada con la protección de objetos corporales reales (personas y cosas). Pero tal identificación no es acertada, pues el Derecho penal del iluminismo no excluyó la protección de bienes puramente ideales como, por ejemplo, el honor⁵⁹ o la corrupción de funcionarios⁶⁰. El mismo BARATTA tiene que aceptar esta posibilidad de bienes jurídicos inmateriales, al explicar cuáles serían los bienes jurídicos legítimos, por ser «más fácilmente circunscritos a la esfera personal de los bienes jurídicos», momento en el que señala «la vida, la propiedad, el honor»⁶¹. Por ello concluye BARATTA, aunque sin demostrarlo, que la teoría del delito de JAKOBS aporta una «legitimación tecnocrática del funcionamiento desigual del sistema penal» opuesta a un «modelo crítico, inspirado en la criminología crítica y en los movimientos para una reforma radical y alternativa del sistema penal»⁶². BARATTA se ocupó expresamente de los límites del Derecho penal en su conocido escrito sobre *Principi del diritto penale minimo*⁶³, donde reemplaza de manera poco clara la teoría del bien jurídico por los límites derivados de los derechos humanos: «El concepto de derechos humanos asume en este caso una doble función. En primer lugar, una función negativa concerniente a los límites de la intervención penal. En

la necesaria ofensividad opera sobre el terreno de la previsión normativa» como «límite de rango constitucional del legislador ordinario».

⁵⁴ M. ROMANO, *Commentario Sistematico del Codice Penale*, I, 1987, p. 264.

⁵⁵ G. SEMINARA, *Insider Trading e Diritto Penale*, 1989, pp. 293 ss. (299-300).

⁵⁶ *Dei Delitti e delle Pene*, cit., p. 13.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 6.

⁵⁸ Cfr. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 5; K. AMELUNG, *loc. cit.*, pp. 102 ss., pp. 198 ss.; W. HASSEMER, *loc. cit.*, pp. 88 ss.; G. JAKOBS, *Strafrecht*, AT, 2.ª ed., 1992, p. 37; C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, 3.ª ed., p. 23.

⁵⁹ Cfr., por todos, P. J. A. VON FEUERBACH, *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland Gültigen Peinlichen Rechts*, 14.ª ed., p. 1847, p. 457.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 757 ss.

⁶¹ *Dei Delitti e delle Pene*, 1/84, p. 13.

⁶² *Ibid.*, p. 23. Vid. también BARATTA, en *Dei Delitti e delle Pene*, 2/85, pp. 247 ss., y 3/85, pp. 443 ss.

⁶³ *Dei Delitti e delle Pene*, 3/85, p. 443.

segundo lugar, una función positiva en relación a la definición del objeto, posible, pero no necesario, de la tutela por medio del Derecho penal»⁶⁴. En este sentido explica que «un concepto histórico-social de derechos humanos permite comprender como objetos posibles de tutela penal, además de los intereses individuales, también intereses colectivos, como la salud pública, la ecología, las condiciones laborales. También la tutela de las instituciones forma parte de estos objetos, pero sólo a condición de que no sean consideradas fines en sí mismas (...) sino como reflejo de las necesidades reales de las personas»⁶⁵. De qué manera los derechos humanos podrían cumplir esta función es una cuestión que queda sin explicación. El Derecho penal mínimo propuesto por BARATTA sólo se manifiesta en una serie de principios predominantemente formales. De sus afirmaciones, sin embargo, no puede ser deducido un concepto claro de los bienes jurídicos merecedores de protección penal, ni la forma en la que los derechos humanos pueden operar como límite del Derecho penal vinculante para el legislador.

El análisis realizado permite constatar que en la dogmática penal italiana moderna se reproduce la discusión sobre los límites del legislador penal que también se conoce en Alemania. En Italia, sin embargo, la preocupación por la limitación del legislador penal aparece más acentuada, lo que se explica, muy probablemente, por las circunstancias histórico-legislativas que circundaron el desarrollo teórico. Por el contrario, no ha existido en Italia una discusión referente al concepto mismo del bien jurídico, similar a la que ha tenido lugar en Alemania⁶⁶.

IV

La discusión sobre el concepto de bien jurídico y los límites del legislador en la creación de normas penales, es decir, normas cuya infracción está amenazada por una pena, observada desde la perspectiva comparada, pone de manifiesto que la idea de tratar el problema de los límites como una derivación de los objetos protegibles por el Derecho penal no es idónea para alcanzar ese fin. No sólo por las razones dadas por STRATENWERTH cuando sostiene que «a pesar de los numerosos esfuerzos no ha sido hasta hoy posible lograr al menos acercarse a la claridad»⁶⁷ en lo concerniente al concepto de bien jurídico y que «todavía menos perspectivas tiene la empresa destinada a reducir el Derecho penal a bienes jurídicos palpables»⁶⁸. Aunque los bienes protegidos por el Derecho penal fueran intereses del individuo o de la comunidad referentes a personas o cosas —como pretendía VON LISZT— reconocidos por el legislador, es claro que ese acto de reconocimiento legal implica la creación del bien *jurídico*.

El punto central de la cuestión de la legitimidad reside en todo caso en las razones del legislador para decidir la protección penal de un cierto bien o interés. El

⁶⁴ *Ibid.*, p. 443.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 443 (nota 1).

⁶⁶ H.-J. RUDOLPH, *Fest. f. Honig*, 1970, pp. 151 ss.; K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972; M. MARX, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»*, 1972; W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973.

⁶⁷ G. STRATENWERTH y L. KUHLEN, *Strafrecht*, AT I, 5.ª ed., 2004, p. 30. Cfr. también, A. V. HIRSCH, *Fairness, Verbrechen und Strafe*, 2005, pp. 76 ss.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 31.

esfuerzo destinado, sobre todo en Alemania, a excluir del concepto de bien jurídico, por tanto de la decisión del legislador, los bienes protegidos por «amenazas penales arbitrarias», las «finalidades puramente ideológicas» o las «puras lesiones de la moral»⁶⁹, es políticamente sostenible. Pero no es un fundamento adecuado para negar el carácter de bienes jurídicos a las finalidades ideológicas, morales o los objetos protegidos con penas arbitrarias. Las finalidades ideológicas y las normas morales podrían ser conceptualmente bienes jurídicos si el legislador las reconociera como tales. La arbitrariedad de la amenaza protectora de un bien jurídico no priva a éste de su carácter de tal: la amenaza de pena de muerte para el hurto no debería determinar que la propiedad no es un bien jurídico. Dicho brevemente: no es la sociedad la que prejuzgadamente crea los bienes jurídicos, sino que los crea el legislador cuando decide imponer una determinada norma de conducta, contraria a una finalidad que considera que debe ser protegida por el Derecho penal. A estos efectos es indiferente que la norma tenga un objeto o un sustrato real. La definición de ROXIN es sustancialmente correcta cuando señala que no sólo constituyen bienes jurídicos situaciones previamente dadas, sino también «deberes de cumplir una norma» creados por el legislador. De esa manera, sin embargo, se pone de manifiesto que el elemento decisivo de la legitimación no es un bien o un interés diverso de la norma, sino que las normas pueden ser y son objeto de protección del Derecho penal. Por tal razón, si el problema de la legitimación del Derecho penal no reside exclusivamente en la autoridad del legislador, consistirá en los límites de su decisión referente a la selección de los bienes, los intereses o de las normas que tiene la pretensión de proteger con el Derecho penal. Es claro que ciertos bienes jurídicos como la «salud pública», la «fe pública», el «medio ambiente», etc., carecen de todo correlato real preciso y de toda existencia independiente de la decisión del legislador.

Estas consideraciones valen tanto para las formulaciones más antiguas como para las modernas del bien jurídico. Se trate del «aseguramiento de las condiciones de la vida de una sociedad»⁷⁰, de «unidades funcionales de valor»⁷¹ o de determinar una situación socialmente dañosa porque «es perjudicial para la actitud duradera del sistema relativa a la solución de sus problemas constitutivos» en los términos propuestos por AMELUNG⁷². En todo caso la valoración de las condiciones de vida, de la unidad funcional o del daño social como merecedora de protección depende de una decisión del legislador. Ello no significa que la noción de daño social sea irrelevante, sino, simplemente, que sólo es una parte del problema.

Los límites del legislador penal tampoco pueden ser establecidos sólo mediante el recurso al *Harm Principle* de los sistemas jurídicos de los países de habla inglesa⁷³. Cuando S. MILL afirma que la única línea de conducta de un individuo hacia el resto de la sociedad es «no dañar los intereses de otro» y que «cada persona debe cargar con su parte (que debe ser fijada según algún principio equitativo) de los trabajos y sacrificios contraídos en la defensa de la sociedad o sus miembros respecto de

⁶⁹ C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, 3.ª ed., 1997, pp. 15 ss.

⁷⁰ R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, I, 3.ª ed., 1893, p. 485.

⁷¹ RUDOLPHI, en *Fest. f. Honig*, p. 192.

⁷² *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, p. 387.

⁷³ Cfr. A. VON HIRSCH, *Fairness, Verbrechen und Strafe*, 2005, pp. 69 ss.

daños y molestias»⁷⁴, su referencia al «principio equitativo» configura un núcleo esencial de su afirmación, que también debe ser observado.

¿Significa esto que el legislador puede decidir sin límite alguno qué comportamientos son objeto de las normas penales? Este es el punto, a mi modo de ver, en el que debemos plantearnos la relación entre la Constitución y la creación del Derecho penal por el legislador. La cuestión consiste en la legitimidad de las decisiones del legislador al limitar la libertad criminalizando ciertos comportamientos. No se trata de la descripción sociológica del proceso que conduce a la criminalización.⁷⁵ Se trata de hasta dónde puede ser legítimamente limitada la libertad en un sistema constitucional basado en ella⁷⁶, es decir, se trata del problema *político* del Derecho penal. En la sociedad son toleradas numerosas lesiones de bienes jurídicos o de intereses, frente a las que no se responde con el Derecho penal⁷⁷, precisamente porque su criminalización sería incompatible con una sociedad en la que la libertad es la base del sistema constitucional. El límite de la restricción penal de la libertad depende del contexto histórico. La historia del párr. 175.1 de la antigua versión del StGB, que declaraba punible la homosexualidad masculina simple, es, en este sentido, elocuente. Su existencia pudo ser justificada desde la perspectiva de la protección de bienes jurídicos como una «vulneración de la ley moral»⁷⁸. Desde tal punto de vista esta caracterización del bien jurídico hubiera sido difícilmente atacable, dado que la Ley Fundamental (GG) alemana protege el libre desarrollo de la personalidad, en tanto «no lesione el orden constitucional o la ley moral» [art. 2 (1) GG]. Sin embargo, la criminalización de las relaciones sexuales entre hombres en la forma prevista por el antiguo párr. 175.1 StGB carecería hoy de toda legitimidad, cualquiera fuera el bien jurídico que se le reconociera a ese tipo penal, pues en la sociedad actual aparece como una limitación intolerable de la libertad personal.

JAKOBS ha señalado con razón la necesidad de un límite del Derecho penal desde el punto de vista de la libertad: «La totalización de la protección de cada bien significa siempre una minimización de la libertad y la privacidad»⁷⁹. Similar es la conclusión de SCHÜNEMANN⁸⁰, cuando subraya la necesidad de equilibrar la necesidad de protección con la pérdida de libertad que aquella implica.

Ninguna teoría del objeto de protección penal dispone de un criterio referente al límite de la reducción penal de la libertad en una sociedad que se basa en ella. Ninguno de los principios señalados por BARATTA en su teoría del «Derecho penal mínimo» es idóneo para estos fines, pues ninguno de ellos contiene un criterio cuantitativo útil para configurar el mínimo Derecho penal en cualquier momento históri-

⁷⁴ *On Liberty*, 1859 (citado según la traducción castellana de C. GARCÍA CAY, edición de D. NEGRO PAVÓN, 1991, pp. 177 ss.).

⁷⁵ Cfr. al respecto, W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, pp. 130 ss.

⁷⁶ Cfr. E. BACIGALUPO, *Principio de Derecho Penal*, PG, 5.ª ed., 1998, p. 20; del mismo: *Hacia el Nuevo Derecho penal*, 2006, pp. 37 ss.

⁷⁷ Cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht*, AT, 2.ª ed., 1991, pp. 46 ss.

⁷⁸ BGH NJW, 1951, p. 810 (citado según SCHÖNKE y SCHRODER, *StGB Kommentar*, 10.ª ed., 1961, § 175, I).

⁷⁹ *Ibid.*, p. 47.

⁸⁰ En VON HIRSCH, SEELEMAN y WOHLERS (Hrsg.), *Mediating Principles*, 2006, pp. 18 ss. (24).

