

ARIEL DERECHO

Serie Derecho Penal

Asesor

JUAN BUSTOS RAMÍREZ

315,46
B582 md
7989

39/00 30 84 96 970 3936

E

JUAN BUSTOS RAMÍREZ

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona

MANUAL DE DERECHO PENAL

Parte general

3.^a edición aumentada, corregida
y puesta al día



EDITORIAL ARIEL, S. A.
BARCELONA

b) *Del Estado intervencionista*

Pero el sistema aparentemente perfecto del Estado liberal estaba sujeto a múltiples contradicciones y tensiones por la existencia de elementos contrapuestos: poseedores y no poseedores de los medios de producción, libertad y disciplina, igualdad política y desigualdad económica, dependencia económica y autonomía ética, etc. Este cúmulo de problemas no resueltos, que se expresaron en grandes movimientos y revueltas sociales, llevaron a que el Estado abandonara su posición de simple guardián del orden y tuviese que intervenir en los procesos de disfunción social que se producían en el sistema. Ahora bien, la intervención en el mercado, su regulación, era justamente para lograr su defensa, la defensa *de lo social*, de la sociedad que se daba en torno al mercado. Por eso esta intervención y consecuente control por parte del Estado asume el carácter de una defensa social. Esta actitud intervencionista del Estado obtiene su fuente de la legitimación en la *ciencia positiva*, ya que ella descubre y entrega las *leyes natural-sociales* (científicas) que rigen la sociedad y permiten por tanto resolver las disfunciones. No es de extrañar entonces el auge de la sociología positiva. Ello repercute en el problema criminal, en cuanto también el problema criminal implica problemas de disfunción social, superables mediante el descubrimiento y constatación de las correspondientes leyes sobre la naturaleza criminal. La legitimación la da la ciencia, de ahí que el derecho penal sobra, de ahí que no tienen sentido las garantías de la teoría del delito, ya que se trata de problemas determinados científicamente y en que la potestad del Estado de control y defensa social encuentran su total legitimación en lo que diga la ciencia. El derecho pasa a ser una mera técnica al servicio del control, que además en caso alguno podía pretender ni siquiera generalizar o igualar, ya que los procesos disfuncionales eran diferentes en cada caso, de modo que había que especificar, establecer sistemas especiales y excepcionales, había que discriminar constantemente, de partida, porque científicamente el delincuente (y con él el disidente o desviado en general) era un ser diferente, anormal socialmente.

El Estado intervencionista, que se basa en la ciencia (como verdad absoluta) y reniega del derecho, necesariamente tenía que plantear como solución al problema criminal la prevención especial, el sistema de medidas de seguridad (predelictuales sobre todo) y a su vez una tipología de criminales (según diferentes sistemas clasificatorios). La defensa de lo social, encubre los intereses en juego, y encuentra su mejor legitimación en la ciencia. El extremo más radical del intervencionismo y de defensa social, como una profunda crisis del Estado moderno, lo constituye el Estado fascista y nazi, en que el Estado es el jefe del Estado y el derecho un mero instrumento de sus designios, el intervencionismo se funde con una concepción *absolutista* de Estado.

c) *El Estado social y democrático de derecho*

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial renacen los principios de un Estado de derecho, como aparece claro en la Constitución italiana y en la Ley Fundamental Alemana, el crecimiento económico sobre la base de la economía de mercado ponen en primer lugar la protección de la libertad. Como ya había sucedido a principios del siglo XIX hay un gran florecimiento de las doctrinas de derecho natural; por ello mismo vuelven a tomar gran fuerza las tendencias retribucionistas en materia de la pena y a predominar sobre todas otras. Sin embargo, se toma conciencia de la necesidad de la actividad social del Estado, que la pena en ese sentido tiene que regular activamente la vida social (cfr. Mir, p. 40; González Rus, 1984, p. 262). Pero sin vulnerar el principio de libertad (del mercado, del capital) sobre que

se basa el sistema. Renacen pues tendencias preventivas limitadas (democráticamente), ya sea generales o especiales, pero sobre todo se trata de buscar expresiones eclécticas, como ya había sucedido a principios del siglo XX, y aún se intentan vías superadoras, que expresan mejor una nueva realidad social cambiante y las transformaciones producidas en la sociedad capitalista postindustrial.

En general el Estado social y democrático de derecho no aparece como un sistema definido y estable, en él aparecen tensiones entre un sistema neoliberal, tendencias intervencionistas, corporativistas de nuevo cuño (esto es, en que las corporaciones, u organización de los intereses en juego, tienen capacidad de decisión e influencia en el Estado), con lo cual se producen vaivenes en el control social estatal y específicamente en el control penal, con graves dificultades para determinar sus bases legitimantes. Subsiste la retribución junto a la prevención general y la especial (se pretende también crear sistemas excepcionales o diferenciados, para cierto grupo de individuos, pero que en definitiva repercuten sobre toda la sociedad), con lo cual se produce una confusión en los principios legitimantes que repercute en una confusión en la construcción de la teoría del delito y de la pena.

En todo caso, como se ha señalado, está siempre presente la lucha por los límites de la intervención del Estado, por profundizar por ello mismo los derechos humanos y fundamentales, por legitimar la acción del Estado sólo desde una base democrática participativa. Se reconoce entonces el *rol garantista del derecho*. De ahí que desde esta óptica política y concretamente de política criminal y penal, aparezca como una investigación fundamental la indagación sobre límites materiales y formales de la intervención del Estado. Ellos van a ser los pilares sobre los cuales se construyan las teorías del derecho penal, de la pena, del delito y del delincuente. Esta investigación lleva necesariamente a una comprensión de la estructura económica social del Estado social y democrático de derecho y con ello a dilucidar las bases políticas del sistema, que aparecen en la Constitución (cfr. Escrivá, p. 143ss.; González Rus, 1984, p. 227ss.). Se produce pues un rechazo a todo planteamiento metafísico del Estado y del jus puniendi, éste por tanto aparece ligado a lo que es el Estado y su justificación última habrá que encontrarla en lo que el Estado *realmente es*. Y en ese sentido el Estado moderno es ejercicio y centralización excluyente del poder a través de un aparato político, sobre la base del reconocimiento de una sociedad civil plural, hegemoníamente estructurada. En tal medida el jus puniendi, como emanación de ese poder, no es otra cosa que la *autoconstatación* de ese poder y las bases sobre el cual se asienta, de ahí entonces sus límites.

10. LOS LÍMITES MATERIALES AL JUS PUNIENDI

Entre los límites materiales, es decir, aquellos relacionados directamente con sus bases de sustentación o legitimación, estarían los siguientes: el principio de la necesidad de la intervención; el principio de la protección de los bienes jurídicos; el principio de la dignidad de la persona.

a) *Principio de la necesidad de la intervención* (última ratio, carácter fragmentario y proporcionalidad)

Este principio, como hemos visto, fue planteado ya en los albores del Estado moderno por Beccaria (p. 29), sobre la idea del contrato social y que el Estado está para la felicidad de los hombres y no para su infelicidad. Hoy reaparece con un amplio reconocimiento por parte de los juristas (cfr. Gimbernat, p. 485ss.; Córdoba, p. 56; Mir, p. 37; Cobo y Vives,

D. P., p. 64s.). La intervención penal del Estado sólo está justificada en la medida que resulte *necesaria* para la mantención de su organización política dentro de una concepción hegemónica democrática (lo que aparece reconocido en los arts. 1 y 9 de la Constitución en forma general y en concreto en el art. 2, párr. 2 del C.P.). Todo lo que vaya más allá de tal medida lo encauza por la vía autoritaria, que termina inevitablemente en la supresión de las bases democráticas del Estado.

Este principio tiene diferentes proyecciones. El derecho penal ha de entenderse como *última ratio* (mejor aún *extrema ratio*), esto es, sólo debe recurrirse a él cuando han fallado todos los demás controles, ya sean formales o informales. La gravedad del control penal, es decir, el modo tan directo y personal del ejercicio de la violencia estatal que él significa, impone que sólo se le considere en última instancia. Es el último recurso que ha de utilizar el Estado, sólo en ese caso está justificado su empleo.

Estrechamente vinculado a lo anterior está el *carácter fragmentario* del derecho penal. Es decir, dada la gravedad del control penal no es posible utilizarlo frente a toda situación, sino sólo respecto de hechos muy determinados y específicos. De otro modo el Estado podría convertirse en un Estado policial, y, además, se correría el riesgo de paralizar toda la actividad social a través de la violencia penal. Los ciudadanos de un Estado de derecho no pueden vivir bajo la amenaza penal constante en todas sus actividades sociales, eso sería la negación del Estado de derecho, pues provocaría la inseguridad de sus ciudadanos. De ahí que en el último tiempo haya habido fuertes movimientos por una simplificación de las Partes Especiales de los códigos penales, una tendencia a la descriminalización de conductas.

Aspecto importante del principio de la necesidad de la intervención es la exigencia de proporcionalidad (reconocido en el art. 2, párr. 2 del C. P.), que implica una proporción de la sanción con el fin que se persigue con la pena. En este sentido si bien el planteamiento de proporcionalidad es puesto de relieve por las teorías preventivas, y por tanto la proporcionalidad está en relación a la utilidad (de intimidación, de reafianzamiento de la conciencia jurídica o de resocialización o reeducación), en la medida que éstas recogen modernamente las categorías dogmáticas tradicionales, se produce una limitación a esta relación con el fin preventivo propiamente tal y entra a jugar también proporcionalidad con la protección a los bienes jurídicos y a la responsabilidad del sujeto. Con lo cual dentro de una prevención general integradora o positiva, como es lógico, se produce una superposición entre el principio de proporcionalidad y el de justicia propio a la retribución (la sanción como el merecimiento justo —proporcionado— al injusto cometido y a la responsabilidad del sujeto). Ahora bien, en la medida que la exigencia de proporcionalidad surge desde la necesidad de la intervención, ello puede implicar que en un caso concreto la intervención no sea necesaria, y, por tanto, que la exigencia de la proporcionalidad carezca ya de sentido.

También se habla del *carácter subsidiario* del derecho penal (Cobo y Vives, D. P., p. 64), pero pareciera que el contenido de este principio coincide («La reacción penal no resulta adecuada sino allí donde el orden jurídico no puede ser protegido por medios menos gravosos que la pena») con el principio de *última ratio*, expresión que es preferible al de subsidiario, pues éste pareciera dar la idea de un orden previo y principal, y ése no es el sentido.

- b) *Principio de protección de los bienes jurídicos*
(cfr. Bustos, Bases, p. 14ss., 31ss., 62ss., 70ss.)

El principio de la necesidad de la intervención corre el peligro de ser demasiado abstracto y vago, requiere pues de una base concreta de sustentación, que señale cuáles son los

hitos y límites fundamentales del sistema. De ahí que no baste con el principio de necesidad de la pena, sino que resulta indispensable señalar *qué es lo protegido*, problema que la teoría penal ha intentado solucionar mediante el desarrollo de la teoría del bien jurídico. Es decir, la intervención del Estado sólo es posible y *necesaria* cuando se trata de la protección de bienes jurídicos (así Hurtado, D. P., p. 37). Luego este principio también entra a limitar materialmente el poder punitivo del Estado. No se pueden establecer penas que no tengan su fundamento en la existencia de un bien jurídico protegido, no se pueden establecer delitos, que no estén contruidos sobre la existencia de un bien jurídico; es necesario ir a la descriminalización de todos aquellos hechos que no estén en relación a la defensa de un bien jurídico. Esto implica que el Estado no puede intervenir penalmente para defender determinadas ideas morales, religiosas, estéticas, políticas (salvo cuando atentan contra los fundamentos del Estado de derecho, es decir, contra los bienes jurídicos), ni tampoco en la defensa de una pura regulación del orden u organización de determinadas actividades sociales. Desde esta perspectiva es que se habla de *principio de lesividad* o de «*nullum crimen sine injuria*».

Pero ¿qué son los bienes jurídicos? El planteamiento del bien jurídico nace en la primera mitad del siglo XIX, como una expresión del jusnaturalismo penal, que rechaza la doctrina de los derechos subjetivos de origen civil en el ámbito penal. Para los autores de principios del siglo XIX, el derecho penal defendía derechos, el delito era la lesión de un derecho, una lesión jurídica (cfr. Feuerbach, Lehrbuch, § 21; Rossi, D. P., p. 211ss.; Carrara, P. D. C., I, p. 4ss.; Groizard y Gómez de la Serna, Com., p. 23). Estos planteamientos partían ya sea del contrato social, del cual surgía un derecho a ser respetado y un deber de respetar, por lo cual el delito era una lesión de ese derecho (subjetivo) surgido del contrato social y que en síntesis era la libertad, como derecho resumen surgido del contrato social. Sin embargo, también a términos semejantes se llegaba sobre la base de concebir un derecho preexistente de carácter natural, del cual surgía el derecho positivo; el delito era la violación de un derecho surgido del derecho positivo, pero en cuanto había una coincidencia con el derecho establecido en la ley natural.

- b a) *Evolución de la teoría del bien jurídico*

- b a a) *Concepción trascendentalista de corte jusnaturalista*

Es Birnbaum el primero en hacer su desarrollo, desde una perspectiva jusnaturalista moderada (entre el jusnaturalismo y el racionalismo), haciendo especial hincapié en la realidad de la aplicación del derecho penal alemán. Evita pues caer en posiciones de principio o absolutas. Su argumentación va dirigida en primer lugar a rechazar que el delito es lesión de un derecho, pues el derecho no puede ser disminuido ni sustraído, ello puede suceder sólo respecto a lo que es *objeto* de un derecho, es decir, «un bien que jurídicamente nos pertenece». Por eso «El concepto *natural* de lesión parece ser aquél en que nos referimos a una persona o una cosa, en especial a aquellas que consideramos que nos pertenecen o a algo que para nosotros es un bien, y que mediante la acción de otro nos es sustraído o disminuido». Luego «si el delito quiere considerarse como lesión, este concepto *de acuerdo a su naturaleza* no está referido a un derecho, sino a un bien». Para terminar declarando entonces: «Según mi concepción creo que como delito punible en el Estado, de acuerdo a la *naturaleza de la cosa o conforme a la razón*, debe entenderse toda lesión o puesta en peligro, imputable a la voluntad humana, de un bien que el poder del Estado ha garantizado a todos en forma igual» (cfr., p. 150, 172, 176, 179) (subrayado nuestro). En otras palabras, para Birnbaum los bie-

nes jurídicos están más allá del derecho, por eso su concepción es trascendente, no se confunden con él, sino que le sirven de fundamento, lo cual aparece muy claro (como su posición moderada) a la hora de clasificar los delitos (que recoge la tradición de delitos malos en sí y por eso prohibidos y de delitos prohibidos y por eso malos): «Queda abierta la pregunta de si el hombre fuera del Estado, en su llamada condición natural, ya tiene derechos o no. Pero no se puede tener duda que los bienes referidos a la esfera jurídica de cada uno y que a todos en el Estado les está garantizado su goce en forma igual, *están dados en parte a los hombres por la naturaleza, en otra parte son el resultado de su desarrollo social, y así se puede, tanto en la determinación de la definición cuanto también en la división de los delitos, poner como fundamento el mismo concepto y admitirse la división de los delitos en naturales y sociales*» (p. 177).

Se ha discutido si la concepción de Birnbaum representa un avance frente a aquellas de lesión de un derecho, fundadas en el contrato social, y que habrían tenido un carácter liberal y limitador (Mir, Intr., p. 129). Sin entrar en la discusión de los rasgos autoritarios de la concepción de Rousseau y del contrato social, pareciera difícil no reconocer el *carácter limitador* de la concepción de Birnbaum, en cuanto a que el contenido de esos bienes está más allá del derecho y del Estado, es dado por la naturaleza y por el desarrollo social, luego *el derecho y el Estado sólo puede reconocerlos*, no alterarlos, ni modificarlos, ni establecerlos. Otra cosa es la discusión sobre la precisión de los conceptos «naturaleza» y «desarrollo social» y sobre la necesidad de su reconocimiento jurídico; en lo primero Birnbaum estaba condicionado históricamente y en lo segundo, como era lógico y es *hasta* ahora, partía del derecho positivo (lo que no obsta a poder derivar el carácter participativo y crítico del bien jurídico, ver infra b b b). Pero ciertamente era un avance frente a las posiciones de lesión de un derecho (subjetivo), ya que ello tenía una tendencia formalizadora, todo se agotaba en lo jurídico, no había nada más allá de él (todo surgía del acto formal del contrato), con lo cual si el Estado era el derecho (el contrato), no había otra posibilidad de limitarlo que su propia voluntad (expresada en el contrato). El Estado de derecho, podía pues ser un Estado de derecho *no* democrático, todo surgía de él, los hombres nada tenían. Birnbaum hace el primer intento para invertir este orden de cosas y quizá por ello pasó desapercibida su obra en su época, ya que era la hora de la Restauración, de las monarquías (constitucionales), no era el momento de profundizar los límites al poder estatal.

b a b) Concepción inmanente jurídico-positiva

b a b a) Binding. La obra de Birnbaum adquiere relieve y difusión gracias a que Binding acoge sus ideas en su obra, pero dándoles un vuelco radical, sobre la base de absolver las consideraciones jurídico-positivas de Birnbaum, con lo cual era consecuente con su posición positivista frente al derecho. Para Binding el bien jurídico queda *establecido*, no reconocido, dentro del contenido de la norma jurídica, es inmanente a la norma, cada norma jurídica lleva en sí su propio bien jurídico, se trata de términos inseparables, no hay posibilidad de establecer sus bases más allá del derecho o del Estado, como hacía Birnbaum; por eso, para él, «en la superficie de la desobediencia se esconde la lesión del bien como núcleo», y teniendo entonces en cuenta que para Binding «La negación de obediencia es pues siempre negación del querer de la autoridad, es siempre contravención de un derecho público que corresponde al Estado, aunque a menudo es delegado. La lesión de este derecho subjetivo de sometimiento es la única así llamada lesión jurídica esencial a todos los delitos» (Normen, I, p. 96, 98). Todo lo cual hay que entroncarlo con su teoría de las normas ya analizada,

la norma, como imperativo prohibitivo o de mandato, es lo que se infringe, es lo que se desobedece («no debes matar, hurtar o bien debes socorrer, etc.»), ese desobedecimiento es consecuentemente lesión jurídica de un derecho subjetivo del Estado al sometimiento (conforme al imperativo de la norma), pero al mismo tiempo la desobediencia y esa lesión jurídica implica la lesión de un bien que cada norma concreta tiene como contenido (no debes matar —la vida—, hurtar —el patrimonio—, etc.). Por eso «El ataque al bien jurídico es pues la característica común a todos los delitos en sentido estricto...», y para él el bien jurídico es «todo lo que en sí mismo no es un derecho, pero que en los ojos del legislador es de valor como condición de la vida sana de la comunidad jurídica, en cuyo mantenimiento incólume y libre de perturbaciones tiene interés desde su punto de vista y que por ello hace esfuerzos a través de sus normas para asegurarlo ante lesiones o puestas en peligro no deseadas» (Normen, I, p. 338; Gr., p. 113). Pero el bien jurídico aparece formalizado, es consustancial a la desobediencia y por tanto a la norma, lo que está más allá del derecho y de esta lesión del derecho subjetivo del Estado no interesa (en el mismo sentido posteriormente Rocco, 1932, p. 552, 562); lo importante es pues «lo formal» de la norma, que es una regla de «obediencia» y por tanto también «lo formal» de su lesión, que siempre es una «desobediencia», luego «en qué medida estas lesiones dañan a la sociedad, menoscaban o no sus bienes, queda totalmente fuera de consideración» (Normen, I, p. 186). Como vemos el punto de vista de Binding es diferente al de Birnbaum, para éste los bienes giran en torno al hombre, y por tanto, el hombre es el bien máximo; para Binding en cambio giran en torno al Estado, con lo cual el Estado es el bien máximo. En verdad la importancia de la teoría del bien jurídico queda absorbida en Binding por la teoría de la desobediencia, por la teoría de la norma, en el fondo pierde su carácter limitador autónomo y depende del carácter limitador de la norma, del sistema normativo, con lo cual en el fondo no hay más límite que el que surge de la propia voluntad del Estado (*de derecho*). En definitiva Binding une lesión jurídica, de un solo derecho subjetivo (el del Estado), con bien jurídico, con lo cual *positiviza* (jurídicamente) tanto la teoría del contrato social como fundamentadora de la concepción del delito como lesión de un derecho, como también la teoría de que el delito es lesión de un bien jurídico.

b a b b) Jakobs (Str., p. 27ss.). En la actualidad este autor desde una perspectiva funcionalista sistémica señala que el bien jurídico penal es la validez de la norma y de ahí, por ejemplo, lo que ataca la validez de la norma no es la causación de una muerte, sino la «significación» del comportamiento como negación de la significación de la norma (Str., p. 29). Jakobs con esto retorna radicalmente al positivismo jurídico de Binding; más aún niega una teoría del bien jurídico, que convierte en una teoría de la validez de la norma, lo que es consecuente con su teoría de la pena, dirigida ésta sólo a los efectos internos (véase supra 7 b a).

b a c) Concepción trascendentalista político-criminal

El autor que viene a marcar una nueva vía en la investigación sobre el bien jurídico, de una gran fecundidad hasta hoy, es Franz v. Liszt, para quien «Todos los bienes jurídicos son intereses vitales, intereses del individuo o de la comunidad. No es el ordenamiento jurídico el que genera el interés, sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a bien jurídico» (Str., 4.ª, p. 4). Los bienes jurídicos están más allá del ordenamiento jurídico, están en la vida, surgen de ella, por eso el derecho está en razón de la vida, del hombre, está guiado por un pensamiento final y el fin para v. Liszt es la tarea de la política, y como se

trata de los delitos y las penas, de la política criminal. Luego en el bien jurídico se encuentran derecho penal y política criminal, es el punto de unión para ambas disciplinas. De ahí que v. Liszt señale que el bien jurídico es el «concepto límite de la lógica jurídica abstracta», entendiendo por tal aquel que «pasa del campo de una ciencia al de otra; un concepto al cual la primera está referida sin que lo pueda determinar y fundamentar, ya que no pertenece a esa ciencia, sino a otra», ciencia que para v. Liszt no es otra que la política criminal y por eso con dicha expresión él quiere «recalcar la conexión interna de la ciencia con la política, la necesidad de exigencia y fecundación recíprocas; debe precaver contra un tratamiento puramente formalístico, esto es, exclusivamente lógico-jurídico del derecho» (cfr., p. 138, 139, 140).

Como ningún otro autor, Franz v. Liszt, que incorpora al derecho penal alemán el positivismo naturalista, intenta dar un contenido preciso al bien jurídico, que sirva como límite al jus puniendi y que al mismo tiempo sea un punto de unión entre las diferentes disciplinas que se preocupan del delito y de la pena. El bien jurídico «es el interés jurídicamente protegido», con lo cual se ve en la necesidad de precisar los conceptos de «bien» e «interés»; «interés» es el valor de producción o no producción de una determinada transformación para el sujeto; «bien», a diferencia de aquel interés, aquello para lo cual tal transformación es de valor. Lo que es ese algo, en cuyo interés está la producción o no producción de una transformación en el mundo exterior, el actuar o no de los conciudadanos, eso nos señala la frase: «Todo el derecho está para favorecer al hombre, todo derecho protege intereses vitales del hombre. El ser del hombre es pues el bien jurídico; de las diferentes configuraciones de este ser resulta la división de los bienes jurídicos», en definitiva, pues, para v. Liszt «es el ser humano el bien jurídico, su protección sin excepciones es el último y más elevado objetivo del ordenamiento jurídico. Pero el ser humano aparece ya como ser del individuo considerado aisladamente o como ser único en el conjunto de los ciudadanos» (p. 140, 141, 142, 148).

V. Liszt se coloca en una posición antagónica a Binding, para él los bienes jurídicos giran en torno al hombre y no al Estado, los bienes jurídicos no están en la norma, sino que la norma ha de protegerlos, la norma está al servicio de ellos, y de ahí que estén más allá de la norma, y que el derecho penal no sea suficiente para definirlos y explicarlos y haya que recurrir a la política, en forma precisa a la política criminal. En cierto modo retoma los planteamientos de Birnbaum, pero los despoja de todo *iusnaturalismo* y racionalismo, no es un problema de la naturaleza de las cosas ni de lo que señala la razón pura, sino una cuestión de la vida y de la política, en cuanto se trata de vida organizada, y porque la organización ha de tener por finalidad la vida, el hombre. Por eso todo en el derecho penal, la norma, el delito, la pena y aun la ejecución penal tienen como fin la protección de bienes jurídicos.

De todos modos en la concepción de v. Liszt quedaban una serie de cabos sueltos, que dieron posteriormente origen a una larga controversia, poco fructífera entre los penalistas, y que terminó en una total espiritualización del concepto. En efecto, de todos modos no quedaba clara la diferencia entre «bien» e «interés», ya por el hecho que el interés estaba definiendo al «bien» y además porque v. Liszt utilizaba dichas expresiones indistintamente. Por otra parte, por ello mismo, el propio concepto de bien resultaba demasiado vago e impreciso. Y, además, al colocar el bien jurídico en la lógica jurídica abstracta, aunque sea en su límite, lo desposeyó de toda concreción y paradójicamente de toda realidad social, a pesar de que surgía de la vida (de la realidad social), de ahí también la dificultad de su precisión y la consecuente tendencia a su espiritualización.

b a d) De la espiritualización a la negación del bien jurídico

La espiritualización del bien jurídico se produce por el hecho de la colocación por v. Liszt del bien jurídico en la «lógica jurídica abstracta», pero sobre todo por la influencia del neokantismo en la doctrina penal alemana, en especial de la Escuela Sudoccidental alemana (y en menor medida de la escuela de Marburgo), que para superar al positivismo —y su traspolación mecánica de los conceptos y métodos de las ciencias naturales a las ciencias del espíritu— colocaba como fundamento de estas últimas a la filosofía de los valores.

Diferentes son los autores que llevan a cabo esta tarea, entre los cuales cabe destacar a Honig, por su influencia hasta ahora en la dirección teleológica, y a Schwinge y Zimmerl (que constituyeron la llamada escuela de Marburgo del derecho penal), porque sobre ellos recayó en especial la responsabilidad de sostener la controversia con la escuela de Kiel, de corte nacionalsocialista, que propugnó la desaparición del concepto de bien jurídico.

Para Honig el bien jurídico es «el fin reconocido por el legislador en los preceptos penales individuales en su fórmula más sucinta» o bien «como una síntesis categorial con la cual el pensamiento jurídico se esfuerza en captar el sentido y el fin de las prescripciones penales particulares» (p. 94). Con esto Honig deja desprovisto al concepto de bien jurídico de todo contenido real y concreto, es puro pensamiento jurídico teleológico, simple ratio legis de los preceptos, luego una fórmula vacía a llenar con el correspondiente pensamiento jurídico específico. En definitiva, el bien jurídico quedaba reducido a una categoría interpretativa, perdiendo todo su carácter garantista y, consecuentemente, su carácter de fundamento material del injusto.

En términos semejantes a Honig se expresan Schwinge y Zimmerl. Para ellos «la teoría del bien jurídico en su configuración actual ve en la idea del bien jurídico u objeto de protección aquel concepto fundamental del derecho penal que es expresión para el principio directriz de toda interpretación y constitución de conceptos» (p. 61). Es decir, el bien jurídico es sólo una categoría lógico-formal, su función es sólo interpretativa, con lo cual pierde toda su autonomía y trascendencia dentro del derecho penal. En realidad ya se puede cuestionar la utilidad de seguir discutiendo y manteniendo un tal concepto que queda absorbido dentro de la lógica jurídica en general o bien dentro de una teoría general de la interpretación. Es éste el punto de partida y ataque para la escuela de Kiel.

Los autores de la escuela de Kiel, entre los que destacan Georg Dahm y Friedrich Schaffstein, lanzan una dura crítica contra el bien jurídico, tanto por ser, según ellos, un concepto inútil, en lo cual en cierto modo por el estado a que había llegado la discusión tenían bastante razón, como por su carácter liberal individualista, esto es, por centrarse en el sujeto y en su libertad, con lo cual ponía límites al pueblo y al Estado. Para estos autores lo fundamental es el pueblo, como un ser con vida propia, no como una suma de individuos, el pueblo es una totalidad real (de sangre, suelo, generaciones pasadas, presentes y futuras), por lo cual no se puede separar realidad y valor como hacían liberales, positivistas y neokantianos. Por eso el derecho es el ordenamiento de la vida del pueblo, pero no como una ensambladura de normas exterior, sino de carácter interno y vital, surge del pueblo mismo, del «*espíritu del pueblo*». Derecho y vida no constituyen conceptos contrapuestos, sino que el derecho es la realidad plena de sentido, no empírica. La sociedad entonces no aparece reglada desde fuera, sino que es portadora en sí misma de su propia ley. Por eso el «*espíritu del pueblo*» es la fuente del derecho. El Estado no es más que un intérprete de ese «*espíritu del pueblo*». Luego si el derecho es un orden concreto del pueblo, el delito equivale a un concreto contraste con él, luego a la *fidelidad* del individuo con su pueblo. Por eso el delincuente es siempre

un traidor, se trata sólo de hacer entonces una tipología de los traidores, y lo esencial del delito es la lesión del deber (de fidelidad). El delito no es pues lesión de un bien jurídico, sino lesión del deber (del individuo con su pueblo). Es por eso que Schaffstein señala: «En este sentido la concepción del delito como lesión del deber da al nuevo concepto de derecho penal de voluntad, ya a menudo tan mal entendido, su contenido propio. Del mismo modo como de la esencia de la lesión del deber resulta el contenido del delito, así también la clase de deber y su lesión es línea directriz para la integración de los grupos de delitos individuales constituidos sobre ella» (p. 11). De este modo no sólo se niega el bien jurídico, sino que se borra todo su contenido garantista, ya que el concepto que lo viene a sustituir, la «lesión del deber», por el contrario, está traspasado de autoritarismo. Lo único que interesa es lo social, el pueblo, no el individuo; e intérprete del espíritu del pueblo es el Estado y en definitiva el jefe del Estado, que es el conductor del pueblo, luego la voluntad del pueblo se confunde con la del jefe del Estado, no hay pues ninguna limitación a su voluntad.

b a e) El resurgimiento mediatizado del concepto trascendente del bien jurídico

Es Welzel, el fundador de la teoría final de la acción, quien vuelve a recoger el contenido trascendentalista del bien jurídico, al que define como «*todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones*»; pero además precisa su contenido social al señalar «La suma de los bienes jurídicos no constituye un montón atomizado, sino el orden social, y, por eso, la significación de un bien jurídico no ha de apreciarse aisladamente en relación a él mismo, sino sólo en conexión con todo el orden social» (D. P., p. 15). Con mucha claridad Welzel vuelve a colocar el bien jurídico más allá del derecho y del Estado, quizá todavía con más precisión que el propio v. Liszt. Con lo cual pone nuevamente un límite liberal a la intervención del Estado, ya que al igual como en Birnbaum y v. Liszt, para Welzel ese orden social gira en torno al hombre, a la dignidad de la persona humana. El bien jurídico vuelve a cumplir, en principio, una función fundamentadora y garantizadora.

Pero, sin embargo, Welzel se aparta radicalmente de la orientación iniciada por Birnbaum y v. Liszt respecto a la significación directa e inmediata del bien jurídico para el derecho penal y con ello para la teoría del delito, pues para él esta protección de los bienes jurídicos sólo se puede obtener mediante mandatos o prohibiciones de acción configurados de determinada manera, en otras palabras «La misión del derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares» (p. 15). Lo fundamental, pues, son elementales deberes ético-sociales que sirven de base a los mandatos y prohibiciones. Aquí se vuelve a retomar la orientación de Binding, lo significativo para el derecho penal es la norma y el deber que ella implica (no debes matar, hurtar, etc.). Ciertamente va más allá de Binding, en cuanto el bien jurídico no queda identificado con la norma y está más allá de ella. Pero si bien en eso coincide con v. Liszt, se aparta radicalmente de él en cuanto el derecho penal se agota en su misión en la protección de los deberes ético-sociales expresados en la norma, que absorben entonces totalmente el valor que implica el bien jurídico. Por eso afirma Welzel: «Ante el beneficio permanente que significa la conciencia del ciudadano constantemente fiel al derecho, el mero provecho o daño actual pasa a segundo término» (p. 14).

El bien jurídico en Welzel no tiene una función autónoma dentro del derecho penal, carece de relevancia propia para la configuración de una teoría del delito (del delincuente), y de la pena. Sólo la norma y con ella los deberes ético-sociales tienen importancia. En definitiva, desde un punto de vista dogmático, de la teoría del delito, Welzel aparece como un con-

tinuador de Binding y en caso alguno de v. Liszt, a pesar de que haga un rescate realista del bien jurídico. En definitiva, por otras vías, el bien jurídico queda sólo como un criterio de interpretación de los tipos particulares; ésa podría ser su única trascendencia dogmática propia, por tanto muy pobre, ya que como vía interpretativa entra a confundirse con los criterios interpretativos generales y en esa medida puede discutirse su utilidad dogmática. La mediatización del bien jurídico produce iguales efectos que su espiritualización o bien que el planteamiento de la inmanencia de Binding.

b a f) Las tendencias actuales (político-criminales)

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial ha renacido en forma amplia la teoría del bien jurídico y ha tenido una extraordinaria difusión y aceptación (cfr. Rodríguez Mourullo, D. P., p. 276/277; Polaino Navarrete; Cobo y Vives, D. P., p. 220ss.; Cerezo, D. P., I, p. 15ss.; Bajo Fernández, etc.). Ahora bien, en los últimos tiempos la rediscusión del bien jurídico se ha hecho fundamentalmente desde un punto de vista político-criminal, es decir, se vincula la teoría del bien jurídico, como hacía ya v. Liszt, con los fines del ordenamiento jurídico (y del Estado) y, por lo tanto, con la política y específicamente con la política criminal. Ahora bien, dentro de estas tendencias hay algunas que ponen su acento en una instancia formalizadora de los fines del ordenamiento jurídico, esto es, recurren especialmente a la Constitución, para señalar que allí aparecen recogidos y formalizados los fines del ordenamiento jurídico y del Estado y se preocupan por establecer la relación entre Constitución y derecho penal. De ahí que entre estas tendencias político-criminales, aunque todas se refieran lógicamente y necesariamente a la Constitución, se pueda distinguir, sin embargo, según la intensidad del acento entre tendencias jurídico-constitucionales y tendencias sociológicas.

b a f a) Tendencias jurídico-constitucionales. Entre estas tendencias se pone de relieve que hay dos órdenes de valores dentro del ordenamiento jurídico, uno estaría fijado en la Constitución y el otro en la legislación penal. El orden de valores de lo penal sólo coincidiría en lo nuclear (vida, libertad, patrimonio) con los valores constitucionales, pero habría otros que no estarían estructurados como tales en la Constitución, sin embargo, en todo caso entonces la Constitución fijaría la orientación básica del jus puniendi (así Sax). Dentro de este mismo orden de ideas se destaca por otros (Escrivá, González Rus, Rudolphi, Roxin, Marx, Bricola) que el reconocimiento prepositivo de los bienes jurídicos se encuentra en la Constitución. Es decir, en la Constitución al consagrarse el Estado de derecho, se ha puesto de relieve también la finalidad protectora del Estado y por tanto la obligatoriedad de su vinculación a la protección de determinados bienes valiosos para la vida en común (así especialmente Escrivá, Roxin, Rudolphi, Bricola); en cambio Marx tiende a una total formalización constitucional del concepto de bien jurídico, como inmanente al Estado en cuanto concepto jurídico.

Estas posiciones en mayor o menor medida tienen la tendencia a confundir los derechos fundamentales constitucionales con los bienes jurídicos; así, por ejemplo, en uno de los autores más lúcidos de este grupo, como Bricola, para el cual «el ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una lesión *significativa* de un valor constitucionalmente relevante» y hay que entender como relevancia constitucional de un bien «la asunción del mismo entre los valores explícita o implícitamente garantizados por la Carta Constitucional» (p. 15, 16) (en términos semejantes Escrivá, p. 158).

Ahora bien, en la Constitución y en el derecho constitucional los derechos fundamentales cumplen una función muy específica, que es regular las relaciones entre la sociedad política y la sociedad civil, y por tanto constituir un límite a la intervención del Estado respecto

de los ciudadanos. En cambio, los bienes jurídicos tienen una función mucho más amplia y compleja, pues implican relaciones sociales concretas de los individuos respecto de todos posibles sujetos u objetos que pueden entrar dentro de esa relación, en ese sentido también el Estado, pero no sólo éste. Luego evidentemente no son lo mismo ni tienen la misma función los bienes jurídicos y los derechos fundamentales y libertades consagradas en la Constitución; la tendencia a una identificación total conduce nuevamente a una formalización de los bienes jurídicos, aunque ya no a nivel penal, sino al constitucional y por tanto muy en la línea de las corrientes inmanentistas de Binding o espiritualizadoras de los neokantianos. Ciertamente tiene razón Bricola cuando señala que el valor expresado en un derecho fundamental se encuentra también en un bien jurídico determinado, pero no eso «*exclusivamente*» como dice Bricola, ni respecto a ese bien jurídico determinado, que como relación social es una realidad compleja (en el cual por tanto pueden concurrir diferentes valores) ni tampoco respecto a todos los bienes jurídicos es así necesariamente.

En todo caso estas posiciones, cuando no pretenden caer en una posición formalista, no señalan qué es el bien jurídico, sino solamente establecen las consecuentes y necesarias relaciones entre los bienes jurídicos y los valores consagrados en la Constitución, que evidentemente en un Estado de derecho democrático resulta un recurso ineludible y especialmente significativo por el carácter y naturaleza de la Carta Constitucional (así Escrivá, p. 157).

b a f b) Tendencias sociológicas o sociales. Uno de los primeros en esta dirección es Jäger, para quien «Protección de bienes y configuración de bienes son opuestos inconciliables, pues la protección sólo es concebible racionalmente cuando antes del acto legislativo ya existía un bien vital o cultural. La teoría del bien jurídico se basa por tanto en la premisa que bien jurídico sólo puede ser lo que ya antes era bien (valor social)» (p. 21). Este tipo de planteamiento ha tenido una gran proyección y profundización (así Amelung, Hassemer, Callies, Muñoz Conde, Quintero Olivares, Mir Puig, Octavio de Toledo, Gómez Benítez, entre otros). Entre estos autores Amelung, desde una perspectiva funcionalista, señala que el bien jurídico está constituido por la «dañosidad social», cuya base estaría dada por la contraposición con «las condiciones de existencia social», con lo cual llega entonces a una total formalización social del problema, como una función inmanente al sistema, y por eso expresa que «Aun los tipos que protegen las piedras, las hierbas, los animales o la raza aria satisfacen este requerimiento...», es decir, de desarrollar «una teoría de las condiciones de vida humana en común» (p. 286). Desaparece entonces toda la trascendencia garantista y dogmática de la teoría del bien jurídico y pasa a ser un simple axioma o dogma o bien una perogrullada, a nivel social pasa a ser lo mismo que la posición inmanente de Binding a nivel jurídico. Por su parte Hassemer pretende una teoría del bien jurídico que exclusivamente se preocupe de «proyectar las bases concretas de una política de los bienes jurídicos», lo que significa «desarrollar las condiciones para una política racional de los bienes jurídicos y llamar la atención cuando se afecta conocimientos de la experiencia científica» (p. 245), con lo cual si bien se intenta salvar el aspecto garantista del bien jurídico, su función dogmática queda desdibujada, pues no queda claro qué es el bien jurídico, lo que a su vez viene a afectar su aspecto garantista, ya que no permite precisar determinados presupuestos (el injusto) de la pena.

Para Callies el bien jurídico no es «“sustancialidades” ni “valores” ni “bienes” cuasi cosificados», sino *participación* en la sociedad (p. 143) (en sentido semejante Mir Puig, Intr., p. 137ss.), lo cual tampoco señala lo que es el bien jurídico y, por tanto, el bien jurídico queda imposibilitado de prestar una función dogmática y garantista dentro del derecho penal, si bien es importante recalcar que con mucha claridad Callies señala una condición nece-

saria para la existencia del bien jurídico, como teoría de una sociedad democrática, esto es, la participación. En general los autores últimamente, como Callies, tienden a ir precisando determinadas condiciones necesarias para la existencia del bien jurídico, así Muñoz Conde «presupuestos que la persona necesita para su autorrealización en la vida social» (Intr., p. 48), Quintero Olivares «entramado social en el que los individuos y las cosas se relacionan entre sí formando una compleja red, en cuyo mantenimiento existe una voluntad mayoritaria» (D. P., p. 48), para Octavio de Toledo el bien jurídico da cuenta respecto del Estado de la «tensión progresiva entre los grupos sociales hegemónicos que lo sustentan y los grupos sociales supeditados, entre el mantenimiento inmóvil del sistema social y la lucha por las transformaciones materiales de la sociedad, entre la conservación social y el cambio, entre los “intereses realizados” y los “intereses por realizar”» (Concep., p. 354/355) y para Gómez Benítez «El bien jurídico debe ser, en todo caso y directamente, un concepto de contenido social, es decir, expresión directa de funcionalidad» (p. 111).

En general, todas estas tendencias sociológicas o sociales, que parten de alguna determinada base teórica, ya sea funcionalista o bien interaccionista simbólica y se acercan también a posiciones críticas, tienden sólo a señalar determinadas condiciones para la existencia de un bien jurídico, ya sea en general o en concreto, dentro de una sociedad democrática, o bien a intentar precisar su función garantizadora general; pero al faltar una precisión concreta de su contenido y conexión y ubicación con el sistema social, no aparece suficientemente delineada su función o significación dogmática y por tanto su carácter garantista específico, es decir, en relación a fijar los presupuestos normativos de la pena.

b b) Conclusiones y posición crítica de bien jurídico

b b a) Conclusiones

Como ha quedado reseñado hay tendencias trascendentalistas (jusnaturalistas o bien político-criminales) respecto del bien jurídico, esto es, que lo ponen más allá del sistema jurídico positivo (en el derecho natural o naturaleza de las cosas o bien en la vida social o cultural) y tendencias inmanentistas, que lo colocan dentro del sistema jurídico, en la norma. Ciertamente hay matizaciones, pues hay corrientes trascendentalistas político-criminales que tornan hacia una juridización del bien jurídico por vía de la Constitución y otras que tienden a formalizar el bien jurídico vía sistema social, como inmanente a éste. Ahora bien, las posiciones inmanentistas vacían completamente de contenido y función al bien jurídico, con lo cual éste pasa a ser un concepto inútil, a lo más integrado dentro de criterios interpretativos de los tipos de la Parte Especial o para una sistematización de ellos. Por su parte las posiciones trascendentalistas se encuentran generalmente con problemas a la hora de precisar este concepto que trasciende al derecho, ya por el hecho que está más allá de contenidos jurídicos propiamente tales y también por la circunstancia que al tener que hacer operativo tal concepto para el derecho penal tienen que llenar el espacio conceptual entre bien y sistema jurídico-penal. En otras palabras, precisar su significación dogmática y garantista específica, pues en caso contrario vuelve a convertirse en un concepto sin utilidad, al igual que en las posiciones inmanentistas.

También en relación al bien jurídico se han dado tendencias a su concreción y hacia una espiritualización o formalización del concepto. En general todas las tendencias inmanentistas son formales y abstractas, convierten al bien jurídico en una pura categoría valorativa; pero también dentro de las tendencias trascendentalistas se ha dado la inclinación a una espi-

ritualización o formalización del bien jurídico, ya sea por la vía constitucional o bien por la vía de convertirlo en una categoría (función) simplemente del sistema social. En los últimos tiempos, sin embargo, se advierte una orientación hacia la concreción del concepto, a hacerlo real, pero no tanto en la precisión de su contenido, como en fijar las condiciones necesarias para su existencia en una sociedad democrática.

La evolución de la teoría del bien jurídico señala que también su inutilidad puede surgir a través de su mediatización, ya sea desde un punto de vista inmanente, colocando la contravención al «deber» de la norma en primer término, como es el caso de Binding (y absorbiendo entonces todo el contenido del bien jurídico por el «deber») como también desde un punto de vista trascendentalista, como en el caso de Welzel, en que se coloca en primer término el «deber ético», que absorbe completamente el contenido del bien jurídico. Ello quiere decir que sólo puede ser útil dogmática y garantísticamente un concepto de bien jurídico que se coloque en forma inmediata en relación con el sistema jurídico-penal.

Por último, desde el punto de vista de las conclusiones, es necesario señalar que se puede hacer girar los bienes jurídicos en torno al Estado o al individuo; en general las tesis inmanentistas tienden a hacer girar el bien jurídico en torno al Estado y a éste entonces como el bien jurídico superior. Por el contrario las tesis trascendentalistas llevan la dirección del bien jurídico hacia la persona humana; en lo cual habría que distinguir entre aquellas que consideran a la persona como un individuo, y exaltan por tanto sus características individuales (generalmente predadas) o bien lo consideran como un ente social, y destacan por tanto los procesos de comunicación y convivencia, aunque en ciertos casos esta tendencia social tiende a absorber a la persona humana en un concepto abstracto y totalizador de lo social (el sistema social), como en el caso de Amelung, que corre en el fondo paralelo al de Estado en sentido amplio. Tanto las direcciones estatales como sociales absolutas destruyen los aspectos garantistas y dogmáticos del concepto de bien jurídico, convirtiéndolo en un concepto vacío de contenido propio.

b b b) Concepto crítico de bien jurídico

Desde un punto de vista crítico del bien jurídico tenemos en primer lugar que dilucidar qué es el bien jurídico, es decir, si realmente tiene una autonomía propia, en definitiva, tratar de remover todos los mantos encubridores que recaen sobre él y que impiden clarificar su contenido y sus funciones.

Desde esta perspectiva carecen de utilidad todas aquellas posiciones inmanentistas o que lo hacen girar en torno al Estado o lo social en forma absoluta o que lo convierten en un principio abstracto o espiritualizado o mero instrumento de interpretación. Todas ellas no están en capacidad de señalar qué es el bien jurídico ni tampoco determinar su autonomía conceptual ni sus funciones. Más bien estas posiciones pretenden de algún modo encubrir lo que es el bien jurídico y sus funciones. Luego, la ruta para lograr determinar lo que es el bien jurídico ha sido marcada por aquellas direcciones trascendentalistas que han hecho girar el bien jurídico en torno a la persona humana como ente social y por ello mismo lo han enmarcado dentro de un tipo de sociedad muy determinada, una sociedad democrática y de ahí que ello desde un punto de vista político-jurídico ha implicado tomar en cuenta la respectiva Carta Constitucional.

Ahora bien, no puede bastar decir simplemente que lo social define el bien jurídico o bien un estado o condición social o determinados presupuestos o condiciones de existencia ni tampoco el hecho de la participación social, es necesario ir a una mayor precisión de lo

que es propio a un ser social dentro de una sociedad democrática. Y lo propio es que el ser social (la persona humana) se expresa en ella mediante una relación social concreta y determinada. La relación social es pues lo propio del ser social en una sociedad democrática, por eso el bien jurídico es un concepto propio a una sociedad democrática y no a otro tipo de organización social en que el comportamiento social del sujeto está determinado desde el Estado, desde la religión, desde la moral, etc., es decir, desde el exterior a la relación social misma (aparticipativamente) y no desde la actividad de los hombres. Por eso mismo la relación social expresa siempre una relación dialéctica (dinámica), pues constantemente, por los intereses contrapuestos existentes dentro del desarrollo social, se producirán procesos de tesis, antítesis y síntesis. De ahí que así planteado el bien jurídico no sólo es un concepto crítico respecto del sistema jurídico, sino también respecto del sistema social. De ahí mismo que el bien jurídico expresará siempre momentos históricos de síntesis, que para otro momento ya será sólo una tesis y así sucesivamente. Irán cambiando las posiciones de los sujetos, sus intermediaciones a través de los objetos y su entorno, en ello justamente reside su función especial de garantía a la capacidad creadora de los hombres. Es pues todo lo contrario a una simple categoría, dogma o fórmula puramente conceptual. Como relación social concreta y determinada absorberá por tanto su mundo cultural y también quedará afectada por la ideología, es decir, por los subproductos de la alienación que tienden a disfrazar la realidad. Allí en la relación social concreta están los hombres y su mundo, sus necesidades; son estas últimas las que constituyen la base fundamental de la relación social.

En definitiva el bien jurídico no sólo aparece entonces como un concepto fundamentador de la intervención, sino al mismo tiempo garantizador para el ciudadano, pero además deslegitimador de la propia intervención. Esto último, en cuanto la profundización democrática de las necesidades y su satisfacción, ha de llevar a resolver los conflictos que se produzcan o puedan producirse a través de otros medios que no sean el derecho penal. La descriminalización y la no criminalización aparecen también como consecuencia de la profundización democrática de las necesidades y su satisfacción.

Ahora bien, esos momentos históricos de síntesis son captados desde el Estado mediante el sistema jurídico, en forma precisa es entonces el sistema jurídico-penal el que lleva a cabo una intermediación valorativa en el Estado (en sentido amplio de sociedad política y civil) de determinadas configuraciones de una relación social concreta. Por eso, en definitiva, *el bien jurídico es una síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica*. Luego, un derecho penal democrático sólo puede legitimarse a partir del bien jurídico, porque éste justamente es una concreción del proceso democrático real (cfr. Novoa, p. 112ss.). De ahí que cualquiera otra conceptualización del bien jurídico lo convierte en un concepto vacío e inútil. El bien jurídico es por eso un concepto final, político jurídico (penal y criminal), porque expresa la lucha por la democracia y, por tanto, la lucha por un sistema jurídico-penal democrático, en el fondo la lucha por su continua superación, por eso es un concepto crítico del sistema social y del sistema jurídico-penal (deslegitimador). Así definido, el bien jurídico ciertamente constituye un límite al poder punitivo del Estado, a su intervención sobre los ciudadanos, sobre su actividad social, sólo así puede dar una base material al concepto político general de la necesidad de la pena. Y al mismo tiempo puede dar una base material a los presupuestos de la pena, esto es, servir de instrumento dogmático para fijar el contenido de la tipicidad y de la antijuridicidad (del injusto) (cfr. también Bustos, P. E., p. 4ss.) con lo cual especifica a través de estas categorías su función garantizadora general.

Con esto también queda claro por qué al señalar qué es la pena dijéramos que es auto-

constatación del Estado y que un Estado democrático justamente se constata en su propio sistema, esto es, en las pautas de relación social fijadas por él, esto es, en los bienes jurídicos, ya que él realiza la síntesis normativa. Por eso su función no puede ser otra que la de proteger los bienes jurídicos, en caso contrario el Estado carecería de sentido. Pero al mismo tiempo con eso reconoce su propia relatividad y dinamicidad, pues el bien jurídico ha de ser necesariamente una relación social concreta y dialéctica, es decir, en su fundamento mismo está su crítica, su continua revisión. Por eso mismo señalamos que el sistema jurídico había que considerarlo como un conjunto diferenciado de reglas jurídicas, en que las normas no eran las únicas reglas jurídicas, y en que su propia estructura era compleja, ya que sólo así pueden reflejar la relación social que fijan; en caso contrario son un mero fetiche que no reproduce su proceso de generación. Pena, sistema jurídico (normas y reglas jurídicas) y bien jurídico aparecen así indisolublemente ligados, con lo cual el derecho pasa a ser algo real y no una mera abstracción o una categoría puramente racional.

c) *Principio de la dignidad de la persona*

No se puede dudar que en gran medida la historia actual del derecho penal está ligada al reconocimiento de la dignidad humana. Y en ello ha tenido una gran influencia el derecho natural (cfr. Bloch). Su concepción de un hombre libre e igual, hecho a semejanza de Dios, pone justamente el acento en plantear un límite al legislador, es decir, que ha de reconocer esta realidad y no tratar al hombre como una bestia o animal feroz. El problema del derecho natural, en todo caso, ha sido el carácter demasiado abstracto de sus afirmaciones y su naturaleza metafísica. Por esa abstracción, la dignidad del hombre así determinada resulta poco instrumental para limitar la actividad del Estado y, más aún, al partir de un supuesto axiomático, no comprobable en la realidad, permite al Estado cualquier ataque a la persona concreta y a su dignidad concreta.

Justamente el mérito de la Ilustración, como recalca Bloch (p. 14), fue el haber puesto de manifiesto que no es posible la dignidad del hombre sin poner término a la necesidad. En otras palabras, el examen del hombre concreto señala desigualdades y sometimientos que si no se consideran en cuanto tales, revierten en una mayor afección a la dignidad de la persona. Es por ello que el legislador no puede someter a un mismo tratamiento a un menor que a un adulto, a un indígena que al sujeto adaptado al mundo civilizado. Pero no sólo eso, sino que además tiene que considerar todos los diferentes condicionamientos sociales y económicos que provocan una determinada conducta, así como los de carácter cultural.

Por otra parte, los medios utilizados por el legislador no podrán atentar contra la dignidad concreta de la persona, es decir, no deben convertirse en elemento de sometimiento y desigualdad, de mayor miseria y necesidad. De ahí la abolición de la pena de muerte, la proscripción de la tortura y la crisis que sufre la pena privativa de libertad.

La Constitución de 1978 ha expresado su reconocimiento a la dignidad de la persona en el art. 10.1 y, consecuente, ha reconocido al mismo tiempo un amplio conjunto de derechos humanos, estableciendo además un criterio progresivo de interpretación sobre la base de la Declaración de los Derechos Humanos y los acuerdos y tratados al respecto (10.2). La dignidad de la persona pasa a ser fundamento del orden político y de la paz social (10.1).

La dignidad de la persona humana aparece pues como el último y fundamental límite material a la actividad punitiva del Estado. Sin él el límite de la necesidad de la intervención y del bien jurídico no tendrían sentido, ya que tanto la necesidad de la intervención como el bien jurídico se podrían construir exclusivamente en torno al Estado, con lo cual se socava-

rían todos los principios garantistas. Por eso el bien jurídico sólo es comprensible como «relación social concreta», es decir, como actividad y situación de hombres concretos, cuya calidad de tales ha de ser respetada y reconocida por el Estado. Es por eso que así como el bien jurídico es esencial para la configuración del injusto (el delito), en cambio, la dignidad de la persona es fundamental para la configuración de la teoría del «sujeto responsable» (la teoría del delincuente), que hasta hoy en general se engloba bajo el término culpabilidad (cfr. s.T.C. que ligan el principio de presunción de inocencia con la teoría del sujeto responsable —culpabilidad—, 10/5/85; 31/5/85; 27/11/85; 14/2/86; 23/4/86; 21/5/86). El principio de necesidad de la pena, por su parte, es un principio general, que se suma supletoriamente a estos dos fundamentales y que viene a regular limitativamente aspectos concretos y puntuales de la actividad del Estado en relación al delito y al delincuente. Sólo así la dogmática penal aparece constituida no sólo por elementos formales conceptuales, sino también por aspectos político-criminales, sólo así se puede evitar que se configure como un conjunto de axiomas o verdades absolutas.

Ahora bien, dentro del principio de dignidad de la persona hay que diferenciar dos aspectos. Uno referido a la esencia misma del sistema estatal actual y que proviene del planteamiento de Kant, en el sentido de que la persona es una fin en sí y no puede ser medio para otro fin. Es el principio de la autonomía ética de la persona, que implica su reconocimiento como tal dentro del sistema estatal. Como principio básico del sistema democrático aparece como fundamento de la intervención del Estado sobre el ciudadano concreto y, por tanto, de la teoría de la responsabilidad dentro del derecho penal. Pero junto con ser fundante es también un principio garantista, esto es, pone límites a esa intervención, en cuanto el Estado no puede cosificar ni manipular a la persona, sino reconocerle su autonomía ética (cfr. s.T.C. 11/4/85: «...la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva la pretensión al respeto por parte de los demás»). Pero al mismo tiempo es un principio que en su desarrollo sirve para la deslegitimación progresiva de la intervención del Estado, en cuanto tal autonomía ética, implique cada vez más un vaciamiento del contenido coactivo de la intervención, justamente por su contradicción con esa autonomía ética de la persona (que hoy superada ya casi la discusión sobre la pena de muerte, es lo que sucede con la pena privativa de libertad).

Otro referido al principio de la incolumidad de la persona como ser social (o principio de humanidad), esto es, la intervención no puede atacar a la persona en las características propias que configuran su dignidad de persona (por eso se habla de la humanización de la intervención). Este principio está referido sobre todo a la teoría de la pena e implica límites sustanciales a las clases de penas, a su determinación y a su ejecución. Está expresamente concretado en el art. 15 C. E. (nadie puede ser sometido a «tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes») y también en el art. 25.2 (ver infra 81 bis).

CAPÍTULO IX

BIEN JURÍDICO E INJUSTO

32. La trascendencia del bien jurídico: *a)* Bien jurídico e injusto; *b)* Bien jurídico y desvalor de acto y de resultado (desvalor de relación social). 33. La tipicidad: *a)* Conceptualización; *b)* Funciones del tipo legal: *b a)* Función garantizadora; *b b)* Función indiciaria; *b c)* Función motivadora. 34. La antijuridicidad. 35. Clasificación de los delitos: *a)* Según la modalidad de la realización; *b)* Según la relación con los sujetos del delito: *b a)* Según el número de sujetos; *b b)* Según la incidencia del sujeto en el injusto. *c)* Según su forma de consumación; *d)* Según su naturaleza; *e)* Según su forma de afectar el bien jurídico: *e a)* Los delitos de lesión; *e b)* Los delitos de peligro.

BIBLIOGRAFÍA. *Lit. española:* BARBERO SANTOS, Marino (1973): Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto, *en* ADP, t. XXVI; BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1982): Política criminal e injusto, *en* Bases críticas de un nuevo derecho penal, Temis, Bogotá; — (1987): El injusto personal: primer nivel del principio de culpabilidad, *en* Control social y sistema penal, PPU, Barcelona; CEREZO, José (1982): El delito como acción típica, evolución del concepto dogmático de tipo, *en* Homenaje a Antón Oneca; ESCRIVÁ, José María (1976): La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal, Barcelona; — (1980): Algunas consideraciones sobre Derecho Penal y Constitución, *en* Papers 13; HORMAZÁBAL, Hernán (1984): Política Penal en el Estado Democrático *en* ADP; HUERTA TOCILDO, Susana (1984): Sobre el contenido de la antijuridicidad, Tecnos, Madrid; GUALLART, Alfonso (1982): la significación del resultado en los delitos culposos en el Derecho Penal español, *en* Homenaje a Antón Oneca, Salamanca; MIR PUIG, Santiago (1973): Los términos «delito» y «falta» en el Código Penal, *en* ADP; — (1982): Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho, Barcelona; — (1988): Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto, *en* ADP; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (1977): El «resultado» en la teoría jurídica del delito, *en* CPC, I; SUÁREZ MONTES, Fabio (1974): Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre?, *en* Festschrift Welzel; TORÍO, Ángel (1981): Los delitos de peligro «hipotético», *en* ADP.

Lit. comparada: BUSTOS RAMÍREZ, Juan y POLITOFF, Sergio (1970): Los delitos de peligro, *en* RCP, t. XXVII; GALLAS, Wilhelm (1972): Abstrakte und konkrete Gefährdung, *en* Heinitz Festschrift; KAUFMANN, Armin (1954): Lebendiges und Totes in Bindings-Normtheorie, Göttingen; — (1974): Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, *en* Festschrift Welzel; STRATENWERTH, Günter (1975): Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, *en* Festschrift Schaffstein; ZIELINSKI, Diethart (1973): Handlungsunwert und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff.

32. LA TRASCENDENCIA DEL BIEN JURÍDICO

a) Bien jurídico e injusto

Señalamos anteriormente que el bien jurídico (vid. supra párr. 10 b) es una *fórmula normativa sintética concreta de una relación social determinada y dialéctica*. Así individualizado el bien jurídico, como algo concreto, pero que al mismo tiempo da cuenta de la vida del cuerpo social, surge como una síntesis normativa (fijada por el ordenamiento jurídico) de una relación social determinada y dialéctica. Es decir, donde hay varios sujetos en juego, condicionados entre sí, en conexión con objetos, con un quehacer social y adoptando determinadas formas y modos. El ordenamiento lo único que hace es entonces fijar o seleccionar ciertas relaciones, dentro de las cuales a su vez la norma prohibitiva o de mandato selecciona un determinado ámbito de ellas. Así, por ejemplo, el ordenamiento ha seleccionado como relación social la relación matrimonial monogámica (en virtud de todo un desarrollo cultural y estructural de las sociedades determinadas por el sistema europeo), dando lugar a una serie de reglas jurídicas (con diversas valoraciones) a su alrededor, y una norma concreta, la prohibitiva, fija un determinado ámbito de lesión de dicha relación, especificando unas intercomunicaciones entre los sujetos y los objetos y el espacio y tiempo en que se mueven. El ordenamiento jurídico y la norma concreta tiene entonces que, además de seleccionar y fijar (en lo que interviene el Estado con sus diferentes procesos ideológicos), reproducir un contenido de ese bien jurídico, que es el de la vida social (con su pasado, presente y futuro) de los individuos.

El bien jurídico así precisado aparece como un principio *garantizador de carácter cognoscitivo*; la sociedad toda y cada sujeto en particular por su intermedio sabe claramente *qué* es lo que se está protegiendo y además tiene la posibilidad de examinar las bases sobre las cuales se asienta esa protección y puede entonces hacer una revisión del *porqué* de la protección. En esa medida el bien jurídico permite un sistema crítico y participativo extensivo a las bases mismas de sociedad, a lo cual no puede estar ajeno el jurista.

Lo injusto, y, por tanto, el delito, giran alrededor del bien jurídico. Es el criterio determinante en los dos ámbitos en que se expresan: la tipicidad y la antijuridicidad; ni el contenido de la tipicidad ni de la antijuridicidad surgen entonces gracias a un planteamiento ontológico o metafísico. La tipicidad abarca un determinado ámbito social, en que la acción del sujeto activo es sólo un proceso de comunicación significativo dentro de él, condicionado por la interacción del sujeto pasivo y el marco de significación social en que tal proceso transcurre. Por su parte en la antijuridicidad hay que considerar el complejo de valoraciones y, por tanto, de reglas jurídicas que giran en torno al bien jurídico y sus transformaciones por las afecciones producidas en las relaciones sociales.

El bien jurídico determina pues lo injusto y, por tanto, el delito; el delito no es sino lo injusto para el ordenamiento jurídico, su contenido está dado por la tipicidad y la antijuridicidad (cfr. Mir, quien llega a concluir que la voz «delito» en el C. P. español es justamente igual a tipicidad y antijuridicidad, p. 319ss.). La culpabilidad no es contenido del hecho ni del injusto y tampoco por tanto del delito, sino que está referida al sujeto responsable; bajo dicha denominación lo que se encubre es una determinación del sujeto responsable y no del injusto o delito.

b) *Bien jurídico y desvalor de acto y de resultado (desvalor de relación social)*

El bien jurídico hemos señalado que implica diferentes valoraciones que configuran diferentes reglas jurídicas. Entre ellas, en primer lugar, están las normas, ya sean prohibitivas o de mandato, que implican la valoración de un acto, y no puede ser de otra manera, pues las normas no pueden prohibir o mandar resultados (p. ej., que la gente no muera o que llueva), sino sólo actos (cfr. Kaufmann, Armin, 1954, p. 69ss.). De ahí que desde un punto de vista valorativo, la tipicidad es el ámbito del desvalor de acto. Tal aserto es innegable y es uno de los grandes méritos de la teoría finalista, haber dado de este modo un contenido material a la tipicidad, hasta ese momento de carácter formal y abstracto dentro del sistema Liszt-Beling, que Mezger intentó superar, pero a costa de no poder distinguir ya entre tipicidad y antijuridicidad. De lo que se trata no es de describir una actividad simplemente, sino de describir la actividad en su desvalor (cfr. Kaufmann, Armin, 1974, p. 411ss.), esto es, en su relación con el bien jurídico, desde el bien jurídico. Por eso no se trata de un desvalor ético-individual, como sucede en el sistema de Welzel, sino un desvalor social objetivo, conforme a cómo han de darse las relaciones sociales. El finalismo al mediatizar el bien jurídico, independizó de éste el desvalor de acto y lo convirtió en un desvalor ético individual (mero valor de conciencia), a considerar desde el individuo y un mundo ético metafísico, con lo cual absolutizó el desvalor de acto (dejó de considerarlo una actividad real desde y para un bien jurídico) y prescindió de toda otra valoración en relación al bien jurídico, en específico del desvalor de resultado.

El afirmar el desvalor de acto como contenido de la tipicidad, no significa constatar la prescindibilidad del desvalor de resultado (cfr. Stratenwerth, Str., p. 183). El causalismo, por su concepción causal y preocupación por el resultado, sólo había destacado el desvalor de resultado; el finalismo resaltó el desvalor de acto, pero al absolutizarlo llegó a prescindir de aquél (cfr. Zielinski, p. 142ss.).

Junto a la tipicidad hay que considerar además la antijuridicidad. Ciertamente se podría apreciar la antijuridicidad de un modo exclusivamente formal y negativo, esto es, que una acción típica es antijurídica si considerado el ordenamiento jurídico en su totalidad no hay una norma permisiva. Pero con eso en el fondo se está planteando que lo injusto lo constituye exclusivamente la norma prohibitiva o de mandato, ya que si no hay una norma permisiva, lo único que permanece es la norma prohibitiva; un juicio meramente negativo para establecer la antijuridicidad lleva a eso. Toda teoría estrictamente normativa, que formalice (así Binding y hoy Jakobs) o mediatice el bien jurídico (así Welzel) considera consecuentemente sólo el desvalor de acto como lo único fundamental o lo que es lo mismo al considerar sólo el deber del ciudadano, sólo mira al aspecto ético del acto, en el fondo el bien jurídico no juega papel alguno y se sigue con la antigua teoría que el delito infringe un derecho (deber) subjetivo.

Por otra parte, de este modo, norma permisiva y norma prohibitiva aparecen como dos órdenes separados, sin ligazón entre sí, cuando la realidad es totalmente diferente, en caso contrario no podrían estarse refiriendo a un mismo objeto, y no podrían encontrarse nunca. Falta, pues, un elemento de convergencia que llene todo el contenido material de la antijuridicidad y todo el complejo de valoraciones que ella implica. Ese elemento es, naturalmente, el bien jurídico, que no sólo da contenido a la tipicidad, sino también a la antijuridicidad, en cuanto no sólo considera valoraciones en relación a determinadas circunstancias que se pueden dar al actuar (causas de justificación o normas permisivas), sino también respecto de afecciones a su elemento constitutivo mismo, la relación social. En este último caso se tra-

ta justamente del desvalor de resultado, que permite establecer positivamente la antijuridicidad y con ello también lograr una mayor precisión y graduación del injusto, conforme a la mayor o menor intensidad de la afección al bien jurídico (cfr. Stratenwerth, p. 178ss.). Sólo mediante el desvalor de resultado se puede establecer una conexión entre norma prohibitiva y permisiva; sólo mediante él se puede tomar en cuenta todo el ordenamiento jurídico; una valoración necesita primeramente de un objeto y éste no es la acción, que ya fue valorada por la norma y no podrá ser valorada nuevamente. *Actividad y afección real, desvalor de acto y desvalor de resultado son indispensables para configurar lo injusto* (en el mismo sentido Huerta, p. 60): el desvalor de acto da contenido a la tipicidad, el desvalor de resultado da contenido a la antijuridicidad (y así se responde a la realidad social, ciertamente es grave una acción destinada a matar a un hombre pero no es lo mismo desde un sentido social si lo mata o no, la muerte de un hombre implica siempre una conmoción profunda en el mundo social). Por eso los finalistas en España han sido heterodoxos, ya que siempre han destacado el papel del resultado en el injusto (cfr. Suárez Montes, p. 389ss. y Cerezo Mir, D. P., p. 445ss.).

Así se logra un preciso reordenamiento de lo injusto. Sería erróneo afirmar que el desvalor de resultado da contenido a la tipicidad: todos sus efectos y consecuencias llevarían al absurdo y desvirtuarían la función de la tipicidad, que pretende precisar el acto humano dentro de un ámbito social. También sería erróneo que desvalor de acto y de resultado dieran contenido a la tipicidad: con ello se mezclan diferentes niveles de análisis y no se permite clarificar lo injusto. Pero tampoco sería exacto afirmar que el desvalor de acto, que sólo da contenido a la tipicidad lo es todo, con ello se formaliza la antijuridicidad, se la absorbe materialmente por la tipicidad y se confunde también los niveles explicativos, teniendo que llegarse a soluciones totalmente ajenas a la realidad social. *El desvalor de resultado* tiene, también, al igual que el desvalor de acto, una *función garantizadora*, no entran en consideración afecciones ideales o presuntas de los bienes jurídicos, sino sólo las efectivas. Se evita toda tendencia a castigar simplemente las ideas, los pensamientos o la pura peligrosidad del autor; sólo así se garantiza que lo que se protege no son determinadas visiones del universo, sino al hombre concreto dentro de una relación social concreta. No basta, pues, con la función garantizadora de la tipicidad, menos todavía con la simplemente formal al estilo de Beling, es necesaria además la *función garantizadora de la antijuridicidad*, que no se cumple mediante una concepción exclusivamente formal de ella.

En definitiva, entonces en el injusto se da un complejo de valoraciones en torno al bien jurídico, desvalor de acto, desvalor de resultado y valoración de determinadas circunstancias en que se da un acto (en contra Mir, para quien, sobre la base de la prevención general y la teoría de los elementos negativos de tipo, el injusto se fundamenta sólo en el desvalor de acto, 1982, p. 65ss.). En verdad todas estas valoraciones y desvaloraciones se subsumen o surgen desde el bien jurídico y, por eso, en el fondo se puede decir que la valoración o desvaloración base es justamente la referida a la relación social, es desde el desvalor de relación social que surgen todas las otras (también las valoraciones de circunstancias que implican las causas de justificación). El bien jurídico implica que dentro de un determinado Estado social y democrático de derecho las relaciones (aunque siempre sujetas a revisión y transformación crítica) han de darse de determinada forma, es por eso que se produce una desvaloración cuando ello no sucede, lo que implica diferentes niveles de consideración valorativa de tal variación en las relaciones sociales, conforme a su contenido heterogéneo y complejo.

33. LA TIPICIDAD

a) *Conceptualización*

La tipicidad, como ya dijimos anteriormente, es el primer aspecto del delito. Lo que interesa no es determinar la acción en sí o la acción ontológicamente, sino determinar cómo, o la forma como se vincula el sujeto social en cuanto ello afecta a la relación social misma. Esto implica que esas formas de entrar en relación son variadamente significantes y están plenas de diferentes determinaciones, esto es, que además de poder examinarlas en su proceso objetivo o físico, tienen un contenido significativo pleno, para que alcancen justamente el carácter de vinculación social. Por eso la tipicidad, al recoger en los tipos las formas por medio de las cuales el sujeto se vincula, lo hace en la totalidad de su contenido: social, psíquico y físico (y además dialéctico e interrelacionado). Luego, el *tipo legal* no sólo describe acciones u omisiones, sino que *es la descripción de un ámbito situacional determinado y la tipicidad*, consecuentemente, es la configuración en la realidad de esa descripción, lo que implica un proceso de subsunción del complejo real en la prescripción abstracta y general del tipo legal.

Así, aun en el caso más simple del tipo legal de homicidio hay un «otro» y un ámbito social que rodea a «quien» *mata* y al «otro», esto se hace más patente en cualquier otro tipo legal, aun de aquellos contra la vida, así en el infanticidio, ha de tratarse de un «recién nacido», tiene que ser para «ocultar la deshonra» y «el quién» sólo puede ser la madre o los abuelos maternos, es decir, se describe un ámbito situacional, no simplemente una acción (lo mismo sucede con los tipos legales de omisión y todavía con más claridad), con un tiempo, un espacio y con determinadas vinculaciones sociales.

Ahora bien, ciertamente lo que da sentido social a esa descripción de un ámbito situacional es la determinación de la forma de comunicación (la comunicación es siempre significativa) entre los sujetos. Por eso la norma, prohibitiva o de mandato, en su aspecto valorativo está dirigida a esas formas de comunicación, la acción o la omisión. El derecho no está en situación de prohibir o mandar hechos físicos y ni siquiera psíquicos, sino únicamente que en una determinada situación concreta no se dé una determinada forma de comunicación (acción u omisión). El derecho sólo puede mandar o prohibir formas de comunicación de los sujetos (con lo cual fija en la relación social determinadas posiciones de los individuos y objetos y al mismo tiempo interacciones entre ellos).

La acción y la omisión adquieren así un contenido real y objetivo, en definitiva, social, no son el producto de una determinada concepción ética o metafísica, no son el mero producto de la conciencia individual del sujeto, sino el producto de una relación social, de una consideración desde el bien jurídico. No es la conciencia individual ética del individuo lo que interesa dilucidar, sino la forma como han de darse las comunicaciones dentro de una relación social. No se parte, pues, desde el individuo, sino desde la relación social, desde el bien jurídico. El juicio de valor no está en la cabeza del individuo, sino en el bien jurídico, *el juicio ex ante* valorativo no es desde la cabeza del individuo o de quien lo sustituya, sino desde el bien jurídico. Por eso, entonces, tales formas de comunicación social tienen que ser consideradas en su totalidad; luego, en sus aspectos sociales, psíquicos y físicos. Así, es posible que dichas acciones u omisiones no sean típicas, ya sea porque faltan en ellas características físicas u objetivas, psíquicas o subjetivas, y también en consideración a su falta de significación social.

La tipicidad está compuesta de elementos (o características) de diferente naturaleza, algunos predominantemente descriptivos, otros normativos y también subjetivos. En la ac-

tualidad se tiende (por influencia del planteamiento finalista) a distinguir entre aspecto objetivo y subjetivo en la tipicidad; pero ello no resulta adecuado, pues se basa, por una parte, en un planteamiento anatómico de la tipicidad, olvidando que ésta es una unidad de sentido y que la distinción en elementos descriptivos, normativos y subjetivos, sólo tiene por objetivo poner el acento en los problemas especiales que surgen desde estas perspectivas. Y por otra, tal división se fundamenta en la subsistencia de la causalidad como elemento básico de la tipicidad (como objetividad categorial u ontológica autónoma, que permite por eso esta división falsa entre lo objetivo y lo subjetivo en la tipicidad); pero la causalidad es en todo caso un problema ajeno a la tipicidad, como ya hemos señalado (ver supra) y, por tanto, no juega rol alguno en la tipicidad. Lo que interesa en la tipicidad no son los procesos causales, sino los procesos valorativos de atribución de una constelación de circunstancias interactivas realizadas respecto de un determinado tipo legal (ver infra 36 a a).

Por otra parte, ya la tipicidad tiene que aparecer dividida en dos estructuras diferentes, por la significación social completamente distinta de las dos formas de comunicación, la acción y la omisión. Si bien ambas son formas de comunicación social, sus estructuras son diferentes, como A y no-A, en el decir de Radbruch. Ello implica que se debe estudiar por separado el delito de comisión y el de omisión. Pero no sólo es ésa la distinción que es necesario hacer, ya que también dentro de los delitos de comisión y de omisión se dan estructuras diferentes, que no se pueden igualar, pues ello llevaría a la arbitrariedad y en el fondo a pasar por alto el principio del *nullum crimen nulla poena sine lege*. A veces, el ordenamiento jurídico pone el acento en la dirección misma de la comunicación y en otras ocasiones en los riesgos que ella puede entrañar para los bienes jurídicos. Por eso, en un caso se habla de dolo y en el otro de culpa, como dos estructuras diferentes, luego en los delitos de comisión y omisión, a su vez, hay que distinguir entre los dolosos y los culpables.

b) *Funciones del tipo legal*

b a) *Función garantizadora*. Como ya lo dijera Beling, el tipo legal no es sino una concreción del principio del *nullum crimen nulla poena sine lege*; más aún, sin él no tendría sentido, pues le faltaría la determinación al precepto legal, que podría ser tan amplio y vago que implicara el total desvalimiento del ciudadano frente al Estado. El tipo legal obedece, pues, al pensamiento de determinación o por lo menos de determinabilidad precisa de la descripción del ámbito situacional a que se refiere la norma, de modo que quede totalmente claro al ciudadano *qué* es lo que se está prohibiendo o mandando.

b b) *Función indiciaria*. La realización del tipo legal implica un indicio de injusto o bien, un indicio de existencia de un delito, es sólo *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad. Ello porque la tipicidad sólo indica una primera desvaloración del hecho, pero no el complejo desvalorativo que implica el ordenamiento jurídico. En contra, como vimos, la teoría de los elementos negativos del tipo (y las posiciones de Mezger y Sauer) para la cual la tipicidad es *ratio essendi* de la antijuridicidad, en cuanto las causas de justificación están ya contenidas en el tipo como elementos negativos, con lo cual se da un solo nivel valorativo y no varios (cfr. crítica Cerezo, p. 167ss.).

b c) *Función de instrucción*. El tipo legal como parte de la norma instruye a los ciudadanos respecto de cuál es la relación social considerada significativa por el Estado (con

lo cual tiene una función cognoscitiva respecto de los ciudadanos y al mismo tiempo permite hacia el futuro una rediscusión del bien jurídico protegido en cuanto tal o en su extensión), y por ello mismo señala previamente qué comportamiento no debe ser llevado a cabo para la solución de un conflicto social, y que por eso le impone pena («El que matare a otro será castigado, como homicida, con la pena de reclusión menor», art. 407 C. P.). En este sentido exclusivamente la norma penal y el tipo legal previenen de modo general: tienen una función de prevención general, en cuanto previamente para la protección de los bienes jurídicos, instruyen a los ciudadanos respecto de cuál es la solución para un conflicto social que no es aceptada por el Estado (pero entonces esta función de prevención general no está marcada por el ideal de motivación, que resulta antigarantista al presumirse como dado, sino sólo por el principio garantista de conocimiento por parte del ciudadano respecto de su quehacer social). En definitiva se podría decir que se trata de una prevención general cognoscitiva, que por ello mismo implica los principios garantistas propios a la tipicidad (sólo se responde por hechos, por hechos determinados, y en relación a los cuales hay una norma previa).

34. LA ANTIJURIDICIDAD

Desde una perspectiva *formal* se puede señalar que la antijuridicidad es la *contravención del hecho típico con todo el ordenamiento jurídico*; por eso se puede decir que mientras la tipicidad es antinormatividad (contradicción de la norma prohibitiva o de mandato), la antijuridicidad implica contrariedad con el ordenamiento jurídico. Por eso lo injusto vendría a ser en este sentido la antinormatividad concretada en una contrariedad con el ordenamiento jurídico (cfr. supra párr. 3 f).

Evidentemente, así entendido el injusto, podría deducirse que sólo tienen un carácter puramente formal lo antinormativo y lo antijurídico. Pero así como es cierto que la única manera de concretar el desvalor, y con ello el contenido y significación de la tipicidad, es mediante la norma (prohibitiva o de mandato), tampoco es menos cierto que lo fundamental, desde un punto de vista *material* es el desvalor de acto concretado, esto es, la determinación de lo prohibido o mandado en un cierto ámbito situacional. Algo similar sucede en la antijuridicidad. Si bien es verdad que sólo mediante la consideración de *todas* las reglas del ordenamiento jurídico —luego mediante el ordenamiento jurídico en su conjunto—, se puede llegar a la antijuridicidad, en cuanto todas esas reglas han de tenerse en cuenta para señalar que hay un injusto o delito, no es menos cierto que ello no es lo determinante. Si así fuera bastaría realmente con señalarlas negativamente en relación a la norma que se concreta en el tipo; tendrían en verdad razón los autores que sostienen la teoría de los elementos negativos del tipo. En esa medida no se podría hablar de tipicidad y antijuridicidad, sino de lo típicamente antijurídico, no habría posibilidad alguna de distinción. Pero como, con razón, decía Welzel, «no habría diferencia entre dar muerte a un hombre en legítima defensa y dar muerte a un mosquito» (D. P., p. 119). Sería quedarse en el mero plano de la norma (prohibitiva o de mandato) y considerar las reglas permisivas como meras notas negativas.

Es decir, no basta entonces con señalar que la antijuridicidad implica la consideración de todo el ordenamiento jurídico; con ello ciertamente sólo se da una respuesta *formal* a la teoría de los elementos negativos del tipo —en sí misma insuficiente—, pero no una respuesta *material*. Por otra parte, implica quedarse en el plano del desvalor de acto exclusivamente, con lo cual se llega a una distorsión completa del ordenamiento jurídico como ordenamiento social, se llegaría a un absurdo parecido al ejemplo de Welzel del mosquito, que daría lo mis-

mo la muerte o no de un hombre, su muerte no agregaría absolutamente nada (cfr. así, Zielinski, p. 128ss.; en contra Bustos, p. 75ss.).

El punto de partida *material* respecto de la antijuridicidad no puede ser el conjunto de reglas jurídicas del ordenamiento jurídico, sino justamente lo que se desvalora y la concreción de esa desvaloración, lo que sólo puede surgir entonces desde el bien jurídico. En otras palabras, para que pueda plantearse la antijuridicidad de un hecho típico no basta con la concreción desvalorativa en un acto, sino que además es necesario que desvalorativamente a ese acto se le pueda imputar desde el bien jurídico una afección real a éste, que puede consistir en su lesión (vg. matar, herir) o bien en su puesta en peligro (vg. abandono de un niño). La perturbación del bien jurídico, esto es, el *desvalor de resultado*, es lo que permite en definitiva entrar a considerar desde un punto de vista *material* a todo el ordenamiento jurídico, a considerar autónomamente todas las reglas jurídicas. La antijuridicidad es, pues, la *contravención del hecho típico con todo el ordenamiento jurídico en virtud de una afectación efectiva del bien jurídico*. Si esa afectación no se da no tiene ya sentido hablar de contravención con el ordenamiento jurídico, tal contravención sólo puede surgir en la medida que se afecta un bien jurídico, éste es el punto central y básico de la antijuridicidad, el que hace surgir su complejo de valoraciones. La tipicidad implica antes que nada desvalor *social* de acto dentro de un ámbito situacional dado (esto es, como base de significación el bien jurídico) y la antijuridicidad, primeramente, desvalor *social* de resultado dentro de un determinado ámbito de reglas jurídicas (esto es, también como base de significación el bien jurídico). Preciado el desvalor social de resultado, se puede entrar a analizar todas las demás valoraciones que surgen de otras reglas jurídicas dentro del ordenamiento jurídico en su totalidad, en especial aquellas que valoran la concurrencia de determinadas circunstancias al momento de realización del comportamiento típico, esto es, las causas de justificación.

Sólo así, entonces, se logra completar a nivel de injusto las garantías respecto del ciudadano, en el sentido de que no basta sólo con la determinación o determinabilidad del ámbito situacional y con ello del comportamiento, sino también ha de regir el principio «*nullum crimen sine iniuria*», esto es, no hay delito sin una determinada lesividad o afección del bien jurídico (cfr. Cobo-Vives, D. P., 219s.; Mantovani, D. P., p. 183ss.; Fernández Carrasquilla, D. P. F., p. 24s., 74). Tipicidad y antijuridicidad se complementan desde el punto de vista de las garantías. Esta relación garantista que surgió de la antijuridicidad en base al bien jurídico tiene además consagración constitucional, como ha señalado Escrivá, en especial en relación a los arts. 15.1.1 y 10.1 de la Constitución, que se refieren justamente a la incolumidad de determinados bienes fundamentales (cfr. Escrivá, 1980, p. 157ss.; también s. T. C. 31/3/81). El resultado, considerado entonces no en forma natural (así Rodríguez Ramos, p. 61), sino jurídico o normativo, esto es, de desvalor (lesión o puesta en peligro; en el mismo sentido Huerta, p. 24), aparece como indispensable desde el punto de vista *conceptual y garantista*. Sólo así se puede excluir la tendencia a castigar a una determinada concepción moral o cosmovisión (sea individual, colectiva o estatal), que va ligada necesariamente a una concepción del sólo desvalor de acto en el delito. De ahí, como repercusión específica, la exclusión de los llamados «delitos sin víctima», esto es, aquellos en que no hay un sujeto afectado, como es el caso de la homosexualidad voluntaria entre adultos o el excesivo consumo de droga; tales hechos sólo podrían castigarse no en razón de su lesividad, sino en virtud de una determinada concepción ética o de intervención estatal, con lo cual ciertamente se trasgrede el art. 1.1 de la Constitución que establece la libertad individual como derecho fundamental superior y necesario para un desarrollo autónomo de la persona humana, planteamiento que en un Estado social y democrático de derecho no sólo ha de ser estructural, sino también de ca-

rácter ético. Con lo cual, entonces, el principio de «nullum crimen sine iniuria», permite una determinación más precisa del rol y significación de la víctima en el campo del derecho penal. Por otra parte, de este modo se excluye toda clase de presunciones del ámbito del derecho penal, no sólo en cuanto es necesario dolo o culpa (pertenecientes al desvalor de acto), sino además es necesario que se produzca una *afección real a un bien jurídico*. Por tanto no es posible el castigo por delitos de mera sospecha (p. ej. el castigo de la sola posesión de ganza del art. 509; acertadamente el T. C. ha señalado que esta disposición no es inconstitucional en sí, pero lo es aquella interpretación que estime que la posesión de tales instrumentos presume mal uso o la tendencia o finalidad a ello, pues se invierte el peso de la prueba, con lo cual se contraviene la presunción de inocencia del art. 24.2, luego ha de probarse la idoneidad de los instrumentos y su especial destinación o destino por parte del poseedor, s. T. C. 8/6/88). La LO 3/1989 de 21 de junio ha modificado este precepto en el sentido dado por el T. C. Con razón s. T. C. 18/2/88 señala que en el art. 349 bis a) no basta con comprobar el grado de impregnación alcohólica, sino su influencia en la conducción, con lo cual el delito de peligro abstracto se convierte en concreto. Tampoco es posible el castigo de los delitos de peligro abstracto (ver infra párr. 35 e b), de mera desobediencia (en que se castiga simplemente la infracción a una regulación general *del orden* con que deben darse determinadas relaciones entre los ciudadanos, así el antiguo 340 bis c que castigaba el conducir sin el correspondiente permiso). Sólo de este modo se puede lograr una más precisa delimitación del delito respecto de lo puramente «inmoral», «ideológico» o la sanción administrativa y también sólo así se puede llevar a cabo una más exacta jerarquización de los bienes jurídicos (el más importante ha de ser el más significativo para la persona humana) y también de los comportamientos que los afectan (que no pueden depender de lo que piense el sujeto, sino de lo que suceda realmente conforme a su comportamiento, esto es, apreciando a éste desde el bien jurídico), con lo cual se fija un límite social-objetivo al marco y a la medida de la pena, que ciertamente incluirá dentro de ese límite al individuo como ser social.

35. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS

Además de la clasificación legal bipartita ya vista, los delitos permiten diferentes clasificaciones, según sea el punto de vista desde el cual se les analice; las clasificaciones más difundidas entre los autores y de mayor uso son las siguientes:

a) Según la modalidad de la realización

Se puede hablar de delitos *mero comportamiento*, en que el legislador sólo se preocupa de la acción o la omisión como tal (ej. de actividad, art. 340 bis a, 1.º, conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes; art. 471, contraer segundo o ulterior matrimonio sin hallarse disuelto el anterior; ej. de omisión, art. 489 bis, no socorrer a una persona); para la realización del delito o injusto basta entonces con llevar a cabo un determinado comportamiento. Y delitos de *resultado*, en que el legislador exige «una modificación del mundo exterior, distinta en las coordenadas de espacio y tiempo de la conducta, pero conectada causalmente con ella y trascendente en el ámbito jurídico-penal» (Rodríguez Ramos, p. 53), es decir, para que haya un delito o injusto es además necesario que se dé un resultado separable materialmente de la conducta (ej. delito de homicidio o de lesión). Esta clasificación, como hemos visto, tiene importancia para la determinación del lugar de

comisión del delito y, por tanto, también para los efectos de la jurisdicción y competencia en materia procesal-penal. Su significación conceptual para el injusto, es, sin embargo, insignificante, ya que no tiene mayor importancia para los diferentes problemas de determinación del injusto. Otros autores, en especial los italianos, en vez de delitos de mero comportamiento o de resultado, prefieren las expresiones de delito *formal* y *material*, que tampoco aportan nada nuevo.

b) Según la relación con los sujetos del delito

Habría que distinguir dos diferentes perspectivas: b a) desde el número de sujetos y b b) desde la incidencia del sujeto en la configuración del injusto.

b a) *Número de sujetos*. Hay que diferenciar entre delitos individuales o monosubjetivos, para los cuales basta con un solo sujeto, ya sea activo o pasivo, para su configuración y otros que requieren necesariamente una pluralidad de sujetos activos (asociación ilícita, arts. 173ss.) o pasivos (el llamado delito masa, ver infra párr. 67), es decir, plurisubjetivos o colectivos.

b b) *Incidencia del sujeto en el injusto*. Conforme a este punto de vista los delitos pueden ser comunes o especiales. Comunes son aquellos, la mayoría, que tienen un sujeto activo y pasivo innominado, es decir, que basta con la expresión «quien» o «el que» u «otro» para determinar al sujeto. Los delitos especiales requieren una especificación del sujeto activo, cuya relación con el bien jurídico puede ser constitutiva para el desvalor de acto (los llamados delitos *especiales propios*) o sólo cofundante (delitos *especiales impropios*).

En los delitos especiales propios hay un *deber* específico del sujeto activo respecto del bien jurídico y, por ello mismo, si esa relación no se da no hay injusto, la posición del sujeto activo fundamenta el injusto (delitos de prevaricación, art. 351ss., que dependen de la posición del sujeto activo, juez, abogado, procurador); en este caso no es posible un delito especial propio desde el punto de vista del sujeto pasivo. El delito especial propio tiene pues una gran trascendencia desde el punto de vista conceptual, en cuanto determina el injusto y también entonces cumple un rol respecto de la delimitación de la participación, los grados de desarrollo del delito y aun en cuanto a la realización del tipo, pues ya que es el *deber* específico del sujeto lo fundamental aparece sin sentido la distinción entre delitos de acción y omisión, pues siempre tal delito se podrá cumplir indiferentemente por acción y omisión (es totalmente equivalente el actuar contra el bien jurídico, que implica no cumplir el deber, con el *no* cumplimiento del deber).

En los delitos especiales impropios hay un *deber específico* de sujeto activo, una determinada posición, que es *cofundante* del injusto, es decir, si no se da de todos modos se realiza un injusto o delito (p. ej. en el caso del parricidio o del infanticidio, la falta de relación de parentesco no elimina el injusto en su totalidad, sino que quedará siempre el delito de homicidio). Como confundante del injusto la posición del sujeto tiene también trascendencia para la delimitación de los diferentes aspectos del injusto, así la participación, los grados de desarrollo del delito. Se pueden concebir por eso mismo, dado el carácter sólo *cofundante*, delitos especiales impropios sobre la base de la posición del sujeto pasivo dentro del injusto, por ejemplo art. 142 la muerte del jefe del Estado. En definitiva, el delito especial impropio implica siempre un delito cualificado o privilegiado, o bien, agravado o atenuado.

c) *Según su forma de consumación*

Es decir, según el momento en que alcancen su total realización los delitos pueden dividirse en instantáneos o permanentes. Instantáneos son aquellos en que la realización total es inmediata. Permanentes son aquellos en que el momento consumativo se prolonga en el tiempo, así por ejemplo el delito de detención ilegal del art. 480, en que la detención o encierro dura mientras no se ponga en libertad a la víctima. Luego, el carácter permanente tiene una gran trascendencia para la teoría del injusto, ya que no se ha dado término al comportamiento injusto (por tanto, es posible, por ejemplo, la participación, no corre la prescripción, y puede todavía concurrir con otros delitos).

d) *Según su naturaleza*

Se pueden dividir los delitos, como ya se vio respecto de la extradición (cfr. supra párr. 19 c b a a), entre delitos comunes y delitos políticos.

e) *Según su forma de afectar al bien jurídico*

Se distingue al respecto entre e a) delitos de lesión y e b) delitos de peligro.

e a) *Los delitos de lesión.* Son aquellos en que hay una destrucción o menoscabo del bien jurídico, como sucede en el homicidio, en las lesiones, en el hurto, en el robo, en la estafa, etc.

e b) *Los delitos de peligro.* Sobre estos delitos existe una larga literatura y una gran discusión doctrinaria hasta nuestros días (cfr. Bustos Ramírez y Politoff, 37ss.; Barbero Santos, p. 487ss.; Torío, p. 842). Los delitos de peligro o puesta en peligro son aquellos en que hay la probabilidad de una lesión concreta para un bien jurídico determinado. El problema reside en dónde poner el límite a esa probabilidad, y, por eso, se habla de delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. Son delitos de peligro concreto aquellos en que la probabilidad de la lesión concreta implica de algún modo una *comoción* para el bien jurídico, es decir, que temporal y espacialmente el bien jurídico probablemente afectado ha estado en relación inmediata con la puesta en peligro; esto tiene importancia desde el punto de vista procesal-penal, pues es necesario entonces probar que un bien jurídico fue puesto en peligro, que hubo una relación entre el comportamiento típico del sujeto y el bien jurídico (así claramente en el art. 346, párr. 1 en el delito contra el consumidor, al agregar la expresión «pusiere en peligro la salud de los consumidores»). En los delitos de peligro abstracto, en cambio, se presume *iure et de iure* el peligro para el bien jurídico, no hay pues posibilidad de prueba en contrario, basta con probar la realización del comportamiento típico, de ahí que en general la doctrina se haya declarado en contra (cfr. por todos Barbero Santos, p. 487ss.), pues se oponen al principio garantizador de «nullum crimen sine iniuria» (con razón s. T. S. 18/2/88 busca eliminar los delitos de peligro abstracto y así en el art. 340 bis a) señala que no basta con comprobar el grado de impregnación alcohólica, sino que es necesario comprobar su influencia en la conducción), que surge de una concepción material de la antijuridicidad y del injusto (p. ej. en el C. P. español es el art. 343 bis, vender medicamentos o anticonceptivos sin cumplir con las formalidades legales o reglamentarias, en que evidentemente como se trata de cualquier formalidad se está presumiendo el peligro común contra la salud pública).

En el fondo mediante el recurso al delito de peligro abstracto se puede estar castigando criminalmente en razón a una determinada visión moral, política o social del mundo, o bien, una mera infracción administrativa.

Ciertamente el delito de peligro abstracto puede dejar de serlo si surge un nuevo bien jurídico, así los delitos contra la *seguridad* del tráfico, en que ya no se considera en forma inmediata la vida o la salud de las personas, sino primeramente este bien *institucional* (Escrivá, 1976, p. 43), que sirve de *preprotección* a la vida y la salud individual (así, art. 340 bis b. 1.ª que exige «riesgo para la circulación» al alterar la seguridad del tráfico, es decir, es de peligro concreto, pues es necesario demostrar el «riesgo para la circulación», en otros términos para la seguridad del tráfico; en cambio, permanece como delito de peligro abstracto el conducir en estado de embriaguez, art. 340 bis a 1.º, ya que no es necesario probar ni la lesión a la seguridad del tráfico ni el peligro en que se la ha puesto, se presume *iure et de iure*, sin prueba en contrario).

En los últimos tiempos los autores tienden a buscar una mayor precisión entre delito de peligro concreto y abstracto, con el objeto de fijar una frontera que incluya hasta el máximo posible las puestas en peligro, pero sin trasgredir los principios garantistas del injusto, así Mantovani habla de delito de peligro presunto (D. P., p. 206), Gallas de delito de peligro general y «potencial» (p. 180, 181) y Torío de peligro hipotético (p. 842). Pero el peligro es siempre presunto o potencial, es decir, es una hipótesis, que ciertamente puede ser objeto de comprobación como tal; por eso también no agrega nada la expresión peligro hipotético, pues siempre el peligro es una hipótesis. Luego, si lo que quiere señalarse es que ha de *comprobarse* y, por tanto, implicar una determinada relación de *comoción* con el bien jurídico, basta con hablar de delitos de peligro concreto. Diferente es si se quiere rebajar la hipótesis de probabilidad a la simple posibilidad, pues conceptualmente entonces todo es posible, no hay conceptualmente ni lógicamente ninguna determinación; en tal caso la tendencia es volver a los delitos de peligro abstracto en que la prueba del comportamiento típico implica ya el peligro, pues justamente ésa fue la razón que inspiró al legislador, *la razón legislativa (o estatal) se convierte iure et de iure en constitutiva del injusto sin más.*

Los delitos de peligro son en definitiva siempre delitos de peligro, en el sentido de peligro concreto (determinado y en relación a un bien jurídico específico) (cfr. s. T. C. 12/11/85; que con razón señala que la imposibilidad de producción del peligro implica atipicidad).