

# Sobre el concepto de bien jurídico

## Especial consideración de los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales

Cristina García Arroyo

*Universidad de Sevilla*

---

GARCÍA ARROYO, CRISTINA. Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración de los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2022, núm. 24-12, pp. 1-45.  
<http://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-12.pdf>

RESUMEN: El bien jurídico protegido ha sido un concepto defendido desde diversas posturas doctrinales; en el presente trabajo se pretende hacer un análisis a lo largo de todas ellas con el fin de establecer una concepción adecuada para partir de una clasificación de los diferentes bienes jurídicos desde una visión personalista que configure al mismo como elemento esencial y límite al *ius puniendi* del Estado y le sirva al individuo para desarrollarse en sociedad.

PALABRAS CLAVE: Bienes jurídicos protegidos, bienes jurídicos supraindividuales, bienes jurídicos supraindividuales institucionales, evolución del bien jurídico, concepto de bien jurídico.

TITLE: **On the concept of legally protected interest. Particularly, on supra-individual institutional legally protected interests**

ABSTRACT: The concept of legally protected interest has been approached from different doctrinal positions. In this work we intend to make an analysis of all of them in order to establish an adequate conception to start from a classification of the different legally protected interests from a personalist vision that configures it as an essential element and limit to the *ius puniendi* of the State and serves the individual to develop in society.

KEYWORDS: Legally protected interest, concept, evolution, supra-individual interests, supra-individual institutional interests.

Fecha de recepción: 15 enero 2022

Fecha de publicación en RECPC: 9 abril 2022

Contacto: [cgarcia21@us.es](mailto:cgarcia21@us.es)

*SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto de bien jurídico. 1. Breve referencia a la evolución histórica del concepto de bien jurídico. 2. Concepto material de bien jurídico. 3. Sobre una concepción personalista de bien jurídico. III. El concepto de bien jurídico en relación con los bienes jurídicos supraindividuales. IV. Conclusiones. Bibliografía.*

---

## **I. Introducción**

El concepto y las funciones de la norma penal es un tema complejo que no ha escapado a la discusión doctrinal. En nuestra opinión, la determinación de cuáles son las funciones de la norma penal se desprenden de conceptualarla como forma de control social, y, sobre esta base se orienta a posibilitar la convivencia en sociedad evitando las conductas que de un modo grave o lesivo atentan contra la misma. Tradicionalmente la doctrina ha establecido dos funciones<sup>1</sup> fundamentales que en concreto la norma penal ha de desempeñar<sup>2</sup>: por un lado, la primera pasa por la protección de los elementos básicos sobre los que se articula la convivencia en sociedad, es decir, los bienes jurídicos más importantes; y por otro, función vinculada a la anterior, la motivación<sup>3</sup> a los ciudadanos para que se abstengan de su ataque. Desde este planteamiento, la legitimación de la intervención del Derecho penal en relación con la restricción de los derechos fundamentales de las personas, esencialmente el derecho a la libertad que se deriva de la imposición de una pena, sólo podría fundamentarse desde la perspectiva de la protección de un bien jurídico prohibiendo y sancionando con ello cualquier ofensa que pueda afectar a un interés o elemento básico para la convivencia en la sociedad<sup>4</sup>. De esta forma, como expondremos, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o principio de ofensividad se convierte en los ejes nucleares y legitimadores de la regulación jurídico penal<sup>5</sup>.

Las funciones mencionadas se encuentran, así, íntimamente unidas, en cuanto que la función de protección requiere la función previa de motivación o de prevención<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Utilizamos el término “función” ya que es el que habitualmente utiliza la doctrina, sin embargo, algunos autores se han mostrado en contra de su uso, así SILVA SÁNCHEZ, 2012, p. 569, habla de “fin” de motivación, y esto es así, porque en su opinión, más que de una función empírica se trata de un fin normativo, cuya realización tiene efectos legitimadores.

<sup>2</sup> Sobre las funciones de la norma vid.: BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1997, pp. 44 y ss.; GÓMEZ RIVERO, 2015, pp. 36 y ss.; LUZÓN PEÑA, 2016, p. 13; MORILLAS CUEVAS, 2016, p. 83 y ss.; MUÑOZ/GARCÍA, 2015, pp. 61 y ss.; ORTS/GONZÁLEZ, 2019, pp. 41 y 42; ROXIN, 2006, pp. 51 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, 2015, pp. 37 y ss.

<sup>3</sup> Con ella se pretende disuadir a los individuos de la comisión de delitos. Los presupuestos de esta son: el reconocimiento de la existencia de la norma primaria, o norma dirigida al ciudadano; el reconocimiento de que la norma tiene, junto con la vertiente valorativa, otra imperativa; y la finalidad preventivo general de la pena, tanto en su vertiente negativa como positiva. Cfr. GÓMEZ RIVERO, 2015, p. 37.

<sup>4</sup> Señala RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2017, p. 157 que “la decisión de intervenir penalmente no puede ser adoptada por el legislador sin una base jurídica y empírica que la fundamente, ni de forma irracional”.

<sup>5</sup> PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, 2019, p. 31.

<sup>6</sup> No obstante, aunque esta es la corriente mayoritaria hay autores que defienden que la función de la norma penal no es la función de protección de bienes jurídicos, como JAKOBS, que considera que la función del

Así, MUÑOZ CONDE<sup>7</sup> afirma que “protección y motivación o, mejor dicho, protección a través de la motivación, son las dos funciones inseparables e independientes de la norma penal. La protección supone la motivación y sólo dentro de los límites en los que la motivación pueda evitar determinados resultados puede alcanzarse la protección de las condiciones elementales de convivencia”.

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (*nullum crimen sine iniuria*) exige que el Derecho penal tenga como principal y esencial función la protección precisamente de estos bienes o intereses frente a conductas que los lesionen o pongan en peligro<sup>8</sup>. Planteamiento que, como señala CUERDA RIEZU<sup>9</sup>, implica que la función de protección conlleva la amenaza de la pena encaminada a prevenir la comisión de delitos, tutelando de esta manera aquellos intereses cuya lesión constituye infracción penal. Partiendo de este punto, la diferencia entre la norma penal y las demás

Derecho penal es garantizar lo que denomina “identidad normativa”, cfr., JAKOBS, 1996, p. 15. Para argumentar su posición recurre a una teoría de la prevención general positiva que pone el acento en el reconocimiento normativo, lo que se aproxima en gran medida a la teoría sistémica; es decir, al tratar el fin de protección del “aparato penal”, esboza que la reflexión a efectuar es la siguiente: “el hecho significa una rebelión contra la norma, y la pena rechaza esa rebelión”, y de este modo, mediante el dolor que la pena inflige, se elimina el riesgo de una erosión general de la vigencia de la norma, lo que se denomina prevención general positiva. Por consiguiente, lo relevante para el citado autor es la protección de la vigencia de la norma, rechazando así que la función de la norma penal sea la protección de los bienes jurídicos en base a que, si así fuera, se estaría partiendo de un punto de partida erróneo, pues “el Derecho es una relación entre personas y sólo a través de éstas también entran en acción los bienes”. Cfr., JAKOBS, 2003, pp. 47 y ss. No compartimos la afirmación de Jakobs, por considerar que su concepción de la norma jurídico penal sólo se comprende puesta en relación con un determinado sistema social y en tanto que mero sistema descriptivo, aséptico y tecnócrata, absolutamente exento de cualquier valoración o crítica a ese sistema. Según MUÑOZ CONDE, la teoría sistémica conduce a una concepción preventiva integradora del Derecho penal en la que el centro de gravedad de la norma jurídica penal pasa de la subjetividad del individuo a la subjetividad del sistema, y así se fortalece el sistema existente y sus expectativas institucionales, pero no se busca su modificación o crítica; de este modo, en este sistema la norma penal soluciona el conflicto atacando el problema donde se manifiesta, pero no donde se produce, legitimando un sistema que no es cuestionado. Cuando desde la teoría sistémica se habla de la funcionalidad de la norma jurídico penal, nada se dice de la forma en la que debe funcionar ni sobre el sistema social para el que es funcional, por lo que no llegamos a comprender la esencia del fenómeno jurídico punitivo. La teoría sistémica sustituye el concepto de bien jurídico por el de funcionalidad del sistema social y entendemos que el funcionamiento del Derecho penal en general tiene que tener una función de control dentro del sistema en el que se integra, por lo que aceptar una teoría sistémica nos llevaría a que la Ciencia del Derecho penal pierda la posibilidad para criticar el Derecho penal positivo, por lo que podemos afirmar que reivindicar la teoría sistémica es renunciar a la función crítica que debe tener el Derecho penal. Cfr. MUÑOZ CONDE, 1985, pp. 26 y ss.

<sup>7</sup> MUÑOZ/GARCÍA, 2015, p. 62. En similar sentido se manifiesta LUZÓN PEÑA, 1991, pp. 58 y ss., afirmando que la norma jurídico penal, al igual que las restantes normas jurídicas, cumple o intenta cumplir la función de posibilitar la convivencia humana en sociedad. Por su parte BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1997, p. 36, afirman que las normas penales se definen en cuanto están dirigidas a los actores sociales y de lo que se trata es de regular sus relaciones con otras personas en el mundo social; HASSEMER afirma que el Derecho penal aparece como forma de control social caracterizado por su formalización, que tiene lugar mediante la vinculación a las normas y tiene por objeto limitar la intervención penal en atención a los derechos del individuo objeto de control. Cfr. HASSEMER, 1982, pp. 35 y ss.

<sup>8</sup> PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, 2019, p. 35. De modo similar, señala MIR PUIG, 2016, p. 148 que “el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos obliga a concebir el delito como un ataque a un bien jurídico penal, cuando dicho ataque no esté justificado por la necesidad de salvaguarda de otro bien jurídico prevalente”.

<sup>9</sup> CUERDA RIEZU, 1991, p. 56; también PÉREZ GONZÁLEZ, 2019, pp. 4 y ss.

normas jurídicas radica en la especial gravedad de los medios empleados por la primera para cumplir la misión y que conlleva que sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a la convivencia pacífica en la comunidad. Y de este modo, el bien jurídico (y su protección) legitimaría el ejercicio del *ius puniendi* en un Estado de Derecho<sup>10</sup>.

Centrando, por tanto, el fundamento de la intervención penal en la función de exclusiva protección de bienes jurídicos, tanto el concepto como las funciones<sup>11</sup> del mismo se convierten en uno de los ejes centrales del Derecho penal<sup>12</sup>. Es por ello que

<sup>10</sup> ABANTO VÁSQUEZ, 2006, p. 2, afirma que la protección de “bienes jurídicos” como tarea del Derecho penal fue el punto de partida para el desarrollo del llamado principio de “lesividad” en virtud del cual el ejercicio del *ius puniendi* solamente se vería legitimado a través del objetivo de proteger bienes jurídicos. Siendo el bien jurídico un concepto que expresaría los “valores más trascendentes para la coexistencia humana en sociedad”, si estos valores o bienes no se reconocieran y protegieran, el Derecho penal carecería de una base sustancial, renunciaría a inspirarse en los principios de justicia y no podría servir para regular la vida humana en sociedad. Por su parte GALÁN MUÑOZ, 2005, p. 185, entiende que sólo instituyendo el concepto de bien jurídico como referente básico fundamental de la creación e interpretación de las normas penales se puede sustentar una concepción crítica y dinámica del Derecho Penal como instrumento de control social y sólo así podríamos hablar de un ordenamiento jurídico garantista conforme a principios y derechos fundamentales; HORMAZÁBAL MALARÉE, 1992, p. 152, afirma que los bienes jurídicos son relaciones sociales concretas de carácter sintético protegidos por la norma penal que nacen de la propia relación social democrática como una superación del proceso dialéctico que tiene lugar en su seno; BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE afirman que la conceptualización de los bienes jurídicos como relaciones sociales concretas implica identificar la posición de las personas dentro de la relación social. Los bienes jurídicos, considerados materialmente, son relaciones sociales concretas que surgen como síntesis normativa de los procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar dentro de una sociedad democrática y están en constante discusión y revisión. Cfr. BUSTOS/HORMAZÁBAL 2006, pp. 72 y 73; ROXIN, 2008, p. 52; MUÑOZ /GARCÍA, 2015, p. 63.

<sup>11</sup> En este sentido se han atribuido al bien jurídico diversas funciones: la función de límite al *ius puniendi* estatal, que determina la exigencia al legislador de limitar su actividad en la producción de normas penales exigiendo que éstas protejan exclusivamente bienes jurídicos; una función de carácter teleológico en el sentido de constituir un criterio de interpretación de los tipos penales que condicionará su sentido y alcance conforme a la finalidad de protección de un determinado bien jurídico; una función sistemática que tiene su reflejo en la parte especial del Código penal; una función garantizadora que determina una limitación de carácter material, dado que conlleva la posibilidad de una revisión crítica de la norma y de todo el ordenamiento penal en un sentido tanto de incriminación como de desincriminación de los comportamientos; una función de medición de la pena que conlleva que la mayor o menor puesta en peligro de un bien jurídico sirva de base para la concreta determinación de la pena; y una función de legitimación material de la norma penal que necesita ser justificada racionalmente en un Estado de Derecho, vid. BUSTOS/ HORMAZÁBAL, 2006, p. 75; HASSEMER, 1984, p. 36; HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, pp. 9 a 11; MIR PUIG, 2016, pp. 113 y ss.; NÚÑEZ CASTAÑO, 2015, pp. 55 y 56; LUZÓN PEÑA, 2016, p. 21; OLAIZOLA NOGALES, 1999, pp. 38 a 43; ORTS/ GONZÁLEZ, 2019, p. 53; QUINTERO OLIVARES, 2010, pp. 67 y ss.

<sup>12</sup> Así, señala HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 7, que a pesar de que RUDOLPHI indicaba que el bien jurídico se ha asegurado desde hace tiempo un puesto firme en el arsenal conceptual del Derecho penal, la capacidad y utilidad de la teoría del bien jurídico está siendo cuestionada por los penalistas que colocan en la base de sus propuestas al funcionalismo en su expresión más extrema, como la teoría funcionalista sistémica de LUHMANN y JAKOBS, quienes sostienen que la misión del Derecho penal es asegurar la vigencia de la norma sin otra referencia legitimadora que la defensa del sistema social, que obviamente conlleva una tendencia criminalizante en el Derecho penal. Es por ello que la doctrina en una gran mayoría ha criticado seriamente estos planteamientos funcionalistas, llegando a afirmar MUÑOZ CONDE, 1985, p. 28, que con la teoría del bien jurídico el Derecho penal posiblemente pierda el último apoyo que le queda para la crítica del Derecho penal positivo.

SILVA SÁNCHEZ<sup>13</sup> considera que constituye una garantía fundamental del Derecho penal moderno a raíz de la cual surge una confluencia de principios garantísticos que vienen a legitimar esta intervención estatal: así, la proporcionalidad, que determina que la intervención del Derecho penal no resulta proporcionada si no tiene lugar en aras de la protección de las condiciones fundamentales de la vida en común y para evitar ataques especialmente graves dirigidos contra las mismas; el principio de fragmentariedad (protección fragmentaria de bienes jurídicos), y una serie de principios utilitaristas, como el de necesidad y utilidad de la intervención penal, intervención que será mínima, es decir, que el Derecho penal no se ocupará de todos los comportamientos antijurídicos que surgen de las relaciones sociales, sino sólo de los más graves e intolerables, y sólo intervendrá cuando ya han fallado todos los demás medios de control formales e informales<sup>14</sup>. Por todo ello, afirma BUSTOS RUBIO<sup>15</sup> que, desde la perspectiva del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y ofensividad, el Derecho penal tiene “por función principal la tutela de los bienes jurídicos más importantes ante los ataques más intolerables”.

En una línea algo distinta, sostiene MIRÓ LLINARES<sup>16</sup> que “lo importante de esta exigencia no fue nunca el concepto de bien jurídico y su capacidad limitadora sino la exigencia de la exclusiva protección de bienes jurídicos y la voluntad limitadora”.

En consecuencia, si la legitimación de la intervención penal en relación con cada una de las figuras típicas que se recoge en nuestro texto penal radica en la constatación de la existencia de un bien jurídico o interés digno de protección, se convierte en esencial la identificación de cuál sea el mismo respecto de cada una de ellas. Y para ello, el primer paso debe ser concretar cuál sea el concepto de bien jurídico protegido.

## II. Concepto de bien jurídico

### 1. *Breve referencia a la evolución histórica del concepto de bien jurídico*

A pesar de que estas funciones de legitimación y de limitación sean aceptadas de forma prácticamente unánime en la actualidad, sin embargo, es preciso señalar que desde las primeras formulaciones del concepto de bien jurídico han sido varios los papeles que ha desempeñado el mismo, ya sea como espacio delimitado de protección, ya sea como freno a la política criminal.

El concepto de bien jurídico no aparece en la historia dogmática hasta principios

<sup>13</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2012, pp. 424 y ss.

<sup>14</sup> MIR PUIG, 2016, pp. 128 y 129; MUÑOZ/GARCIA, 2015, pp. 76 y ss.; PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, 2019, p. 38; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2016, *passim*.

<sup>15</sup> BUSTOS RUBIO, 2017, p. 33.

<sup>16</sup> MIRÓ LLINARES, 2020, p. 600.

del siglo XIX. Bajo el influjo de la teoría del contrato social, la ciencia jurídico-penal de la Ilustración entendía el hecho punible como lesión de derechos subjetivos. Así, para FEUERBACH<sup>17</sup> serían las condiciones de vida en común de las que el Estado es garante; de esta manera cualquier comportamiento que lesione o ponga en peligro estas condiciones de vida, entre las que se encontrarían los derechos subjetivos que hemos mencionado, deberá ser objeto de castigo por parte del Derecho penal que, de este modo, se erige como el instrumento y garantía de estos derechos y condiciones y conforme el límite de la potestad punitiva del Estado. Consecuentemente, será necesario probar la existencia en todo precepto penal de un derecho subjetivo del particular o del Estado como objeto de protección, y la intervención del Estado sólo quedaría legitimada respecto de conductas que fueran dañinas socialmente<sup>18</sup>.

A partir de esa concepción hasta la actualidad han sido numerosos los penalistas que se han ocupado de esta cuestión, orientando la delimitación y el contenido del concepto de bien jurídico según el contexto sociológico, filosófico y jurídico vigente en cada época concreta. Obviamente, no constituye el objeto de este trabajo un análisis exhaustivo del concepto de bien jurídico protegido penalmente, pero sí aportar una visión general de las distintas posturas que se han sostenido hasta el momento y las que se sostienen en la actualidad, tomando postura respecto de cuál consideramos la más adecuada a fin de poder concretar cuál sea la base conceptual de bien jurídico.

A pesar de que fue FEUERBACH quien en 1832 otorgó un concepto inicial de bien jurídico, sin embargo, el establecimiento de las bases para una configuración científica y técnica de esta categoría dogmática corresponde a BIRNBAUM en 1834<sup>19</sup> quien mantuvo un planteamiento contrario al sostenido por FEUERBACH entendiendo que no podía mantenerse una concepción individualista de lesión de derechos subjetivos, en tanto consideraba que el *derecho* no podía ser disminuido ni sustraído, sino que sólo podría serlo el objeto de ese derecho. Sobre esta base, diferencia BIRNBAUM entre el bien jurídico y el derecho que le sirve de fundamento, de manera que aquel se ubica en el mundo fáctico, sería un bien material que procede de la esfera prejurídica de la razón o de la naturaleza y que debe ser garantizado respecto de todos, y, consecuentemente objeto de protección por el Estado, en tanto que su lesión iría más allá del interés de la víctima concreta afectando a toda la colectividad. Con ello se coloca metodológicamente en un planteamiento iusnaturalista<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> FEUERBACH, 1832, *passim*.

<sup>18</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, pp. 13 y ss., quien además afirma que la razón sólo podrá justificar la pena en la medida que esta surja como reacción a una conducta que sea lesiva de los derechos de otro o bien ponga en peligro al Estado garante de las condiciones de vida en común. Donde no hay una lesión a un derecho subjetivo, sea de un particular o del Estado, no puede haber delito.

<sup>19</sup> BIRNBAUM, 1834, pp. 149 y ss.

<sup>20</sup> Así, señala BUSTOS RAMÍREZ, 1994, pp. 100 y ss., que la concepción de BIRNBAUM era “trascendentalista de corte iusnaturalista”, que se encuentra entre el iusnaturalismo y el racionalismo, como iusnatu-

Una primera delimitación de este concepto fue realizada por BINDING<sup>21</sup>, quien pasa a concebirlo como una creación valorativa de legislador, de manera que se considerará como bien jurídico todo aquello que ante los ojos del legislador resulte de valor para la comunidad jurídica, en cuanto conducción de una sana experiencia de la misma. Así, el bien jurídico sería creado por el Derecho, es decir, por el legislador que es quien, en cada momento, concreta cuáles sean los objetos merecedores de protección, y consecuentemente el bien jurídico queda establecido dentro del contenido de la norma jurídica, siendo inmanente a cada una de ellas, o lo que es lo mismo, es el legislador mediante las normas quien determinará cuáles sean los concretos objetos de protección<sup>22</sup>.

Como crítica y rechazo de la postura sostenida por BINDING, VON LISZT incorpora al Derecho penal alemán el positivismo naturalista<sup>23</sup>, de manera que retoma parcialmente los planteamientos de BINDING, pero rechazando el hecho de que los bienes jurídicos giran en torno al Estado y a la norma (concepción normativista), y no al hombre. De este modo, para VON LISZT, el bien jurídico sería el interés jurídicamente protegido que no es creado por el ordenamiento jurídico, sino que existe al margen del mismo, pero la protección que le otorga el Estado eleva este interés vital para el individuo o la comunidad a la categoría de bien jurídico penal (*Lebensinteressen*)<sup>24</sup>. Así, convierte el bien jurídico en elemento central de la teoría del delito que sirve como límite claro al *ius puniendi* del Estado, trasladándolo a un momento previo al Derecho positivo, esto es, a la realidad social; y ésta (la realidad social) “y no el legislador debía decidir qué objetos merecen protección penal. El bien jurídico es el interés de la vida, que el derecho no crea, sino que se encuentra y eleva a la categoría de bien jurídico”<sup>25</sup>. Por lo tanto, para VON LISZT los bienes jurídicos giran en torno al hombre, y no se encuentran en la norma, sino que ésta ha de protegerlos siendo preexistentes a la misma. Sin embargo, en esta concepción, si bien se prescinde de todo iusnaturalismo y racionalismo, quedaron sin concretar al-

ralismo moderado. En esta misma línea de considerar que BIRNBAUM sostiene un planteamiento iusnaturalista, cfr. HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, pp. 27 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, 1999, p. 43.

<sup>21</sup> BINDING, 1916, *passim*.

<sup>22</sup> ALONSO ÁLAMO, 2014, pp. 26 y ss.; PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, 2019, p. 41 señala que “el catálogo de bienes jurídicos se desprende de la ley y es definido por la propia ley”.

<sup>23</sup> Así lo denomina HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 47; por su parte BUSTOS RAMÍREZ, 1994, p. 103 lo denomina concepción trascendentalista político criminal.

<sup>24</sup> Así, señala VON LISZT que todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad, de manera que el orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida. La libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de la correspondencia eran intereses vitales, como los derechos de autor e inventor, mucho antes de llegar a estar garantizados por la Constitución contra las intromisiones arbitrarias del poder del Estado, o por las leyes penales, contra las violaciones procedentes de los individuos. La necesidad crea la defensa y con el cambio de los intereses varía el número y la especie de los bienes jurídicos, cfr. VON LISZT, 1925, p. 6.

<sup>25</sup> BUSTOS RAMÍREZ, 1994, p. 103; HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 48; MIR PUIG, 2003, 113; OLAIZOLA NOGALES, 1999, p. 44.

gunos aspectos, que posteriormente han dado lugar a una larga controversia que terminará en una total espiritualización del bien jurídico; aspectos como pueden ser la diferencia entre interés y bien, el propio concepto de interés o de interés jurídicamente protegido, con lo que queda sin respuesta la cuestión de cuáles sean estos intereses protegidos, o más concretamente, cuál sería el criterio que determinaría la necesidad de protección<sup>26</sup>.

Las dos concepciones de bien jurídico que acabamos de exponer (BINDING y VON LISZT) han sido la base de los dos grandes planteamientos que respecto de la teoría del bien jurídico se han sostenido desde ese momento. En un primer momento, el planteamiento de VON LISZT de trasladar a una realidad externa al Derecho positivo el contenido de bien jurídico sirvió de base a los neokantianos, que siguieron parcialmente su postura, pero que, a diferencia de aquel, el debate doctrinal abandona el terreno de lo social (donde lo ubicaba VON LISZT) para pasar al mundo espiritual de los valores, de manera que el bien jurídico se concebía como un valor de cultura y el delito como una infracción de los valores culturales<sup>27</sup>, y ello, de manera automática, incapacitaba al concepto de bien jurídico para cumplir la finalidad de límite del *ius puniendi*. Resulta evidente que la espiritualización del concepto, que implicaba renunciar al carácter de interés previo a la norma, conllevaba una mayor acentuación de su mera función interpretativa y de sistematización, diluyéndose así su carácter limitador<sup>28</sup> y, con ello, perdiendo también su carácter garantista<sup>29</sup>, de manera que lo reduce a una mera categoría interpretativa<sup>30</sup>.

Este deterioro y pérdida de trascendencia que sufrió el concepto de bien jurídico por la progresiva espiritualización del mismo quedó claramente de relieve con el tratamiento que se le dio por parte de HEGEL<sup>31</sup> primero y posteriormente por la ciencia penal de la época nacionalsocialista y, más concretamente, por la Escuela de Kiel, quienes llegan a aceptar la existencia del bien jurídico pero desde una perspectiva prácticamente metodológica<sup>32</sup>; de este modo, se pretendía instaurar una concepción que, negando el valor del bien jurídico como elemento guía en la construcción de los

<sup>26</sup> MIR PUIG, 2003, p. 113 y 114, quien afirma que la pretensión de V. LISZT de atribuir al bien jurídico la función de límite al legislador no pasó, por ello, de constituir un programa sin desarrollar (...) ello dejaba la decisión de la frontera de lo punible a los valores dominantes, entendidos como los valores de los que dominan; en el mismo sentido, BUSTOS RAMÍREZ, 1994, p. 104; OLAIZOLA NOGALES, 1999, p. 44 quien afirma que entender el bien jurídico como realidad valorada positivamente permitía incluir en el mismo cualquier estado, convicción o principio, en función del sector dominante en una sociedad determinada.

<sup>27</sup> MIR PUIG, 2003, p.113.

<sup>28</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 115; BUSTOS RAMÍREZ, 1994, pp. 104 y ss.

<sup>29</sup> Así, uno de los principales autores de la escuela neokantiana, HONIG, define el bien jurídico como el fin reconocido por el legislador en los preceptos individuales en su fórmula más sucinta, cfr. BUSTOS RAMÍREZ, 1994, pp. 104 y 105.

<sup>30</sup> A este respecto, señala OLAIZOLA NOGALES, 1999, p. 44, que la prueba de la ineficacia garantística de la concepción espiritualista de bien jurídico se advierte por la aceptación de la misma por el Derecho penal nacionalsocialista en Alemania, cfr. El delito de cohecho.

<sup>31</sup> HEGEL, 1999, *passim*.

<sup>32</sup> BUSTOS RAMÍREZ, 1994, pp. 105 y 106; MIR PUIG, 2003, p. 115.

tipos penales, basaba la explicación del delito en la contravención del deber<sup>33</sup>, esto es, el acento deja de estar en la lesión de un interés de la realidad externa para pasar a configurarse como la lesión de un deber. Sobre esta base, cualquier deber podría elevarse a la categoría de bien jurídico protegido<sup>34</sup>.

Las continuas derivas históricas que ha ido sufriendo el bien jurídico como eje central de la teoría del delito, junto con los peligros que se derivan de una concepción meramente formal del mismo que le impida cumplir las funciones que le son propias, y esencialmente, la función crítica y limitadora del *ius puniendi*, pone de relieve la necesidad de delimitar un concepto material del mismo, que, al tiempo de otorgar una mayor concreción del mismo, sirva de garantía respecto al cumplimiento de las funciones mencionadas.

## 2. *Concepto material de bien jurídico*

A mediados del siglo pasado se produce un replanteamiento del concepto de bien jurídico que, mediante el recurso a ideas ya intuitas por VON LISZT, camina hacia un concepto material del mismo<sup>35</sup>, concepto que, de la breve evolución histórica que hemos expuesto, resulta evidente que no se ha desarrollado ni concretado. Se hace preciso, por tanto, concretar el contenido de ese concepto material que pueda servir

<sup>33</sup> Para esta orientación ideológica el delito no podía entenderse como lesión de un bien individual dado que ello no daría respuesta a ciertos tipos penales de la Parte Especial que no se basan en la lesión causal de un objeto perteneciente al mundo exterior, sino que responden a la infracción de un especial deber exigido al individuo o aquellos otros que contemplan la concurrencia de ciertos elementos subjetivos del injusto. Cfr. ALCÁCER GUIRAO, 2003, p. 38.

<sup>34</sup> De esta manera se tornaba imposible fundamentar la despenalización de hechos puramente inmorales, tal como había intentado la doctrina hasta el momento con las sucesivas posturas al respecto, ni tampoco se podrían proporcionar las características específicas del objeto de protección penal, cfr. OLAIZOLA NOGALES, 1999, p. 44; MIR PUIG, 2003, pp. 134 y ss.

<sup>35</sup> Así, por ejemplo, WELZEL y MAYER, siguiendo la postura sostenida por BINDING, identifican el bien jurídico con el concreto objeto del mundo empírico lesionado o puesto en peligro por el delito, si bien con distintos matices cada uno de ellos, cfr. MIR PUIG, 2003, p. 114. MAYER sostiene que el concepto de dañosidad social es insuficiente sobre la base de que la función inmediata del Derecho penal no es la protección de bienes, sino el mantenimiento del orden moral del pueblo, de manera que considera que la protección de bienes jurídicos se encuentra mediatizada por la protección de un orden moral, entendido como orden cultural dominante; ello implicaría que serían punibles todas las conductas que significarán una desobediencia a un determinado orden moral, con la única limitación de que la conducta prohibida debe ser un comportamiento moralmente inaceptable, valoración que acaba quedando en manos de la voluntad política del legislador, vid. más ampliamente, HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, pp. 77 a 81. Por su parte, WELZEL retoma el contenido trascendentalista de bien jurídico, definiéndolo como un estado social deseable que el Derecho debe proteger a fin de evitar su lesión; de este modo, ubica el bien jurídico más allá del Derecho y del Estado, poniendo un límite a la intervención del Estado, dado que ese orden social gira en torno al individuo, activando con ello nuevamente la función fundamentadora y garantizadora. Ahora bien, el contenido concreto de ese bien jurídico lo centra en los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, esto es, en deberes ético-sociales, de forma que lo significativo para el Derecho penal es la norma y el deber que lo fundamenta, aunque ello no implica identificar norma con objeto de protección. Sobre esta base, el bien jurídico carece de relevancia propia y no tiene función autónoma en el Derecho penal, sólo constituiría un criterio de interpretación de los tipos particulares, vid., BUSTOS RAMÍREZ, 1994, pp. 106 y 107; HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, pp. 81 a 89.

como límite al legislador, y como garantía para salvaguardar los derechos y libertades. En esta línea, afirmaba JESCHECK<sup>36</sup> que “el bien jurídico era el punto de partida e idea que preside la formación del tipo penal. Son bienes jurídicos aquellos intereses de la vida de la comunidad a los que presta protección el Derecho penal. De modo que, para este autor, las normas jurídicas prohíben bajo pena aquellas acciones que resultan apropiadas para menoscabar de forma especialmente peligrosa los intereses de la vida de la colectividad. El tipo parte, pues, de la norma y ésta, del bien jurídico”.

Así, como señala MIR PUIG<sup>37</sup>, el bien jurídico posee naturaleza social, y sólo puede considerarse bien jurídico (como objeto merecedor de protección jurídico penal) aquello que sea necesario para la subsistencia en ciertas condiciones de la sociedad, dado que la calificación como bien jurídico no depende de la efectiva tutela por parte del derecho positivo, sino del interés social que se proteja<sup>38</sup>. Ahora bien, no resulta suficiente con afirmar que el bien jurídico tiene un valor social, sino que es preciso dotarle de un contenido más delimitado.

Esta aproximación al concepto material de bien jurídico resulta absolutamente imprescindible a la hora de ejercer las funciones que le son propias. De esta forma dichas funciones se pueden desglosar en tres<sup>39</sup>:

1. Una función teleológica en el sentido de constituir un criterio de interpretación de los tipos penales que condicionará su sentido y alcance conforme a la finalidad de protección de un determinado bien jurídico<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> JESCHECK, 1981, p. 350; el mismo, 2002, p. 8, quien afirma que todas las normas jurídico-penales están basadas en un juicio de valor positivo sobre bienes vitales que son imprescindibles para la convivencia de las personas en la comunidad y que, por ello, deben ser protegidos a través de la coacción estatal mediante el recurso a la pena pública.

<sup>37</sup> MIR PUIG, 2003, p. 116.

<sup>38</sup> Ya señalaba JESCHECK que aunque el bien jurídico constituya la base de la estructura e interpretación de los tipos penales, ello no implica que “pueda identificarse sin más con la ratio legis, sino que ha de poseer un sentido social propio, previo a la norma penal y en sí mismo decidido pues de lo contrario sería incapaz de servir a su cometido sistemático, de baremo del contenido y límites del precepto penal y de contrapartida de las causas de justificación en caso de conflicto de valoraciones. Según esto, el bien jurídico ha de entenderse como valor ideal del orden social jurídicamente protegido, en cuyo mantenimiento tiene interés la comunidad y que puede atribuirse, como a su titular, tanto al particular como a la colectividad”, cfr. JESCHECK, 1981, p. 351.

<sup>39</sup> Un resumen de las diversas funciones que se han atribuido a la teoría del bien jurídico como límite del *ius puniendi* puede verse en HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, pp. 9-11. Pero este autor se hace eco de la postura de RADBRUCH, estableciendo que para la construcción de un sistema teleológico fundado en la protección de bienes jurídicos habría que situar éste en el sistema de la teoría del delito y eliminarlo de su situación límite entre el Derecho penal y la política criminal. Un Derecho penal de exclusiva protección de bienes jurídicos debe ser una exigencia en el Estado social y democrático de derecho, lo cual centra su actividad y desarrollo en el hombre como fin y se le reconoce como titular de libertad y dignidad y como sujeto participativo en los procesos sociales. Sólo de este modo se dota al sistema de garantías porque la responsabilidad penal no derivará de la realización formal de una conducta definida como delito previamente, sino que esa conducta tiene que estar dotada de la “significación social” que sólo la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico le puede dar. Por lo tanto, sólo se lesionará el bien jurídico si la acción tiene significación social suficiente para lesionarlo o ponerlo en peligro. Cfr. HORMAZÁBAL MALARÉE, 1992, pp. 169-175.

<sup>40</sup> De este modo, cobra plena validez la afirmación de JESCHECK, 1981, p. 352 de que el bien jurídico es

2. Una función de análisis de qué y por qué se protege penalmente, con lo que se abre, al mismo tiempo, la posibilidad de una revisión crítica de la norma penal (desincriminando las conductas cuyo tratamiento penal ha perdido vigencia social e incriminando otras conductas que aparecen dentro del proceso social como nuevas formas de criminalidad necesitadas de tratamiento penal).
3. Y, una función de legitimación material de la norma penal que, como expresión formalizada de control, necesita ser justificada racionalmente en el Estado democrático.

Por su parte HEFENDEHL<sup>41</sup>, entendiendo que el bien jurídico es la base irrenunciable de un sistema jurídico-penal racional, sostiene que ostenta una doble función: la de interpretación de un tipo penal (función intrasistémica) y la función crítica, que cumple con la posibilidad de declarar la inexistencia de un bien jurídico merecedor de protección frente a supuestos de penalización de conductas meramente inmorales, que no deben ser penalizadas o criminalizadas. Se trata, por tanto, como ya había intuido FEUERBACH de configurar un bien jurídico que funcione como arma contra una concepción moralizante del Derecho penal. En esta misma línea, ROXIN<sup>42</sup> afirma que la protección de normas morales, religiosas o ideológicas, cuya vulneración no tenga repercusiones sociales, no pertenece a los cometidos del Estado democrático de Derecho y que en el mismo sólo tendrían sentido aquellas normas elementales, cuya observancia es precisa tanto por ellas mismas, como para evitar consecuencias socialmente nocivas. De igual manera, señalaba HASSEMER<sup>43</sup> que para que una conducta sea declarada como delito no basta con que dicha conducta suponga una infracción a una norma ética o divina, sino que es necesaria la prueba de que lesiona intereses materiales de otras personas, es decir, que lesiona bienes jurídicos.

FERNÁNDEZ<sup>44</sup> contempla la ruptura definitiva con la concepción del injusto entendido como pura lesión a un deber de obediencia, desde el prisma de que la moderna teoría del delito valora el ilícito como una conducta socialmente dañosa (en el marco de la antijuridicidad penal) respecto de intereses y bienes concretos. Por su parte, MIR PUIG<sup>45</sup> afirmaba que el ejercicio del *ius puniendi* de un Estado democrático no puede obviar las garantías que le son propias al Estado de Derecho dadas por el propio principio de legalidad, el cual pasa a convertirse en uno de los principios

el concepto central del tipo, en torno al que giran todos los elementos objetivos y subjetivos y un importante instrumento de la interpretación.

<sup>41</sup> HEFENDEHL, 2007, pp. 460 y 461.

<sup>42</sup> ROXIN, 2006, p. 63.

<sup>43</sup> HASSEMER, 1984, pp. 34 y ss.

<sup>44</sup> FERNÁNDEZ, 2004, p. 2.

<sup>45</sup> MIR PUIG, 1994, p. 37.

políticos centrales del Derecho penal de la democracia. El Derecho penal de un Estado social y democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad mediante la prevención de los delitos que son entendidos como aquellas conductas que los ciudadanos interpretan dañosas para sus bienes jurídicos, dañosidad que es determinada en virtud de un proceso social en el que los mismos participan. Junto con los principios de legalidad y culpabilidad, la exclusiva protección de bienes jurídicos (principio de lesividad) fortalece un modelo de Derecho penal constitucional<sup>46</sup>.

Ahora bien, el problema principal que plantea la función de protección es la identificación de cuáles sean esos previos intereses sociales que, realmente, se erigen en pilares básicos de la convivencia humana y que, por su importancia, deban ser tutelados por el Derecho penal mediante su consideración como bienes jurídicos<sup>47</sup>. La dificultad surge por la propia relatividad del contenido del bien jurídico, que presenta un doble aspecto: histórico y social, y por la propia indefinición de la que ha adolecido a lo largo de la historia<sup>48</sup>.

Ciertamente, el concepto de bien jurídico se concreta de modo diferente en cada momento y lugar, como ya hemos dicho, pues la determinación de los bienes jurídicos a proteger supone una valoración que, como tal, está condicionada históricamente<sup>49</sup>. En realidad, los valores a los que en cada época determinada extiende el legislador la tutela penal dependen no sólo de las concretas necesidades sociales existentes en ese momento e, incluso, de las concepciones morales dominantes, sino también, de manera esencial, del propio concepto de Estado de cada momento histórico<sup>50</sup>. Basta con observar la evolución de la sociedad y con ella del Derecho penal para advertir cómo intereses que en otro tiempo fueron objeto de protección penal, hoy en día no gozan de la condición de bienes jurídicos. Así, por ejemplo, comportamientos como la homosexualidad o el adulterio han ido quedando al margen de la tutela penal mientras que se han incorporado otros intereses al elenco que el legislador estima necesario de la máxima protección que el legislador puede otorgar, como por ejemplo la transparencia en la financiación de partidos políticos.

Ahora bien, al margen de todas las consideraciones que podamos realizar al respecto, lo cierto es que el bien jurídico no existe ónticamente antes de que el legislador

<sup>46</sup> BUSTOS RAMÍREZ, 1994, p. 96.

<sup>47</sup> ROXIN, 1982, pp. 6 y ss.

<sup>48</sup> NÚÑEZ CASTAÑO, 2015, p. 52.

<sup>49</sup> De esta manera, el bien jurídico se muestra como un fenómeno históricamente mutable, totalmente a merced de los bandazos morales y sociales de un determinado grupo en un concreto momento histórico. En este sentido cfr. MUÑOZ /GARCÍA, 2015, p. 64; HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 151, quien afirma que el bien jurídico es, en consecuencia, producto de las condiciones concretas de esta sociedad, de las condiciones específicas de las condiciones específicas de la superestructura social y política y de un ámbito particularizado de ella: la superestructura jurídico-penal; BUSTOS/HORMAZÁBAL, 2006, p. 55; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, 1990, pp. 11 y ss.

<sup>50</sup> Sobre la evolución histórica del concepto de bien jurídico, vid.: HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, pp. 7-139.

le otorgue protección, sino que es un concepto normativo, una creación artificial, el producto de un consenso o de un proceso constitutivo en el que necesariamente es reelaborado y, a veces, manipulado y pervertido en sus elementos esenciales<sup>51</sup>. Los bienes jurídicos no son producto de procesos naturales, sino del acuerdo social basado en la experiencia: los bienes jurídicos no existen, sino que son “producidos”<sup>52</sup>. Y en este proceso de producción, la delimitación del objeto de protección penal resulta fuertemente determinada por la realidad histórica, social y política de que se trate.

Siendo cierto que el interés necesitado de protección se deriva de esa realidad social, sin embargo, cuando el legislador crea una ley penal, no se limita a extraer el bien jurídico de la realidad social, sino que tiene un cierto grado de autonomía en la elección de los bienes jurídicos a proteger y en la propia configuración de estos. Lo cierto es que el legislador no puede sustraerse a las propias valoraciones sociales de su tiempo y, aunque posee cierto margen de libertad para decidir si dichos bienes jurídicos deben ser protegidos penalmente o por otras ramas del ordenamiento jurídico, su decisión está sometida a fuertes condicionamientos. Con ello, la determinación de qué intereses o bienes serán objeto de protección conlleva una decisión política del Estado; decisión que está condicionada por la naturaleza democrática y que no es neutral<sup>53</sup>.

Por ello, la cuestión central que debe plantearse respecto a la función de protección de la norma penal es cómo debe el Estado social y democrático de derecho delimitar el objeto de protección penal; nos referimos al proceso material de creación del bien jurídico. En este sentido, en un Estado democrático el objeto que debe proteger la norma penal es, en última instancia, una decisión del legislador, pero además debe derivarse de un proceso legislativo en el que la sociedad ha trasladado previamente su interés por la protección de un determinado bien y su decisión de que la misma encuentre reflejo y respaldo legislativo a quienes les representan en las diversas instancias políticas que formalmente la materializarán<sup>54</sup>.

Afirma HORMAZÁBAL MALARÉE<sup>55</sup> que el bien jurídico “específicamente en un Estado democrático es un producto de la «sociedad civil» y surge de la dinámica participativa y de los procesos de discusión que tienen lugar en la base social. La intensidad de la discusión dependerá de la capacidad del Estado para facilitar la participación y la discusión y, sobre todo, de admitir que en la base social tenga lugar la disidencia. Dicho de otra forma, del mayor o menor carácter democrático del Estado y de la Sociedad”.

Partiendo del hecho de que el bien jurídico no es algo preexistente, sino que se

<sup>51</sup> HASSEMER/MUÑOZ, 2012, p. 20.

<sup>52</sup> HASSEMER/MUÑOZ, 2012, p. 109.

<sup>53</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, pp. 153 y 154.

<sup>54</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, pp. 142 y 143. En similar sentido MIR PUIG, 2003, p. 140.

<sup>55</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 152.

deriva de la realidad y estructura social, las alteraciones y cambios en la misma, que se derivan de la constante evolución en su seno, determina que, de ser este el único referente para la creación del bien jurídico, nos llevaría a un concepto absolutamente relativo del mismo, en el que según la ideología, convicciones o moral de sus distintos grupos, se conceda o niegue la cualidad de bien jurídico a determinados intereses<sup>56</sup>, de manera que podrían (y de hecho se ha hecho) positivizarse bienes jurídicos que no responden al sentimiento, más o menos evolucionado de la sociedad, sino a los dictados de la clase o grupo dominante. Ello no sólo supondría una perversión del concepto de bien jurídico, sino un abuso del Derecho penal como sistema represivo en defensa de la minoría dominante<sup>57</sup>.

Es por ello que, como hemos indicado reiteradamente, se hace absolutamente precisa la elaboración de un concepto material de bien jurídico, que permita la función crítica de la intervención penal y que suponga un verdadero límite al *ius puniendi* estatal<sup>58</sup>. Esta tarea se ha realizado esencialmente por la doctrina penal desde dos perspectivas diferentes que, de modo genérico se aglutinarían en las denominadas teorías constitucionalistas y las teorías funcionalistas sociológicas<sup>59</sup>.

Dentro de las teorías constitucionalistas se emplea como referente directo a la Constitución, de manera que sustentan su planteamiento en la idea de que existen dos órdenes de valores dentro del ordenamiento jurídico: por un lado, los valores consagrados en la Constitución, y, por otro, los contenidos en la legislación penal<sup>60</sup>, que se encontrarían directamente establecidos por los valores constitucionales. Así, para los defensores de estas teorías<sup>61</sup> el reconocimiento prepositivo de los bienes jurídicos se encuentra en la Constitución, donde se consagran los bienes especialmente

<sup>56</sup> Así, MIR PUIG, 2003, pp.152 y 160; TERRADILLOS BASOCO, 1981, pp. 132 y ss.

<sup>57</sup> MUÑOZ/GARCÍA, 2015, pp. 88 y ss.

<sup>58</sup> Así, señala QUINTERO OLIVARES, 2010, pp. 285-289, que “la discusión sobre el bien jurídico ha dejado de ser hoy una pura polémica jurídica y se ha transformado en primordial cuestión de política criminal y ello esencialmente por tres razones: a) en cuanto se percibe la trascendencia política del Derecho Penal y, por ende, la necesidad de que éste sea funcional a una determinada política criminal, resulta obvio que la precisión de los bienes jurídicos se convierte simultáneamente en una opción político criminal que, por lo mismo, no puede reconducirse a la búsqueda del telos de las normas positivas, sino que procede realizar una inversión del orden, colocando primero la decisión sobre cuáles son los bienes que va a proteger el Derecho penal, y frente a qué clase de ataques, para luego describir en el Código penal las figuras del delito que a esa finalidad convienen (...) b) en segundo lugar, el concepto de bien jurídico permite denunciar, en su caso, la existencia de delitos que no protejan bien jurídico alguno, a no ser que se quiera llamar bien jurídico a cualquier interés perseguido por la norma aunque tal interés sea coyuntural y demagógico, o minoritario, en ambos casos no necesitado de tutela penal (...) y c) Puede suceder, por último, que los bienes jurídicos no necesiten ser protegidos en todo caso recurriendo al Derecho penal si, con los medios propios de otras ramas del Derecho, puede lograrse suficiente protección”.

<sup>59</sup> ; BIANCHI PÉREZ, 2009, pp. 5 y ss.; QUINTERO OLIVARES, 2010, p. 291-293; MIRO LLINARES, 2020, p. 601.

<sup>60</sup> BUSTOS/HORMAZÁBAL, 2006, pp. 58 y ss.; LUZÓN PEÑA, 2016, p. 21.; MUÑOZ/GARCÍA, 2015, pp. 75 y ss.; ORTS/GONZÁLEZ, 2019, pp. 53 y ss.; ROXIN, 2008, p. 64; ZUGALDÍA ESPINAR, 2015, p. 32.

<sup>61</sup> Mantienen planteamientos constitucionalistas en relación con la teoría del bien jurídico, BRICOLA, que fue el primer autor que desarrolló estos comportamientos, para quien la sanción penal que lesiona la libertad personal sólo puede adoptarse cuando se lesiona un bien que tenga relieve constitucional, de manera que

valiosos para la vida en común en un Estado de Derecho<sup>62</sup>. También sitúa la doctrina<sup>63</sup> dentro de estas corrientes constitucionalistas de bien jurídico, pero en el contexto de un planteamiento funcionalista del Derecho penal, y, por tanto, una especie de nexo de unión entre ambas tendencias, a ROXIN<sup>64</sup>. Señala este autor que resulta preciso reconocer que la única limitación previa para el legislador se encuentra en los “principios recogidos en la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante politicocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo a través de los cuales se le marcan los límites a la potestad punitiva del Estado”<sup>65</sup>. Sobre esta base, considera ROXIN que bienes jurídicos son “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de la concepción de esos fines o para el funcionamiento del propio sistema”<sup>66</sup>, concepto que le viene dado previamente al legislador, pero no es previo a la Constitución. Desde este planteamiento, sostiene ROXIN un concepto personal de bien jurídico<sup>67</sup> que se acerca a los sostenidos, como veremos, por algunos autores en las teorías funcionalistas personales.

afirma que el ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una significativa lesión de un valor constitucional, cfr. BRICOLA, 1973, pp. 15 y ss., citado por OLAIZOLA NOGALES, 1999, p. 46; RUDOLPHI entiende que el concepto de bien jurídico sólo podrá derivarse de las prescripciones jurídicas positivas previas de la legislación penal, pero obligatorias para ellas, que sólo pueden estar contenidas en la Constitución, cfr. GARCÍA RIVAS, 1996, p. 48, de manera que para este autor, los bienes jurídicos serían las unidades de función social indispensables para el desenvolvimiento de la sociedad, estando tales unidades configuradas en la Constitución, cfr. RUDOLPHI, 1970, pp. 158 y ss., citado por GONZÁLEZ RUS, 1983, p. 25; el mismo traducido al español, 1975, pp. 338 y ss. Dentro de la doctrina española, sigue este planteamiento GONZÁLEZ RUS, 1983, pp. 26 y ss., quien partiendo de la consideración de que el bien jurídico es un valor que se encuentra en la realidad social, en concreto, “un bien o valor, individual o social, susceptible de ser percibido física o mentalmente y lesionable”, sin embargo, entiende que este concepto, por sí solo, no podría limitar al legislador, y a fin de evitar la perversión del mismo, es preciso que el proceso de selección esté directamente conectado y limitado por los valores constitucionales. En esta misma línea se encuentran ESCRIVÁ GREGORI, 1980, pp. 157 y ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, 1991, pp. 20 y ss. De forma general sobre las teorías constitucionalistas, vid. HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, pp. 121 y ss.

<sup>62</sup> BUSTOS RAMÍREZ, 1994, p. 108.

<sup>63</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 122; BUSTOS RAMÍREZ, 1994, p. 108.

<sup>64</sup> En realidad, ROXIN no parte realmente de la Constitución como referente del concepto de bien jurídico, ni tampoco se refiere a un sistema de valores, sino que lo que sostiene es la ausencia de legitimidad estatal para sancionar ataques a presupuestos exclusivamente morales, dado que el fin del Derecho penal sólo puede consistir en garantizar la vida en común de todos los ciudadanos. Así, afirma que “la misión del Derecho penal está en asegurar a sus ciudadanos una convivencia libre y pacífica, garantizando todos los derechos establecidos jurídico constitucionalmente. Si esta misión es denominada, a modo de síntesis, protección de bienes jurídicos, por bienes jurídicos han de entenderse todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad”, cfr. ROXIN, 2013, p. 01:5

<sup>65</sup> ROXIN, 2008, pp. 55 y 56.

<sup>66</sup> ROXIN, 2008, p. 56, desde este planteamiento afirma que se pueden extraer una serie de consecuencias: 1. Las conminaciones penales arbitrarias no protegen bienes jurídicos, 2. Las finalidades puramente ideológicas no protegen bienes jurídicos, 3. Las meras inmoralidades no lesionan bienes jurídicos, 4. Los preceptos penales que crearán o asegurarán la desigualdad entre las personas no protegen bienes jurídicos, ni tampoco la punición de la expresión de opiniones, y 4. Las contravenciones también lesionan bienes jurídicos.

<sup>67</sup> ROXIN, 2016, p. 438.

En conexión también con la Constitución como referente, HEFENDEHL sostiene un planteamiento propio, que niega que se corresponda con la teoría constitucionalista de bien jurídico<sup>68</sup>, pero que pretende definir los bienes jurídicos y fijar los límites a la intervención penal a partir de la Constitución que permitirá establecer los requisitos mínimos para la legitimidad de los tipos penales. De este modo, el punto de partida vendría configurado por el hecho de que el Derecho Penal debería ser considerado como un Derecho de protección (*Schutzrecht*)<sup>69</sup> respecto de determinados intereses, bienes o valores, que pretende evitar resultados lesivos y no simplemente sancionar infracciones de normas; esos intereses, bienes o valores proceden de la Constitución que funcionaría como límite para la determinación de los mismos.

Al margen de cada una de las distintas posturas que fundamentan la teoría del bien jurídico en la Constitución, el consenso radica precisamente en la vinculación del mismo con los valores contenidos en la Norma Fundamental, vinculación que puede ser más o menos intensa, pero que permitirá limitar la intervención del legislador desde el prisma de la restricción a los valores reconocidos constitucionalmente. Justamente es en este punto donde surgen las principales críticas hacia estas teorías, fundamentalmente señalando que si bien es cierto que la Constitución y los valores en ella reconocidos pudieran funcionar como límite negativo en el sentido de entender que las normas penales no pueden amparar intereses contrarios a la Constitución, ello no implica que puede aceptarse que también sirve de límite positivo, en el sentido de convertir automáticamente la protección constitucional de determinados valores en protección penal de los mismos, porque ello no sólo colisionaría con los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, sino que se le supondría a la Constitución la capacidad de prever todas las relaciones sociales a las que puede dar lugar el desarrollo de una sociedad<sup>70</sup>. Este planteamiento implicaría identificar los derechos fundamentales constitucionales con los bienes jurídicos protegidos, que ni son lo mismo ni tienen las mismas funciones, y su identificación lo que conllevaría sería una formalización del concepto de bien jurídico<sup>71</sup>.

Sobre esta base SILVA SÁNCHEZ considera que, aunque pueda ser correcta

<sup>68</sup> ABANTO VÁSQUEZ, 2006, p. 9, nota 32.

<sup>69</sup> ABANTO VÁSQUEZ, 2006, *ibidem*.

<sup>70</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, 1990, p. 10 y ss.

<sup>71</sup> Así, señala BUSTOS RAMÍREZ, 1994, pp. 108 y 109, que “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 los posibles sujetos u objetos que puedan entrar dentro de esa relación, es este sentido también el Estado, pero no sólo éste. (...) 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”.

la exigencia de que los bienes jurídicos penalmente protegibles deban estar reconocidos, directa o indirectamente, por la Constitución debido a las consecuencias tan graves para los derechos y libertades de los ciudadanos que conlleva una intervención penal, sin embargo no se puede obviar que “el ámbito de las realidades consagradas explícita o implícitamente por la Constitución resulta describir un marco flexible y ambiguo, demasiado amplio todavía para los efectos de concretar el concepto de bien jurídico. Así, si bien es cierto que realidades que no hayan sido consagradas expresa o implícitamente en la Constitución deben quedar por principio cerradas a la protección penal, también lo es que no todas aquellas realidades contempladas en la misma adquieren, en virtud de ello, la cualidad de penalmente protegibles”<sup>72</sup>.

Es evidente, por tanto, que los planteamientos exclusivamente constitucionalistas a la hora de determinar el contenido del concepto de bien jurídico, si bien pueden constituir el punto de partida, sin embargo, no resultan suficientes siendo necesaria una mayor labor de concreción de las características de los objetos penalmente protegibles, hasta llegar a delimitar un concepto de bien jurídico. A este respecto, se pronuncia de forma categórica ALONSO ÁLAMO<sup>73</sup> sustentando para ello varias razones: el encorsetamiento del bien jurídico dentro del marco constitucional, lo que impediría la protección de nuevas necesidades o bien impidiendo “que se pueda profundizar en el Estado social y democrático de derecho suprimiendo objetos de protección que devengan democráticamente insostenibles”; y por otra parte, “porque las Constituciones pueden cambiar o desaparecer, incluso sostener injustos constitucionales, y no por ello dejarían de existir necesidades, bienes o intereses merecedores de protección penal”, y por ello, afirma de manera contundente que “ni directa ni indirectamente, cabe decir, se deriva de la Constitución *lo que debe ser* bien jurídico penal”.

De forma paralela a las tesis constitucionalistas, otro sector de la doctrina ha sostenido lo que se ha denominado teorías funcionalistas<sup>74</sup> o teorías sociológicas o sociales<sup>75</sup>, cuyos defensores parten en la configuración de los bienes jurídicos de su dimensión social como estado social valioso o unidad funcional de valor<sup>76</sup>; consecuentemente, se trataría de las condiciones necesarias para la conservación de un orden social, de manera que el bien jurídico se encontraría en el ámbito de la realidad social, y los comportamientos potencialmente lesivos para los mismos tendrían como elemento común configurador su dañosidad social<sup>77</sup>. Como indica MIRÓ LLINARES<sup>78</sup> “el peligro de una concepción tal del bien jurídico es, sin embargo, el que se prescinda del individuo a la hora de definir qué es lo que debe ser protegido

<sup>72</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2012, pp. 436 y ss.

<sup>73</sup> ALONSO ÁLAMO, 2018, p. 602.

<sup>74</sup> OLAIZOLA NOGALES, 1999, p. 49 y ss.

<sup>75</sup> BUSTOS RAMÍREZ, 1994, pp. 109 y 110; HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, pp. 93 y ss.

<sup>76</sup> FERNÁNDEZ, 2004, p. 58.

<sup>77</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2012, pp. 426 y ss.

<sup>78</sup> MIRO LLINARES, 2020, pág. 601.

por el Derecho penal”; planteamiento que, como posteriormente veremos, determinó que HASSEMER sustentara la teoría personal del bien jurídico. Entre estas teorías funcionalistas pueden distinguirse distintos modelos<sup>79</sup>: funcionalistas sistémicas o extremas, funcionalistas moderadas, y funcionalistas personales o teorías personalistas.

Dentro del funcionalismo sistémico<sup>80</sup>, podemos señalar como uno de sus principales representantes a AMELUNG, quien vincula el bien jurídico con la dañosidad social (*Sozialschädlichkeit*)<sup>81</sup> que se configura como una disfuncionalidad del sistema social; de este modo, bien jurídico serían las condiciones de existencia de la vida social, dado que la vulneración ocasionada por la realización del delito sólo se mide atendiendo al daño producido al sistema social. Y sobre esta base, esas condiciones de existencia en la vida social se encontrarían protegidas mediante normas institucionalizadas, cuya vulneración mediante la comisión de un hecho delictivo implicaría la lesión del sistema social<sup>82</sup>. Con este planteamiento en realidad se estaría renunciando al concepto de bien jurídico, siendo el único referente de limitación de la intervención del Estado la vulneración de esa norma institucionalizada que regula los supuestos de dañosidad social; y, al mismo tiempo, “no permite el desarrollo del principio garantista de carácter liberal que se contiene en un programa de derecho penal de «exclusiva protección de bienes jurídicos», ya que el concepto se hace derivar de las condiciones de mantenimiento de una determinada estructura social que mediatiza y encubre las necesidades reales de los individuos en dicha estructura”<sup>83</sup>.

<sup>79</sup> Son diversas las catalogaciones que de las posturas funcionalistas se ha realizado por la doctrina. Así, OLAIZOLA NOGALES, 1999, pp. 49 a 53, distingue entre teorías funcionalistas extremas y teorías personalistas; BUSTOS diferencia entre teorías funcionalistas sistémicas, teorías funcionalistas con base en el interaccionismo simbólico y teorías funcionalistas con fundamento constitucional, analizado por HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991 pp. 109 y ss.; TAVARES, 2004, p. 34, afirma que pueden los distintos modelos de teorías funcionalistas pueden agruparse en tres grupos: estructural, funcional propio y funcional impropio.

<sup>80</sup> Las teorías funcionalistas extremas o sistémicas siguen las tesis de LUHMANN, para quien la sociedad debe afrontarse como un sistema total que está configurado por una pluralidad de actores individuales que interactúan entre sí en diversas situaciones motivados por recíprocas expectativas; sobre esta base el hombre se configura como un ser social, es decir, está vacío y sólo la sociedad le llena de sustancia, de manera que el sistema social pasa a ser lo fundamental. En relación con el planteamiento de LUHMANN, cfr. HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, pp. 97 y ss.

<sup>81</sup> Así entiende este autor que lo “dañino socialmente” es aquello que queda determinado por la disfuncionalidad social de la acción, poniéndose de relieve esta disfuncionalidad por su contradicción con una norma creada para resolver el conflicto de la supervivencia de la sociedad, y configurándose el delito como un fenómeno disfuncional; y esta disfuncionalidad social debe establecerse en relación con el sistema y no con el individuo, cfr. FERNÁNDEZ, 2004, p. 59; HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, pp. 110 y 111; OLAIZOLA NOGALES, 1999, p. 49.

<sup>82</sup> Este planteamiento de AMELUNG, que implica un retroceso frente al liberalismo, cuyo núcleo esencial venía constituido por el hombre como ser libre y autónomo, conlleva el sometimiento del mismo al sistema social y su protección vendría mediatizada por la protección del sistema. Ello implica una consecuencia clara, como es que no reconozca la existencia de bienes jurídicos de carácter individual, por cuanto todo objeto de protección se conforma mediante su conexión con el sistema social y la posible disfuncionalidad del mismo que pudiera llevar la comisión de un hecho delictivo, cfr. FERNÁNDEZ, 2004, p. 59; HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, pp. 111 y 112.

<sup>83</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 112. En una línea similar, OLAIZOLA NOGALES, 1999, p. 49.

Pero si hay un autor que, siguiendo el funcionalismo sistémico, ha supuesto un verdadero ataque a la importancia del bien jurídico como referente en la intervención del Estado, es JAKOBS, quien dando un paso adelante respecto de la postura de AMELUNG, sostiene un planteamiento puramente normativista, de manera que considera que el punto de partida radica en que el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la Constitución y la Sociedad<sup>84</sup>. A la hora de analizar el fundamento del *ius puniendi* señala JAKOBS que la contribución del Derecho penal a fin de mantener la estructura social y estatal existente radica en garantizar la vigencia de las normas, garantía que consiste “en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en el caso de que resulten defraudadas”<sup>85</sup>. Sobre esta base, considera este autor que el bien jurídico penal lo constituye “la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción”<sup>86</sup>; es decir, el derecho garantiza la expectativa de que no se produzcan ataques, expectativa que se configura como norma que dota de estructura a la sociedad, y para que ésta subsista es preciso garantizar que sus normas han de tener vigencia<sup>87</sup>. En definitiva, el planteamiento de este autor consiste en configurar el bien jurídico como la vigencia de la norma<sup>88</sup>, aunque sin prescindir del concepto de dañosidad social considerando que serían aquellas normas que pasan el filtro de la dañosidad social<sup>89</sup>. En consecuencia, se trataría de una modalidad cognitiva de procesamiento<sup>90</sup>, ya que se intimida al propio autor (prevención especial) y a potenciales autores (prevención general), de modo que cabe contar con que no habrá más hechos delictivos<sup>91</sup>, partiendo de la premisa de la que parte JAKOBS de que “se puede intimidar a cualquier ser susceptible de ser domado,

<sup>84</sup> FERNÁNDEZ, 2004, p. 65.

<sup>85</sup> JAKOBS, 2011, p. 45.

<sup>86</sup> JAKOBS, 2011, p. 45, Así, entiende JAKOBS que el bien a proteger lo constituye la frustración de las expectativas, que separa en dos: las expectativas cognitivas y las expectativas normativas. De esta manera, ambas, al verse defraudadas por el sujeto, provocarán algún tipo de daño o lesión, pero de la primera se desprende un proceso de aprendizaje, en el que se confía que el sujeto haya aprendido a tener la cautela requerida para actuar en lo sucesivo en una situación similar de riesgo. Por su parte, las expectativas normativas implican que, dado que las personas se hallan vinculadas a través de normas, se espera que sus conductas serán conformes a las mismas. La expectativa normativa sucede cuando el sujeto ha abandonado las expectativas cognitivas, es decir, no se ha llevado a cabo el aprendizaje que se esperaba. Pero al mantenerse la expectativa normativa, se plantea que la conducta errónea del infractor de la norma es la causa decisiva de la defraudación; sobre esta base, quien ha visto lesionado su derecho identifica al autor como causa de la defraudación de la norma y exige que este sea penado y así se confirme su expectativa, Cfr. JAKOBS, 2003, pp. 49 y 50.

<sup>87</sup> JAKOBS, 2003, pp. 50 y 51.

<sup>88</sup> JAKOBS, 2003, pp. 48 y ss.; el mismo, 2011, p. 47.

<sup>89</sup> Así, señala JAKOBS que las normas que pasan ese filtro en parte son normas protectoras de bienes jurídicos, en parte normas para la creación de bienes jurídicos (delitos especiales y delitos de propia mano) y en parte normas para proteger la paz jurídica. Lo importante es que la punibilidad se oriente no a lo disvalioso *per se*, sino siempre a la dañosidad social, cfr. JAKOBS, 2011, p. 58.

<sup>90</sup> JAKOBS, 2003, p. 50.

<sup>91</sup> Así, desde esta perspectiva, el delito constituye una amenaza a la integridad y estabilidad del sistema y la expresión simbólica de una falta de fidelidad al mismo; por el contrario, afirmaba que la pena restablece la estabilidad del sistema, expresando simbólicamente su superioridad y fortaleciendo la confianza de los ciudadanos en él, cfr. MUÑOZ CONDE, 1985, p. 121.

no sólo a los autores culpables, sino también a los niños, a las personas que padecen enfermedades mentales o que sufren un retraso mental, además, a algunos animales, como los perros<sup>92</sup>; sin embargo, considera que esta premisa influye en la pena, pero en modo alguno constituye su principio esencial, porque de ser así, estaríamos obviando el principio de culpabilidad que garantiza dos cosas: en primer lugar, que el hecho no debe interpretarse como casualidad o como capricho del destino, sino como obra, artefacto de una persona; y en segundo lugar, que esta persona es competente para intervenir en asuntos públicos. Así, sostiene JAKOBS que “un hecho culpable es una configuración del mundo que pretende ser determinante. Es con esta interpretación que se alcanza el plano verdaderamente social: la comunicación; el autor afirma a través de su hecho que el mundo debe ser configurado del modo en el que él se comporta, es decir, en contra de la norma y no de otra manera<sup>93</sup>; de manera que la pena es la forma de declarar en la sociedad que un hecho no es aceptable, después de que el sujeto haya confirmado con su acción que sí lo era. Sobre esta base, JAKOBS configura el principio de culpabilidad como un principio de infracción de un rol general de la persona, “ya que la moderna teoría del comportamiento no permitido como parte de la teoría de la imputación objetiva ha mostrado que no existen prohibiciones genéricas de salvación, sino que por el contrario, tales normas siempre afectan a personas competentes, siendo competente, precisamente, aquel de cuyo rol forma parte el no lesionar<sup>94</sup>.”

En definitiva, para JAKOBS<sup>95</sup> el Derecho penal garantiza la expectativa de que no se produzcan ataques no a bienes representados como objeto físico o algo similar, sino como norma, como expectativa garantizada.

Este planteamiento prevencionista seguido por JAKOBS se asemeja al retribucionismo<sup>96</sup>, a nuestro parecer inconstitucional, y que llevado al extremo nos conduciría ante un Estado policía, difícilmente compatible con los derechos y garantías fundamentales del individuo. Por ello, resulta totalmente acertada la afirmación de MUÑOZ CONDE<sup>97</sup> de que la adscripción a la teoría sistémica no debe pasar de la configuración de la norma penal como un conjunto de expectativas, pues si bien proporciona un valioso instrumento para el análisis y descripción de los fenómenos sociales y del control social, no ofrece medios para su valoración y crítica. Y a ello se une el hecho de que el modelo propuesto por esta teoría sistémica desemboca en una

<sup>92</sup> JAKOBS, 2003, p. 50.

<sup>93</sup> JAKOBS, 2003, p. 51.

<sup>94</sup> JAKOBS, 2000, p. 156

<sup>95</sup> JAKOBS, 2003, p. 154.

<sup>96</sup> Así, los paralelismos entre la postura adoptada por JAKOBS y las sostenidas por las teorías retribucionistas pueden deducirse de las propias palabras de este autor, quien revela claras coincidencias con el planteamiento hegeliano al afirmar que “la prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir, a su vez, la contradicción de las normas determinadas de la identidad de la sociedad”, cfr. JAKOBS, 1996, p. 18.

<sup>97</sup> MUÑOZ CONDE, 1985, p. 122.

concepción preventivo-integradora del Derecho penal en la que el carácter conflictivo de la convivencia social y el coactivo de las normas jurídico-penales desaparece en un entramado técnico en el que la desviación social o el delito se califican como una simple “complejidad” que hay que reducir. La solución al conflicto se realiza allí donde se manifiesta, pero no donde se produce, dejando sin modificar las relaciones de producción. En última instancia, la teoría sistémica conduce a un neo-retribucionismo en el que el Derecho penal se justifica intrasistémicamente, legitimando y reproduciendo un sistema social que en ningún caso es cuestionado<sup>98</sup>.

En similar línea afirma CARBONELL MATEU<sup>99</sup> que “... al desligarse la vigencia de la norma del acto de su creación, del momento de selección de los valores, el Derecho se convierte en una especie de mecanismo de relojería, políticamente aséptico y, naturalmente, al servicio de un poder que no necesita justificarse más allá del mero utilitarismo (...); el funcionalismo puro se limita a justificar la represión en función de su utilidad para el sistema; los valores están absolutamente difuminados, las garantías relativizadas y el sistema, socializado: no ha lugar a la crítica del sistema mismo ni a los valores sobre los que se asienta”.

En efecto, cuando se habla de funcionalidad de la norma penal no se dice nada sobre su funcionamiento ni sobre el sistema social para el que es funcional. Ahora bien, resulta necesario analizar el modo específico de funcionamiento de la norma penal en el conjunto del sistema de control social en el que se integra. Lo cierto es que las normas jurídicas garantizan un alto grado de estabilidad y cumplimiento de las expectativas sociales, pero no deben nunca ser analizadas independientemente de sus contenidos valorativos. En realidad, si se asume el funcionalismo sistémico con su postulado de que la misión del Derecho penal es asegurar sobre todas las cosas simplemente la vigencia de la norma sin otra referencia material legitimadora que la defensa del sistema social, posiblemente el Derecho penal pierda con la teoría del bien jurídico “el último apoyo que le queda para la crítica del Derecho penal positivo”<sup>100</sup>.

Las teorías funcionalistas extremas respecto del bien jurídico también son seguidas, aunque con matizaciones, en la doctrina española. Así, por ejemplo, GÓMEZ BENÍTEZ sigue un planteamiento similar, aunque sin renunciar al concepto de bien jurídico<sup>101</sup>, de manera que considera la lesión de un bien jurídico como la producción

<sup>98</sup> MUÑOZ CONDE, 1985, p. 122.

<sup>99</sup> CARBONELL MATEU, 1999, pp. 65 y 66. Así, para este autor, la elaboración de las normas que han de regir el funcionamiento de un sistema social y especialmente, la selección de los valores a tutelar y de las conductas que serán consideradas intolerables y, por ello, delictivas, son fruto de decisiones políticas. La creación del Derecho penal es, así, una actividad del Estado de la comunidad social políticamente organizada, y no algo ajeno al sistema mismo. Por eso, resultan criticables las teorías sistémicas que intentan explicar sociológicamente el Derecho penal, justificando la intervención penal como reajuste frente a una actuación asocial, prescindiendo de conductas críticas a los momentos valorativos.

<sup>100</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 7; MUÑOZ CONDE, 1985, pp. 26-28.

<sup>101</sup> MUÑOZ CONDE, 1985, p. 28.

de un perjuicio social, y, por tanto, como un desvalor social, de donde se deriva que sólo podrían prohibirse las conductas socialmente dañosas, pero siempre sobre la base de que la tutela del sistema social sólo se verifica en tanto supone la defensa del individuo<sup>102</sup>. Más recientemente, CANCIO MELIÁ defiende que el bien jurídico debe subsumirse bajo el concepto de vigencia de la norma como fundamento de la intervención penal<sup>103</sup>.

Este planteamiento funcionalista sistémico del Derecho penal conlleva el resurgimiento de una tendencia criminalizante unida a un desplazamiento de la política de protección de bienes jurídicos que, con anterioridad, había dado fundamento a una tendencia despenalizadora<sup>104</sup>. Es por ello que se convierte en absolutamente necesario el retorno a una teoría del bien jurídico que vuelva a constituirse en el centro de discusión en el Derecho penal y en el necesario referente material de la política penal del Estado<sup>105</sup>.

En nuestra opinión resulta innegable que la vinculación del Derecho penal a la función de protección de bienes jurídicos constituye una garantía por sí misma al obligar a un esfuerzo de justificación en la creación de normas penales; por el contrario, un funcionalismo sistémico, tal como hemos expuesto, facilita el intervencionismo del Estado, al no tener que encontrar ningún fundamento que justifique la intervención penal, dado que la norma se legitima en sí misma y la pena en el simple y mero quebrantamiento de la norma penal, cualquiera que ésta sea. Es más, la adopción de una perspectiva exclusivamente funcionalista, especialmente la perspectiva extrema de JAKOBS, puede acabar anulando la eficacia limitadora del concepto de bien jurídico, porque la protección de determinados valores morales o de ciertas estrategias políticas puede llegar a ser considerado funcional y útil para el sistema, con el consiguiente riesgo de olvidar al individuo para atender en exclusiva a las necesidades del grupo social, con el consiguiente acento totalitario que ello conlleva<sup>106</sup>.

Como crítica a estos planteamientos funcionalistas extremos, las teorías funcionalistas moderadas<sup>107</sup> y las teorías funcionalistas personales afirman que el riesgo que se puede derivar del funcionalismo sistémico se podría corregir mediante la inclusión en el concepto de bien jurídico de una referencia central al individuo<sup>108</sup>. De este

<sup>102</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, 1983, pp. 102 y ss.

<sup>103</sup> Citado por FERNÁNDEZ, 2004, p. 72.

<sup>104</sup> HASSEMER, 1989, pp. 277-278.

<sup>105</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 8.

<sup>106</sup> Así, señala OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO que, desde este planteamiento, sería posible que el Estado, movido por grupos hegemónicos, quiera castigar todos los hechos disfuncionales respecto al sistema de producción y distribución, del que éstos son beneficiarios, y no quiera castigar hechos que, pese a ser nocivos resultan funcionales al mismo, cfr., OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, 1984, pp. 342 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, 2012, pp. 428 y 429.

<sup>107</sup> El principal representante de esta corriente es ROXIN, que realiza un planteamiento de unión entre las teorías funcionalistas y las teorías constitucionalistas que acerca su concepto de bien jurídico al sostenido en las teorías funcionalistas personales, cfr. SILVA SÁNCHEZ, 2012, p. 428 nota 382.

<sup>108</sup> Son partidarios de la referencia al individuo en la definición del concepto de bien jurídico entre otros RUDOLPHI, 1975, p. 334 y ss.; ROXIN, quien inicialmente asigna al bien jurídico dos funciones: una de

modo, partiendo de la referencia al individuo<sup>109</sup> como núcleo esencial del concepto de bien jurídico, aquellos hechos disfuncionales que no afecten a las posibilidades de autorrealización del individuo no serán punibles, mientras que, por el contrario, aquellos hechos funcionales para el desarrollo del sistema podrán ser sancionados, cuando vulneren las posibilidades de autorrealización del individuo, en la medida en que el sistema se declare establecido en beneficio de este, y siempre que concurren los restantes requisitos exigidos, en tanto que son disfuncionales con el “programa” del sistema<sup>110</sup>. Así pues, para los defensores de las teorías personalistas<sup>111</sup>, la idea nuclear en sus planteamientos radica en que sólo se podrán considerar bienes jurídicos aquellos objetos que el ser humano precisa para su libre autorrealización (que obviamente tiene lugar en la vida social), determinados objetos se convierten en bienes jurídicos, por tanto, en la medida en que están dotados de un contenido de valor para el desarrollo personal del hombre en sociedad<sup>112</sup>. Así, los partidarios de estas teorías aluden a la importancia del individuo en la concepción del bien jurídico desde diferentes perspectivas, pero coincidiendo en la idea fundamental de que el concepto de bien jurídico debe girar en torno al individuo como sujeto integrante de un sistema social. Se combina así la idea funcionalista al considerar el bien jurídico como un valor social, pero en la medida que ello influya en la autorrealización del individuo<sup>113</sup>.

Sobre esta base, el punto de partida de los planteamientos personalistas radica en que la norma jurídico penal, al igual que el resto de las normas jurídicas se orienta a

protección de bienes jurídicos y otra de asegurar el cumplimiento de las prestaciones públicas esenciales, pero más adelante define los bienes jurídicos como realidades o pretensiones que son útiles para el individuo y su libre desarrollo o para el funcionamiento del total sistema social, construido con tal fin, cfr. ROXIN, 2008, p. 56; CALLIES, 1974, p. 143 y ss., citado por SILVA SÁNCHEZ, 2012, nota 384; HASSEMER, 1989, p. 275 y ss., en concreto p. 282; HASSEMER/MUÑOZ, 2012 pp. 103 y ss., en especial p. 109; MUÑOZ /GARCÍA, 2015, p. 63; SILVA SÁNCHEZ, 2012, pp. 429 y 430; MIR PUIG, 2016, p. 174; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, 1984, pp. 350 y ss.; LUZÓN PEÑA, 1991a, p. 59. ZUGALDÍA ESPINAR, 2015, p. 31 y 32; NÚÑEZ CASTAÑO, 2015, p. 53; LUZÓN PEÑA, 2016, p. 21, entre otros.

<sup>109</sup> PAWLIK, 2016, pp. 5 y ss. concretamente p.9, afirma que más que el individuo lo que debe configurar el bien jurídico son las personas que conviven en una sociedad configurada por normas, que denomina, utilizando términos hegelianos, “personas en derecho”.

<sup>110</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2012, p. 431, quien pone de relieve la peligrosa ambigüedad del concepto de dañosidad social, entendido separado de toda otra consideración: en efecto, problemas como el de la definición de lo socialmente dañoso en una sociedad dividida, cuyos diferentes estratos responden a intereses contrapuestos, no son fácilmente resolubles. De ahí que quizás sea lo mejor integrar en una sola idea los aspectos de “referencia individual” y de “dañosidad social”, afirmando que el objeto de protección jurídico-penal necesariamente debe expresar las condiciones que hacen posible un libre desarrollo del individuo a través de su participación en la vida social.

<sup>111</sup> Aunque también las posturas dualistas conectan el bien jurídico con el autodesarrollo del individuo, por lo que no existe en ninguna una completa desconexión con el mismo.

<sup>112</sup> ARAUZ ULLOA, 2003, pp. 109 y ss.; BIANCHI PÉREZ, 2009, p. 37; COUTO DE BRITO, 2014, p. 2; LUZÓN PEÑA, 2016, p. 21; MUÑOZ/GARCÍA, 2015, p. 63; MIR PUIG, 2016, p. 174; NÚÑEZ CASTAÑO, 2015, p. 53; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, 1984, pp. 350 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, 2012, pp. 431 y 432; ZUGALDÍA ESPINAR, 2015, p. 31 y 32.

<sup>113</sup> OLAIZOLA NOGALES, 1999, p. 51.

proteger un interés<sup>114</sup>, cuya especificidad consiste en su carácter fundamental para la vida en sociedad, esto es, intereses fundamentales que garanticen la convivencia, los bienes jurídicos más importantes. Ello ha de entenderse como la limitación de la intervención penal a la protección de los presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social<sup>115</sup>, presupuestos que se denominan “bienes” y en cuanto que son objeto de protección por el derecho, “bienes jurídicos” y que implican que las sanciones más graves del ordenamiento deben reservarse para los más graves ataques a la convivencia<sup>116</sup>.

HASSEMER es uno de los principales representantes de estas teorías personalistas del bien jurídico, cuyo planteamiento parte de la necesidad de responder a la cuestión de por qué una sociedad criminaliza un determinado comportamiento que considera lesivo<sup>117</sup>, y su fundamento radica en la existencia de un bien jurídico comprendido en el concreto contexto histórico cultural en el que tiene que ser valorado<sup>118</sup>. Efectivamente, HASSEMER señala que enfocar la misión del Derecho penal, esto es, la criminalización de un determinado comportamiento, tomando como núcleo la existencia de un bien jurídico ofrece al legislador “un criterio plausible y práctico a la hora de tomar sus decisiones y, al mismo tiempo, un criterio externo de comprobación de la justicia de esas decisiones... (...) La idea del bien jurídico conduce, por tanto, a una Política criminal racional: el legislador penal debe medir sus decisiones con criterios justos y claros, utilizándolos al mismo tiempo para su justificación y crítica. Todo aquello que nada tenga que ver con la protección de los bienes jurídicos debe ser excluido del ámbito del Derecho penal”<sup>119</sup>. Sobre esta base rechaza completamente la mera protección del sistema social (que se preconiza en las teorías funcionalistas sistémicas) dado que en su opinión, la función del Derecho penal no es la seguridad general o la disminución social del daño, sino la imputación de un hecho punible a una persona y con ello la individualización de un problema siempre social<sup>120</sup>; de este modo, considera que el Estado no es un fin en sí mismo, sino que debe

<sup>114</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, 1990, pp. 5 y ss.

<sup>115</sup> MUÑOZ/GARCÍA, 2015, p. 65; SILVA SÁNCHEZ, 2012, pp. 431 y 432.

<sup>116</sup> Resulta evidente la necesidad de protección de esta serie de “bienes” para una pacífica convivencia en sociedad, y que esta protección debe realizarse dentro de los cauces adecuados desde el punto de vista del Derecho. Ciertamente es que, normalmente, será el Derecho penal quien pueda responder a las exigencias de protección requeridas, pero sin olvidar que solamente podrá utilizarse en aquellos casos en que se vean atacados los “bienes” que tengan una entidad grave y de suficiente consideración; cfr., en este sentido, MUÑOZ CONDE, 2012, p. 48, quien ya afirmaba que en aplicación del principio de intervención mínima, el Derecho penal sólo interviene o debe intervenir en los casos de ataques muy graves a la convivencia pacífica de la comunidad.

<sup>117</sup> FERNÁNDEZ, 2004, p. 62.

<sup>118</sup> Así, HASSEMER considera que esta valoración depende de tres factores: a) la frecuencia de realización de estos comportamientos, b) la intensidad de la demanda del objeto en cuestión, y c) la medida de la amenaza, junto a ellos establece que otros factores también tendrán relevancia, como la incidencia en la conciencia cultural de la sociedad y su ilustración normativa y otros derivados de la psicología, cfr. HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 116.

<sup>119</sup> HASSEMER/MUÑOZ, 2012, p. 105; ZAFFARONI, 2018, p.25.

<sup>120</sup> HASSEMER, 1989, p. 281.

fomentar el desarrollo y el aseguramiento de las posibilidades del hombre, y, consecuentemente, los bienes jurídicos tienen fundamento sólo en la medida en que se corresponden con los intereses del individuo<sup>121</sup>. Para delimitar el concepto de bien jurídico, HASSEMER considera que será preciso plantearlo en el campo de tensión entre persona (individuo), sociedad y Estado<sup>122</sup>, concluyendo que los bienes jurídicos son siempre intereses humanos que requieren protección penal<sup>123</sup>. Desde este planteamiento, considera que la protección de las instituciones, y consecuentemente la protección de los bienes jurídicos supraindividuales, sólo se podrá sustentar desde el prisma de los intereses de las personas, es decir, es preciso “funcionalizar los intereses generales y del Estado a partir del individuo: los bienes jurídicos universales tienen fundamento sólo en la medida en que se corresponden con los intereses -conciados- del individuo”<sup>124</sup>.

Es por ello que, como señala HORMAZÁBAL MALARÉE<sup>125</sup>, para HASSEMER las instituciones sólo podrán ser protegidas en tanto en cuanto esta protección sea condición necesaria para la protección del individuo, es decir, que brinden la posibilidad de servir a los intereses del hombre<sup>126</sup>. Por tanto, cuanto más difícil sea conciliar legítimamente una amenaza penal con un interés humano, tanto más cuidadoso se debe ser en relación a si se debe amenazar penalmente y cómo<sup>127</sup>.

También sostiene un planteamiento personalista CALLIES<sup>128</sup>, si bien más cercano a los funcionalismos extremos que el suscrito por HASSEMER, y para ello atribuye al bien jurídico un contenido derivado de la función social del Derecho penal. De este modo, barajando conceptos pertenecientes a distintos planteamientos considera que la protección de bienes jurídicos significa la protección de las posibilidades de participación en la sociedad<sup>129</sup> y, consecuentemente, el objeto de protección jurídico penal necesariamente debe expresar las condiciones que hacen posible un libre desarrollo del individuo a través de su participación en la vida social. Según esto, la dañosidad social de las infracciones de Derecho penal se derivaría precisamente de incidir sobre la esfera de libertad del individuo, privándole de medios de participación social: sería sólo constatable a partir de la apreciación de que se ha impedido una

<sup>121</sup> HASSEMER, 1989, *ibidem*.

<sup>122</sup> HASSEMER/MUÑOZ, 2012, p. 109.

<sup>123</sup> HASSEMER, 1989, p. 282.

<sup>124</sup> HASSEMER, 1989, p. 281.

<sup>125</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 119. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ, 2004, p. 62.

<sup>126</sup> HASSEMER, 1989, p. 282.

<sup>127</sup> HASSEMER, 1989, pp. 278 y ss.; el mismo, 1991, p. 33 y ss.; HASSEMER, 1992, pp. 239 y ss.; en similar sentido HASSEMER/MUÑOZ, 2012, pp. 103 y ss.

<sup>128</sup> Sobre el planteamiento de CALLIES, *vid.*, más ampliamente, HORMAZÁBAL MALARÉE, 1999, pp. 119 y ss.

<sup>129</sup> CALLIES, 1974, pp. 122 y ss., citado por HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 120. De este modo, sostiene CALLIES que, si el Derecho penal protege la estructura social, entendida como red de distribución de posibilidades de participación recíprocas en los sistemas sociales, los bienes jurídicos no pertenecerán a la categoría de los «sustanciales», ni son «valores» cuasicosificados, ni «bienes», sino aquella estructura social, en general, y las posibilidades de participación que supone, en particular, *cfr.* MIR PUIG, 2003, p. 121.

participación en los procesos sociales<sup>130</sup>. Si bien es cierto que el planteamiento de CALLIES configura un derecho penal programado para la exclusiva protección de bienes jurídicos, sin embargo, como señala HORMAZÁBAL MALARÉE<sup>131</sup> “el bien jurídico no puede ser posibilidad de participación dentro de la relación social como lo entiende CALLIES, sino que es un aspecto más, particularizado de las posibilidades de participación dentro de la propia relación social democrática. Otra cosa es que el bien jurídico, o mejor que un derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos, esté al servicio del estado democrático como instrumento para la participación de los individuos dentro de la relación social, pero lo que no es, es la participación o posibilidad de participación”<sup>132</sup>.

Esta teoría sustentada por CALLIES fue sostenida en España por MIR PUIG, quien considera que el bien jurídico expresa una relación dialéctica entre realidad y valor que interesa al Derecho por su dimensión social. De este modo, al igual que CALLIES, entiende que el bien jurídico consiste en una “posibilidad de participación” en los sistemas sociales<sup>133</sup>, y, en consecuencia, sostiene que los bienes jurídicos son las condiciones necesarias, según la observación empírica, de un correcto funcionamiento de los sistemas sociales<sup>134</sup>. Ahora bien, a fin de evitar una concepción poco respetuosa con el individuo que lo contemple sólo desde la perspectiva de su utilidad social, corriendo con ello el peligro de que la idea de disfuncionalidad respecto de la estructura social se fundamentara en exclusiva, como ya señalamos, en las necesidades del conjunto social, considera necesario requerir que tales condiciones se traduzcan en concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social<sup>135</sup>.

También puede verse un sustrato de teoría personalista, aunque con un fundamento constitucionalista, en la postura de RUDOLPHI<sup>136</sup>, quien afirma que “una

<sup>130</sup> OLAIZOLA NOGALES, 1999, pp. 52 y 53.

<sup>131</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, pp. 120 y 121.

<sup>132</sup> Así, afirma HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 121, que es indudable que un ataque contra la vida constituye un obstáculo que impide la participación y por lo tanto, intolerable en una sociedad democrática, pero ello no fundamenta que la vida sea reconocida como bien jurídico desde la perspectiva de que constituye una posibilidad de participación; señala que en realidad tal planteamiento es sólo una respuesta desde una perspectiva interaccionista del porqué de la protección de la vida, pero no una respuesta a la pregunta de lo que es un bien jurídico desde el punto de vista material.

<sup>133</sup> MIR PUIG, 2003, pp. 114 y ss.

<sup>134</sup> MIR PUIG, 2003, p. 123.

<sup>135</sup> MIR PUIG, 2003, p. 123 y ss., donde indica que “posibilidad de participación” no debe entenderse sólo como posibilidad de *incidencia activa* en la vida colectiva, sino también como posibilidad de vivir en sociedad confiando en el *respeto de la esfera de libertad particular por parte de los demás*; MIR PUIG, 1991, pp. 207 y 208 donde afirma que “es ciertamente conveniente postular que el bien jurídico no sólo importe al sistema social, sino que se traduzca además en concretas posibilidades para el individuo”.

<sup>136</sup> Así, señala HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 123, que RUDOLPHI se inscribe en la línea de quienes dan fundamento constitucional al bien jurídico, pero con influencias del funcionalismo y de las teorías personalistas, dado que parte de la concepción de un “estado de derecho constitucional”, en que tan importante son las garantías formales como “la vinculación jurídica del poder estatal a la idea de justicia material”, por lo que a su juicio la actividad estatal no sólo debe sujetarse al principio de legalidad, sino que debe concretarse “en el esfuerzo por una estructuración justa e igualitaria de las relaciones humanas”.

norma penal se justifica cuando es necesaria para la protección y seguridad de las condiciones de vida de una sociedad estructurada sobre la base de la libertad de la persona y al mismo tiempo es entendida por todos como razonable<sup>137</sup>, y, por ello, los bienes jurídicos no son objetos estáticos, sino unidades funcionales sociales sin las cuales nuestra sociedad, en su estructuración concreta, no sería capaz de existir<sup>138</sup>, y tales unidades funcionales valiosas para nuestra sociedad y para la posición y libertad de los ciudadanos individualmente considerados encuentran su fundamento en la Constitución<sup>139</sup>. Como señala HORMAZÁBAL MALARÉE<sup>140</sup>, este planteamiento no permite otorgar un concepto material de bien jurídico quedándose en el ámbito de lo formal al identificar la realidad social con sociedad estatal constitucional, que podrá ser realidad normativa, pero jamás realidad social.

Dentro de estas tesis personalistas del bien jurídico se encuentra, en España, MUÑOZ CONDE, quien, partiendo de una crítica radical a las teorías del funcionalismo sistémico<sup>141</sup>, sostiene que el bien jurídico es el valor que la norma penal debe proteger, y que viene constituido por una cualidad positiva que el legislador atribuye a determinados intereses<sup>142</sup>. La determinación de estos intereses implica una valoración que se encuentra condicionada históricamente, y que depende no sólo de las necesidades concretas de una determinada sociedad, sino, y quizás de manera más directa, de las concepciones y planteamientos morales dominantes en la misma<sup>143</sup>; y ello conlleva de manera inevitable que se consideren como bien jurídico los intereses del grupo o clase dominante, lo que en su opinión supone una perversión del concepto de bien jurídico<sup>144</sup>. Es por ello que, para este autor, se convierte en imprescindible la elaboración de un concepto material de bien jurídico que le permita realizar una función crítica respecto de los intereses objeto de protección por parte del legislador, y para ello, parte de una concepción personalista basada en una visión antropocéntrica del mundo que convierte al individuo en el núcleo central de concepto de bien jurídico. Así, partiendo de la base de que toda norma jurídica debe estar encaminada a regular y proteger la convivencia en una concreta sociedad, dado que “sólo en ella puede la persona individual autorrealizarse y desarrollarse”, considera que esta autorrealización sólo podría conseguirse mediante la existencia de una serie de

<sup>137</sup> RUDOLPHI, 1975, p. 339.

<sup>138</sup> RUDOLPHI, 1975, p. 343.

<sup>139</sup> RUDOLPHI, 1975, p. 344.

<sup>140</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 124.

<sup>141</sup> MUÑOZ CONDE, 1985, pp. 26 y 122.

<sup>142</sup> MUÑOZ CONDE, 2007, p. 64.

<sup>143</sup> MUÑOZ /GARCÍA, 2015, p. 64.

<sup>144</sup> Así, señala MUÑOZ CONDE que “la elevación a la categoría de bien jurídico, es decir, de valor respetable y que hay que respetar, de determinadas ventajas e intereses en beneficio de unos pocos y en perjuicio de la mayoría es una forma evidente de mantener el status, de reaccionar frente a todo lo que signifique progreso y de conservar a toda costa la actual situación. De este modo se abusa del Derecho penal como sistema de represión en defensa de las minorías dominantes, poniendo, por ejemplo, la oposición política al margen de la ley”, cfr. MUÑOZ/GARCÍA, 2015, *ibidem*.

“presupuestos existenciales que, en tanto son de utilidad para el hombre, se denominan «bienes» y, concretamente, en tanto son objeto de protección por el Derecho, «bienes jurídicos»”<sup>145</sup>. Así pues, afirma este autor que bienes jurídicos son aquellos “presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y desarrollo de su personalidad en la vida social”<sup>146</sup>, y estos presupuestos o bienes jurídicos son algo que crea la ley y no algo preexistente a la misma<sup>147</sup>.

También mantiene un planteamiento personalista del bien jurídico LUZÓN PEÑA<sup>148</sup>, quien considera que bien jurídico serán “aquellas condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad (o, si se prefiere, para el desarrollo de la vida de la persona, tanto como individuo en su esfera más íntima, cuanto como en sus relaciones con la sociedad). Tales condiciones pueden consistir en objetos, materiales o inmateriales, relaciones, intereses o derechos, que en cualquier caso han de ser socialmente valiosos y por ello dignos de protección jurídica”, tanto para la persona individualmente considerada, como para la sociedad, el Estado o la comunidad internacional.

Dentro de este breve análisis de las posturas referentes al concepto de bien jurídico resulta preciso hacer referencia al planteamiento sustentado por SILVA SÁNCHEZ, en la misma línea de las teorías personalistas sostenidas hasta el momento, si bien con algunas matizaciones. Así señala SILVA SÁNCHEZ<sup>149</sup> que el concepto de bien jurídico parte de “la combinación de los aspectos de afectación a individuos y de repercusión social dañosa”, es decir, que los objetos sujetos a tutela penal deben tener relevancia social y además conllevar una referencia respecto del individuo<sup>150</sup>. Ahora bien, en opinión de este autor, la precisión del concepto de bien jurídico no termina con los requisitos de afectación a los individuos y relevancia social, sino que es preciso tomar en consideración otros aspectos como el merecimiento y necesidad de pena, y que sea susceptible de ser protegido penalmente<sup>151</sup>.

### 3. *Sobre una concepción personalista de bien jurídico*

El breve análisis que hemos realizado respecto tanto de la evolución histórica como de los actuales planteamientos que se sostienen en relación con el concepto de

<sup>145</sup> MUÑOZ/GARCÍA, 2015, p. 63.

<sup>146</sup> MUÑOZ/GARCÍA, 2015, *ibidem*.

<sup>147</sup> MUÑOZ CONDE, 2007, p. 64. Así, señala este autor que el bien jurídico no existe ónticamente antes de que el legislador le otorgase su protección extrayéndolo de la realidad social, sino que se trata, como todos los conceptos normativos, “de una creación artificial, el producto de un consenso o de un proceso constitutivo, en el que necesariamente es reelaborado, y a veces manipulado y pervertido en sus elementos esenciales”.

<sup>148</sup> LUZÓN PEÑA, 2016, p. 189; el mismo, 1991a, pp. 58 y 59.

<sup>149</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2012, pp. 432 y 433.

<sup>150</sup> En este punto, considera SILVA SÁNCHEZ, 2012, p. 433 que la condición de bien jurídico no requiere una afectación directa del individuo, sino que ésta también puede ser indirecta. Reconoce, sin embargo, que surge el problema de delimitar en qué punto de esta repercusión indirecta ya no concurrirían las condiciones necesarias para la protección penal, dada precisamente la ambigüedad del término empleado.

<sup>151</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2012, pp. 453 a 459.

bien jurídico sirve para poner de relieve la dificultad y controversia doctrinal que existe conforme al mismo, hasta el punto de que, como hemos señalado, algunas de las tendencias doctrinales optan por renunciar a otorgar un concepto material de bien jurídico, en aras de una formalización del mismo que pudiera incluso derivar en una normativización del concepto, de manera que la única función que estaría vigente sería una instrumental que sirviese para sistematizar los distintos tipos delictivos contenidos en el Código penal.

Sin embargo, a pesar de ello consideramos que el bien jurídico y su concepto constituyen el elemento central de cualquier teoría del delito de un Estado democrático de Derecho, y que, por ello, una de las principales funciones que cumple es una función crítica que sirva de limitación al *ius puniendi* del Estado<sup>152</sup>. Y ello porque, a pesar de las perversiones o regresiones que puedan realizarse respecto del concepto de bien jurídico, el ejercicio analítico, crítico, justificativo y legitimador que implica la exigencia de existencia de un bien jurídico a proteger que legitime la intervención penal es un aspecto absolutamente irrenunciable en un Estado de Derecho, siempre que no queramos quedar al azar de las oscilaciones y “caprichos criminalizadores” del legislador del momento, influido por los intereses y convicciones morales, sociales e ideológicas de los grupos (generalmente minoritarios) dominantes en ese momento. Así, como señala GALÁN MUÑOZ<sup>153</sup>, “sólo instituyendo el concepto de bien jurídico como referente básico fundamental de la creación e interpretación de las normas penales, se podría sustentar una concepción crítica, al tiempo que dinámica, del Derecho penal como instrumento de control social que impidiese su utilización como un mecanismo de control y de estabilización al servicio de los sistemas sociales manifiestamente contrarios a los principios y derechos fundamentales, que deben presidir el ordenamiento jurídico de un verdadero Estado social y democrático de Derecho”.

Por todo ello, es preciso dejar sentadas algunas premisas en relación con el concepto de bien jurídico, su utilidad para la teoría del delito y la delimitación de su contenido. Así, en primer lugar, se hace preciso constatar, como ya hemos puesto de relieve a lo largo de todo este artículo, que la mayoría de la doctrina rechaza las concepciones formales de bien jurídico, en tanto que, como acabamos de indicar, simplemente cumplirían una función sistematizadora e incluso interpretativa de las normas penales, pero serían inadecuadas para cumplir la principal función crítica que

<sup>152</sup> Bien es cierto que resulta preciso admitir que el bien jurídico no ha servido en la mayoría de las ocasiones a esta función limitadora, es decir, no ha sido capaz de evitar la expansión de las leyes penales contribuyendo, en algunos casos, a legitimar nuevas incriminaciones penales absolutamente injustificadas. Por ejemplo, casos como los delitos de matrimonios ilegales de los artículos 217, 218 y 219 del Código Penal, la corrupción en los negocios de los artículos 286 bis, ter y quater, o la financiación ilegal de partidos políticos (artículos 304 bis y ter CP), entre otros delitos que consideramos que carecen de bienes jurídicos, pero sin embargo el afán pancriminalizador del legislador penal ha hecho que hoy día los tengamos en nuestro texto penal.

<sup>153</sup> GALÁN MUÑOZ, 2005, p. 185.

le corresponde, que es la de servir de límite del *ius puniendi* del Estado, función que únicamente puede ser cumplida a través de una concepción material del bien jurídico que sirva de barrera al legislador<sup>154</sup>.

De igual modo, no podemos compartir los planteamientos extremos tanto constitucionalistas como funcionalistas, que, en nuestra opinión, no aportan un concepto de bien jurídico susceptible de cumplir con las funciones que le son propias, en algunos casos por defecto (las teorías constitucionalistas extremas) y en otros por exceso (las teorías funcionalistas extremas). Así, las teorías constitucionalistas extremas en las que el único referente válido del bien jurídico lo constituye la Constitución que, como ya indicamos, si funcionara como límite negativo que no se puede traspasar (a fin de evitar que las normas penales amparen intereses contrarios a la misma), podrían conllevar la exclusión del concepto de bien jurídico de determinados intereses que no aparezcan recogidos ni explícita ni implícitamente por la Norma Fundamental, y, consecuentemente, implique un defecto de protección (penal) por cuanto no tienen un expreso reconocimiento constitucional; igualmente en el caso de que se entienda como límite positivo, que implicaría la automática protección penal de todos aquellos valores recogidos constitucionalmente (identificando de manera absoluta los derechos fundamentales con los bienes jurídicos protegidos). En nuestra opinión, es evidente que la Constitución puede -y debe- servir de punto de partida para determinar qué bienes o intereses deben protegerse por el Derecho penal, pero a partir de ahí, deberá valorarse, atendiendo a otros criterios, qué es lo que se puede considerar lo suficientemente importante para ser considerado bien jurídico<sup>155</sup>.

Respecto de las teorías funcionalistas extremas, esto es, esencialmente el funcionalismo sistémico, la principal crítica que puede realizarse es que prescinden por completo de cualquier referencia a la parte más importante del sistema, esto es, al individuo, al tiempo que facilitan el intervencionismo del Estado, al no tener que encontrar ningún fundamento que justifique la intervención penal, dado que la norma se legitima en sí misma y la pena en el simple y mero quebrantamiento de la norma penal, cualquiera que ésta sea. Con ello, estas teorías se limitan a realizar una descripción aséptica del funcionamiento y fortalecimiento del sistema social, pero carecen de cualquier valoración y mucho menos crítica respecto del mismo<sup>156</sup>, incumpliendo con ello la principal función de limitación del poder punitivo del Estado y de

<sup>154</sup> BUSTOS RAMÍREZ, 1994, p. 103 y ss.; HASSEMER, 1984, p. 38; HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, pp. 48 y 62 y ss.; MIR PUIG, 2003, p. 113 y ss.; MUÑOZ/GARCÍA, 2015, pp. 88 y ss.; NÚÑEZ CASTAÑO, 2015, pp. 56 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, 1999, p. 44.

<sup>155</sup> RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2017, p. 173 indica que la Constitución no puede ser la que exclusivamente suministre los criterios de legitimación material de las normas penales, adoptando como válido el criterio de que esos intereses se extraigan de la propia sociedad o de las convicciones sociales mayoritarias, y por ello sean considerados especialmente valiosos, siempre, eso sí, que no colisionen con los derechos, garantías y valores recogidos en el texto constitucional.

<sup>156</sup> MUÑOZ CONDE, 1985, p. 26, quien afirma que “la teoría sistémica conduce a una concepción preventiva integradora del Derecho penal en la que el centro de gravedad de la norma jurídica penal pasa de la

la intervención penal. En realidad, estas posturas que prescinden del bien jurídico, centrándose exclusivamente en la protección del sistema social mediante el restablecimiento de la confianza en la norma penal como única función directa del derecho, representarían planteamientos tautológicos, vacíos de contenido y absolutamente acríticos no sólo respecto del sistema, sino también respecto de la norma misma<sup>157</sup>.

Es por ello, que consideramos más correctas aquellas teorías que desde diversas perspectivas tratan de englobar el aspecto social y el individual, pero manteniendo como referente central a la persona. Efectivamente, en nuestra opinión, la visión crítica que se propone se puede obtener más fácilmente desde una concepción personalista del bien jurídico<sup>158</sup>, que funcionalice los intereses generales desde el punto de vista de la persona, y que siguiendo a MUÑOZ CONDE, permite definir el bien jurídico como “presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social”<sup>159</sup>. A este respecto, señala ALONSO ÁLAMO<sup>160</sup> que el bien jurídico encuentra su fundamento material atendiendo al criterio de la finalidad de satisfacción de necesidades humanas.

Resulta innegable, sin embargo, como expone MIRÓ LLINARES<sup>161</sup> que el hecho de que en la actualidad no exista acuerdo “sobre lo que es el bien jurídico, y el que ello se utilice para expandir y no para restringir el uso del Derecho Penal, no convierte en inmediatamente inexistente la función de protección de bienes jurídicos como fundamento legitimador del Derecho penal, sino que simplemente ahonda en la necesidad de definir y concretar dicha función”.

Partiendo de esta premisa será necesario, al crear cada tipo penal y al interpretarlo y aplicarlo, estudiar qué condiciones básicas son las que resultan protegidas, y hasta qué punto son necesarias para posibilitar el desarrollo y la participación de los individuos en el sistema. Una concepción como ésta que planteamos no excluye la protección penal de los llamados “bienes supraindividuales”, en la medida en que ellos también constituyen medios importantes para la autorrealización social del individuo, sino que estos bienes supraindividuales se deducen de los del individuo y serán objeto de protección penal sólo en tanto sirvan al desarrollo personal de este<sup>162</sup>. Como indica MIR PUIG<sup>163</sup>, en un Estado social y democrático de Derecho, ello se deriva de la necesidad de que el sistema social se ponga al servicio del individuo y no de que individuo esté al servicio del sistema.

subjetividad del individuo a la subjetividad del sistema, buscando un fortalecimiento del sistema existente y de sus expectativas institucionales, pero no su modificación o crítica”.

<sup>157</sup> MUÑOZ/GARCÍA, 2015, p. 65.

<sup>158</sup> Como la defendida por HASSEMER/MUÑOZ, 2012, pp. 108-113.

<sup>159</sup> MUÑOZ/ GARCÍA, 2015, p. 59.

<sup>160</sup> ALONSO ÁLAMO, 2018, p. 124.

<sup>161</sup> MIRÓ LLINARES, 2020, p. 607.

<sup>162</sup> HASSEMER/MUÑOZ, 2012, p. 108.

<sup>163</sup> MIR PUIG, 1991, p. 212.

### III. El concepto de bien jurídico en relación con los bienes jurídicos supraindividuales

Es preciso poner de relieve que pueden diferenciarse distintos tipos de bienes jurídicos: los bienes jurídicos “individuales”, fácilmente reconocibles por todos como son la vida, libertad, integridad física o propiedad entre muchos otros, y bienes jurídicos que, trascendiendo el aspecto meramente individual o de la persona, se refieren a intereses globales o difusos, como el orden público, la seguridad del tráfico o el orden socioeconómico, aparentemente más difíciles de identificar y de concretar<sup>164</sup>, pero que han ido surgiendo en los últimos tiempos asociados en algunas ocasiones al avance de las sociedades modernas o al percatarse de ciertos efectos sociales dañosos derivados de determinadas actividades<sup>165</sup>.

En relación con este último tipo de bienes jurídicos que no revisten carácter individual (o al menos, no exclusivamente), se ha recurrido por la doctrina a diversas denominaciones, como bienes jurídicos “supraindividuales”<sup>166</sup>, “colectivos”<sup>167</sup> o “universales”<sup>168</sup>. Ciertamente, aunque en la doctrina se hayan utilizado indistintamente las diferentes nomenclaturas refiriéndose a aquellos bienes que no pueden ser catalogados como individuales, a nuestro parecer esa postura es errónea, porque son conceptos que bajo nuestro punto de vista no hacen referencia a la misma realidad<sup>169</sup>.

Ya hemos señalado previamente que la protección de los bienes jurídicos se ha venido realizando sobre la base de conjugar tres ejes esenciales: el individuo, la sociedad y el Estado<sup>170</sup> y desde ese triángulo se ha llevado a cabo la interpretación sistemática de los delitos en base a los distintos bienes jurídicos afectados. De este modo, como hemos puesto de relieve, la doctrina<sup>171</sup> ha aceptado de manera casi unánime la existencia de una serie de intereses o valores que no tienen carácter individual, pero a los que resulta necesario dotar de protección penal en cuanto son imprescindibles para la autorrealización de las personas en el seno de la sociedad; protección que en un sistema social y democrático se deriva de la exigencia de la intervención del Estado para atender las necesidades de los ciudadanos, teoría ésta que encuentra apoyo en el artículo 9.2 de la Constitución española. Se trata por tanto de proteger relaciones básicas dentro del sistema que configuran el orden social y a

<sup>164</sup> PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, 2019, p. 50.

<sup>165</sup> FERNÁNDEZ CABRERA, 2017, p. 72.

<sup>166</sup> PAREDES CASTAÑÓN, 2013, p. 223.

<sup>167</sup> SOTO NAVARRO, 2003, p. 193; SANTANA VEGA, 2000, p. 84.

<sup>168</sup> HASSEMER/MUÑOZ, 2012, p. 108.

<sup>169</sup> En realidad, podría entenderse que los bienes jurídicos supraindividuales, esto es, aquellos que trascienden al individuo, serían el género, mientras que como especies del mismo podrían diferenciarse los bienes jurídicos colectivos, los institucionales, los de control del Estado, etc., etc. Sin embargo, identifica ambos términos PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, 2019, p. 52.

<sup>170</sup> HASSEMER, 1984, pp. 28 y ss.

<sup>171</sup> HASSEMER/MUÑOZ, 2012, p. 21; HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 124; LUZÓN PEÑA, 2016, p. 189; el mismo, 1991a, pp. 58 y 59; MUÑOZ/GARCÍA, 2015, p. 63; RUDOLPHI, 1975, pp. 339; SILVA SÁNCHEZ, 2012, pp. 432 y 433; y ss.

su vez son fundamentales para cada persona que vive en sociedad y para el funcionamiento del propio sistema<sup>172</sup>, desde la perspectiva de que resulta necesario que el Derecho Penal “se adapte a la sociedad a la que sirve y que esta sea permeable a la protección de nuevas realidades consideradas valiosas, aspectos que no tienen por qué resultar incompatibles con un Derecho penal mínimo”<sup>173</sup>.

Con esta perspectiva que se plantea, la ordenación de los delitos conforme a los bienes jurídicos debe realizarse no sobre la base de una división de la sociedad, sino de todo lo que implica el sistema en conjunto. Lo que nos llevará a distinguir los bienes jurídicos que están referidos a las bases de existencia del sistema y aquellos que están en conexión con el funcionamiento del sistema<sup>174</sup>. Los que se refieren a las bases de existencia del sistema son los que se denominan tradicionalmente bienes jurídicos individuales, aunque BUSTOS RAMÍREZ opina que esa calificación no es del todo exacta porque sin esos bienes jurídicos individuales que tienen presencia en las relaciones microsociales (de las personas) no es posible la existencia de ningún sistema social. Por su parte, los bienes jurídicos que hacen referencia al funcionamiento del sistema encuentran su fundamento en las relaciones macrosociales (de las personas con el sistema), de manera que sin ellos el sistema podría existir, pero no funcionaría o lo haría incorrectamente; estamos ante los denominados bienes jurídicos supraindividuales en los que, regulando como hemos dicho las relaciones macrosociales respecto al propio funcionamiento del sistema, su legitimidad radicaría en que esta protección sirva al correcto desarrollo de las bases de existencia del sistema, de manera que permita que los bienes jurídicos individuales sean reales y efectivos<sup>175</sup>.

Dentro de los bienes supraindividuales, que son aquellos que hacen referencia al funcionamiento del sistema, hay que distinguir diferentes niveles: uno, conectado con las bases indispensables de existencia del sistema que se denominarán colectivos, como son el medio ambiente, el orden o la paz pública, la seguridad vial, etc. Estos bienes jurídicos colectivos están presentes de forma constante en el quehacer cotidiano de cada uno de los sujetos y grupos en los que la persona se integra. Su posible lesión impediría el desarrollo real y efectivo de la persona. Y, por otro lado, un segundo nivel que hace referencia a un conjunto de procesos o vías que aparecen como necesarias dentro del sistema para que los sujetos puedan interrelacionarse: serán los denominados bienes jurídicos institucionales, como son la Administración pública, la Administración de justicia, etc. Estos bienes jurídicos institucionales formalizan procesos o vías en relación con otros bienes jurídicos, para que esos mismos puedan tener realidad y efectividad<sup>176</sup>. Y esta distinción resulta esencial, aunque

<sup>172</sup> BUSTOS RAMÍREZ, 1986, p. 158.

<sup>173</sup> FERNÁNDEZ CABRERA, 2017, p. 73.

<sup>174</sup> BUSTOS RAMÍREZ, 1986, p. 6.

<sup>175</sup> BUSTOS RAMÍREZ, 1994, pp. 6 y 7.

<sup>176</sup> BUSTOS RAMÍREZ, 1994, p. 7. En similar sentido se manifiesta PÉREZ CEPEDA, 2008, p. 163,

BUSTOS RAMÍREZ va más allá y configura un tercer nivel dentro de los bienes jurídicos supraindividuales, que serán los bienes jurídicos de control del Estado, que no son más que vías para asegurar el poder del Estado garantizando así su control, como por ejemplo los supuestos en los que sea necesario dotar de protección jurídico penal a la seguridad interior y exterior del Estado<sup>177</sup>.

Desde este prisma de existencia de dos tipos de intereses que pueden ser objeto de protección por parte del Derecho penal, los relativos al individuo y los referentes a la sociedad en su conjunto o al Estado, se ha planteado una importante discusión doctrinal en relación con la distinción, delimitación y cohesión de los mismos, que ha dado lugar a dos tipos de teorías: las “dualistas” y las “monistas”<sup>178</sup>.

Para la concepción del bien jurídico de carácter dualista existen dos clases o modalidades, claramente diferenciadas, en la titularidad de los bienes jurídicos penales: la del Estado y la del individuo. Se trata de un planteamiento del bien jurídico conformado por dos columnas paralelas<sup>179</sup>, sin que pueda concretarse un criterio común superior que determine la preeminencia de una u otra clases de bienes<sup>180</sup>; como indica PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ<sup>181</sup> “la idea principal mantenida por las tesis dualistas, en definitiva, es que ni los bienes jurídicos individuales pueden ser reducidos a los colectivos, ni los colectivos pueden ser reducidos a los individuales”. Esta concepción es minoritaria en la doctrina, pero es principalmente sostenida por TIEDEMANN, que llega a contraponer bienes jurídicos individuales y supraindividuales como categorías independientes y desconectadas entre sí, siendo ambas merecedoras de igual protección penal; en consecuencia, este autor no plantea dudas sobre la protección que merecen los bienes jurídicos individuales, pero de igual manera la preconiza para los bienes supraindividuales que considera que constituyen fines en sí mismos y no esencialmente bienes<sup>182</sup>. Este planteamiento, sin embargo,

señalando que los bienes jurídicos suelen dividirse en dos grandes grupos (...), b) los institucionales, “comprenden realidades sociales que no se perfilan como meros sectores de riesgo para intereses individuales, sino que son auténticos bienes públicos, instituciones esenciales para el desarrollo social basados en la participación de sus integrantes, y que, por ello, su lesión es autónoma”. También se manifiesta a favor de esta diferenciación de los bienes jurídicos HEFENDEHL, 2007, pp. 189 y 190. Sin embargo, no toda la doctrina ha entendido la clasificación de esta manera, de manera que catalogan la Administración pública como un bien jurídico colectivo, sin distinción con los supraindividuales y mucho menos con los institucionales. A este respecto vid.: FERNÁNDEZ CABRERA, 2017, p.83, quien afirma que los bienes jurídicos colectivos son aquellas realidades que hacen referencia a estructuras o instituciones fundamentales para la vida del sujeto en sociedad, tratándose de entidades que no se pueden dividir en partes iguales para asignar una porción a cada sujeto para que disponga individualmente. En “Problemática asociada a la protección de bienes jurídicos colectivos: especial referencia a los delitos contra la administración pública”.

<sup>177</sup> BUSTOS RAMÍREZ, 1994, *ibidem*; el mismo, 1986, p. 161.

<sup>178</sup> HASSEMER/MUÑOZ, 2012 p. 107; PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, 2019, p. 72.

<sup>179</sup> Aunque es cierto, que en la actualidad la tendencia de las posturas de protección de bienes jurídicos supraindividuales dualistas tiende a pasar por el beneficio al individuo del mismo, pero lo cierto es que no llegan a dar a estas clases de bienes jurídicos la suficiente autonomía de protección penal, vid. ROXIN/GRACO, 2020, p. 250 y ss.

<sup>180</sup> HASSEMER/MUÑOZ, 2012, p. 107; SANTANA VEGA, 2000, p. 84.

<sup>181</sup> PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, 2019, p. 73.

<sup>182</sup> HASSEMER/MUÑOZ, 2012, p. 107; SANTANA VEGA, 2000, p. 84; TIEDEMANN, 2004, p. 1;

aunque parta de un tratamiento igualitario y diferenciado entre ambas clases de bienes, evita pronunciarse sobre la prelación entre los mismos, y ello, tal como afirma SANTANA VEGA, no permite resolver el problema, sino que se limita a realizar un análisis descriptivo o sistemático de los bienes jurídicos sin llegar al fondo de la concepción del Derecho penal y su conexión con el modelo de Estado en el que se encuadra<sup>183</sup>. En definitiva, estas teorías dualistas parten de la coexistencia de dos tipos de bienes jurídicos que actúan en dos ámbitos paralelos sin interrelación entre ellos y colocados al mismo nivel, sin que “quede debidamente justificado por qué el Estado o la colectividad pueden de hecho llegar a ser titulares últimos de bienes jurídicos (...) la diferencia entre unos y otros solo tiene sentido cualitativo cuando la comunidad se contrapone al hombre individual de manera autónoma y con justificación propia”<sup>184</sup>.

Por otro lado, para las teorías monistas la concepción o fundamentación de la titularidad del bien jurídico se puede hacer de dos maneras, pero se excluyen entre sí. O bien se le concibe desde el punto de vista del Estado, considerando los bienes jurídicos individuales como atribuciones jurídicas derivadas de las funciones del Estado (teorías monistas colectivistas); o por otro lado, la titularidad del bien jurídico hay que concebirla desde el punto de vista de la persona, considerándose que los bienes jurídicos supraindividuales o “universales”, como los define MUÑOZ CONDE<sup>185</sup>, sólo son legítimos en tanto que sirven al desarrollo personal del individuo (teorías monistas personalistas). La teoría monista que concibe el bien jurídico desde el punto de vista del individuo lo fija en la protección de la persona individual y las teorías que lo conciben desde el punto de vista de la colectividad determinan a los titulares de los bienes jurídicos unitariamente desde el principio de protección del Estado o la Comunidad<sup>186</sup>.

Nos parecen poco correctas en su fundamentación y, sobre todo, en sus consecuencias, las teorías dualistas del bien jurídico y las de carácter colectivo o universal<sup>187</sup>. En efecto, las teorías dualistas, al colocar al mismo nivel los bienes jurídicos individuales y supraindividuales, suponen una solución insatisfactoria, pues no consiguen ofrecer una visión unitaria del Derecho penal al no poder dar un concepto estable de bien jurídico porque como quedó antedicho aportan fundamentalmente un análisis sistemático, pero no va más allá. A ello se une que las dos clases de bienes jurídicos son muy distintas en su origen y consecuencias para compartir titularidad y, además, esta concepción dualista no permite optar por un modelo de Estado a la hora de tomar decisiones en torno a la forma de protección de bienes jurídicos. Por

TIEDEMANN, 1985, pp. 52 y ss.

<sup>183</sup> SANTANA VEGA, 2000, p. 84.

<sup>184</sup> PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, 2019, p. 75.

<sup>185</sup> HASSEMER, /MUÑOZ, 2012, p. 108.

<sup>186</sup> SANTANA VEGA, 2020, p. 84.

<sup>187</sup> Respecto de estas últimas, señala PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, 2019, p. 78, que llevadas a su extremo es la postura defendida por algunos de los miembros de la Escuela de Kiel.

su parte, las teorías monistas de carácter colectivista, al reconducir la función del Derecho penal a la protección del sistema penal en su conjunto, colocan la protección del individuo en un segundo plano. Y, precisamente, en una época en la que la socialización es cada vez mayor, los intereses de la persona deberían ser favorecidos frente a los de la sociedad y el Estado<sup>188</sup>, y no al revés.

No podemos compartir otro planteamiento que no sea la teoría monista personalista del bien jurídico, en tanto que en una época en la que la socialización aumenta, el Derecho penal debe adaptarse a la evolución y el cambio social y favorecer los intereses de la persona frente a los de la Sociedad y el Estado<sup>189</sup>, dado que esta es la única forma de legitimar la intervención penal por el Estado, desde la perspectiva de una Política criminal clara, controlable y orientada a la persona y por ello, sólo así se podrá evitar que se impongan determinadas decisiones o se aplique el Derecho en un determinado sentido dependiendo de quien tenga el poder en cada momento histórico. Así, la concepción personalista del bien jurídico conlleva una política del Derecho penal firmemente vinculada a principios constitucionales y que justifica la intervención del Derecho penal solamente cuando hay intereses humanos dignos de protección.

Por tanto, en nuestra opinión, la delimitación de lo que deba considerarse como bien jurídico supraindividual, y sus distintas especies, debe analizarse desde una perspectiva “monista personalista”<sup>190</sup>, es decir, desde aquella perspectiva que concibe al bien jurídico siempre en relación a la persona, y por tanto, funcional respecto al desarrollo personal del individuo<sup>191</sup>. Este planteamiento no implica que todos los bienes jurídicos supraindividuales sean reconducibles a bienes jurídicos individuales, pues habrá que diferenciar clases de bienes jurídicos supraindividuales, y valorar en cada una de ellas cómo se produce, a partir de la perturbación de dicho bien jurídico, la afectación al desarrollo de la autorrealización del individuo y del desarrollo de su personalidad en la vida social, poniendo así unos límites al legislador a la hora de tipificar estas conductas y de qué forma habrá que hacerlo. De este modo, consideramos también que la visión crítica que se proponía con respecto a la función del bien jurídico se puede obtener más fácilmente desde una concepción (monista) personalista del bien jurídico<sup>192</sup>, que funcione los intereses generales desde el punto

<sup>188</sup> HASSEMER/MUÑOZ, 2012, p. 108.

<sup>189</sup> HASSEMER/MUÑOZ, 2012, p. 108.

<sup>190</sup> Terminología empleada por HASSEMER/MUÑOZ, 2012, p. 108 y ss.:

<sup>191</sup> PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, 2019, p. 82.

<sup>192</sup> MUÑOZ CONDE, 2015, p. 63. Serán, por tanto, bienes jurídicos aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social; HASSEMER/ MUÑOZ, 2012, p. 108 y ss. y, por tanto, desde esta visión antropocéntrica del mundo, los bienes jurídicos supraindividuales sólo son legítimos en tanto sirvan al desarrollo personal del individuo.

de vista de la persona, deduciendo los bienes colectivos de los del individuo y protegiéndolos sólo en tanto sirvan al desarrollo personal de éste<sup>193</sup>, como hemos señalado. Señala acertadamente MIR PUIG<sup>194</sup> que en un Estado social y democrático de Derecho se deriva la necesidad de que el sistema social se ponga al servicio del individuo y no de que el individuo esté al servicio del sistema. Desde este planteamiento resulta evidente que la única opción que permite dotar de legitimidad la intervención penal en relación con bienes jurídicos que trasciende al individuo, radica precisamente en establecer la conexión de los mismos con los intereses individuales que se consideran dignos y merecedores de protección penal<sup>195</sup>.

Es por ello que los bienes jurídicos supraindividuales<sup>196</sup>, y por ende los institucionales y los colectivos, necesitan de ese referente personal individual para dotar de legitimidad la intervención penal. De modo que los bienes jurídicos supraindividuales estarían legitimados siempre que “en última instancia- y de conformidad con los parámetros de un Estado social y democrático de Derecho- repercutan en beneficio del individuo y su dignidad, lo que es compatible con una protección autónoma de los mismos cuando ello sea preciso y, también, con la existencia de tipos penales pluriofensivos en otros casos”<sup>197</sup>, entendiendo que un sistema penal que “sólo se preocupa de garantizar la libertad e igualdad formal de los individuos, sin dotar de

<sup>193</sup> MUÑOZ CONDE, 2015, p. 65.

<sup>194</sup> MIR PUIG, 1994, p. 161.

<sup>195</sup> MIR PUIG, 1994, *ibidem*.

<sup>196</sup> Así, mientras los bienes jurídicos individuales son los presupuestos existenciales e instrumentales mínimos que sirven para conservar la vida y aliviar el sufrimiento y otros medios ideales que permiten la afirmación de la personalidad y su libre desarrollo, en cuanto afectan directamente a la persona individual; los llamados “bienes jurídicos colectivos” son aquellos que afectan más a la sociedad como tal, al sistema social que constituye la agrupación de varias personas individuales y supone un cierto orden social o estatal, como por ejemplo, la salud pública, el medio ambiente etc., y, por ello, desde este planteamiento, estos últimos sólo resultarían legítimos en tanto sirvan al desarrollo personal del individuo, en este sentido, MUÑOZ CONDE, 2015, p. 63; HASSEMER/MUÑOZ, 2012 p. 108 En similar sentido ALONSO ÁLAMO establece que los bienes jurídicos colectivos remiten siempre al individuo, al afirmar que “Esto es particularmente claro en aquellos bienes jurídicos colectivos originariamente individuales que se reconfiguran y colectivizan predicándose de un grupo o de la sociedad (como cuando se habla del honor de una colectividad o de la salud pública). Tampoco plantean esenciales problemas desde la perspectiva de su referencia al individuo aquellos bienes jurídicos colectivos que, como el medio ambiente, han surgido históricamente en medio de una discusión sobre si se protege al individuo (concepción antropocéntrica) o a la sociedad (concepción ecocéntrica) pues, con independencia de la tesis que pueda prevalecer o de la técnica de incriminación que se acoja, la referencia al individuo, siquiera sea de forma mediata, no dejará de estar siempre presente”. Similar postura mantiene esta autora en relación con los bienes jurídicos supraindividuales, que diferencia de los bienes jurídicos colectivos, y, en concreto, respecto de los clásicos como por ejemplo la función pública, al afirmar que la doctrina mayoritaria entiende ya superada las viejas concepciones que defendían la protección del deber del cargo o el prestigio de las instituciones, la protección de la función pública o de la función jurisdiccional hay que situarla hoy en el marco de una Administración Pública puestas al servicio de los ciudadanos e impregnadas del contenido de los derechos, cfr. ALONSO ÁLAMO, 2016, pp. 421-422. Aunque compartimos con la autora la opinión de la separación de los bienes jurídicos colectivos de los supraindividuales, no estamos de acuerdo con que catalogue la Administración pública como un mero bien jurídico supraindividual, porque, aunque esa es su categoría genérica entendemos que se encuadran de mejor modo dentro de los institucionales que proponía BUSTOS RAMÍREZ (*supra*).

<sup>197</sup> PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, 2019, p. 103.

protección al mantenimiento y correcto funcionamiento de las condiciones e instituciones estatales, sociales y ambientales necesarias para que los individuos puedan desarrollar sus planes de vida en condiciones materiales-reales- de igualdad, tampoco puede ser considerado legítimo”<sup>198</sup>.

A modo de excursus, y partiendo de la expuesta legitimidad de los bienes jurídicos supraindividuales como género, quisiéramos hacer unas breves reflexiones en relación con una concreta especie de los mismos, como son los denominados bienes jurídicos supraindividuales institucionales como categoría especialmente olvidada. Efectivamente, BUSTOS RAMÍREZ<sup>199</sup> mantiene que, desde una perspectiva macrosocial y dentro del funcionamiento del sistema, resultan trascendentes una serie de instancias o instituciones destinadas al aseguramiento del ejercicio de los derechos de los miembros de la colectividad, así como de sus formas de interrelación, cuyo correcto funcionamiento configura bienes jurídicos de carácter especialmente procedimental, que pretenden establecer una zona de solución de conflictos mediante la configuración de formas o procedimientos que garanticen la incolumidad del ejercicio de los derechos o interrelaciones de las personas. Estas instancias procedimentales adquieren una configuración estable y están relacionadas con una determinada organización y es por ello que adquieren un carácter institucional. De este modo, estamos ante la formalización o institucionalización de determinadas vías de aseguramiento del ejercicio de los derechos o interrelaciones de las personas, por lo que no cabe duda que su importancia es vital para el desarrollo del individuo y de ahí que en la mayoría de los casos tengan conexión directa con la Constitución, en cuanto ésta justamente pretende configurar tales instituciones de aseguramiento; y por ello las garantías constitucionales, la Administración de Justicia o la Administración Pública tienen un reconocimiento constitucional<sup>200</sup>. Un planteamiento coincidente en nuestra opinión, aunque expuesto de manera diversa, sostiene PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ<sup>201</sup>, quien, citando a SCHÜNEMAN, define los bienes jurídicos institucionales como “condiciones sociales cuyo mantenimiento sería indispensable para la convivencia pacífica en la sociedad, de modo que se trataría de un complejo de normas sociales que aseguran la satisfacción de una necesidad básica de la sociedad y cuya persistencia depende de que sean respetadas en el comportamiento de la misma”.

En el fondo, estas condiciones necesarias para la convivencia pacífica en la sociedad pueden entenderse como los procedimientos o vías formalizadas o institucionalizadas que están al servicio de los bienes jurídicos microsociales (o individuales), dado que se pretende dar una efectividad material a estos bienes jurídicos individua-

<sup>198</sup> PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, 2019, p. 104.

<sup>199</sup> BUSTOS RAMÍREZ, 1994, pp. 365 y 366.

<sup>200</sup> BUSTOS RAMÍREZ, 1994, p. 365.

<sup>201</sup> PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, 2019, p. 63.

les a través de procedimientos o vías, sin los cuales no resultaría adecuada su protección o sería sencillamente innecesaria, porque sin un ciudadano que necesite de una correcta prestación de servicios el bien jurídico institucional sencillamente es absurdo, postura claramente sostenida por BUSTOS RAMÍREZ. Efectivamente, este autor lo pone de relieve de una forma bastante gráfica afirmando que “por ejemplo, no serviría de nada el reconocimiento de la libertad de la persona como bien jurídico, si la autoridad pudiera detener sin fundamento a alguien. De nada serviría el reconocimiento de los bienes jurídicos microsociales si la Administración de Justicia pudiese proceder de cualquier manera, en forma injusta o arbitraria o a causa de beneficios o promesas económicas”<sup>202</sup>.

Pero al mismo tiempo que los bienes jurídicos institucionales están al servicio de los bienes jurídicos individuales, también lo están al servicio de los bienes supraindividuales, pues éstos, al estar directamente ligados a la realización de los individuales, requieren también de este aseguramiento formalizado o institucionalizado. Es por ello que los bienes jurídicos institucionales, en tanto que son elementos garantizadores del respeto de los individuales, deben tener un claro reflejo y desarrollo en la Constitución y en las leyes al resultar básicos para el funcionamiento del sistema ya que constituyen modelos formalizados de comportamiento y relación entre los sujetos<sup>203</sup>.

De similar modo se manifiesta SOTO NAVARRO, al afirmar que la actividad que despliega la Administración como institución constituye un presupuesto imprescindible para la convivencia que viene dado por el propio carácter instrumental de la misma, que está al servicio de los intereses generales de la comunidad. Es por ello que la Administración se convierte en garante de la ordenación armónica de intereses particulares contrapuestos y del acceso de los ciudadanos a los servicios públicos prestando el correspondiente principio de igualdad<sup>204</sup>.

Es por todo ello que entendemos que es esta y no otra la diferenciación y conceptualización que hay que otorgar a los bienes jurídicos y en especial a los bienes jurídicos supraindividuales y, en concreto, a los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales, porque de lo contrario el bien jurídico no podría cumplir correctamente con su misión de servir como límite al *ius puniendi* del Estado y mucho menos servirle al individuo para su autorrealización en sociedad.

#### IV. Conclusiones

Ciertamente la definición y el contenido que habría que darle a los bienes jurídicos ha sido un tema discutido desde antiguo y que parecía superado, pero desde luego,

<sup>202</sup> BUSTOS RAMÍREZ, 1994, p. 365.

<sup>203</sup> BUSTOS RAMÍREZ, 1994, p. 366.

<sup>204</sup> SOTO NAVARRO, 2003, p. 265.

nos enfrentamos diariamente a una necesidad de reivindicación de la función limitadora y personalista que debe tener, y que hemos analizado en el presente trabajo, la protección de los bienes jurídicos.

Esto es así porque el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos implica que los objetos merecedores de tutela penal sean solamente aquellos bienes que le puedan resultar útiles a los individuos para desarrollarse en sociedad, por lo que en esencia constituye un límite al *ius puniendi* del Estado. Y hoy día, ante la ampliación desmesurada del Derecho penal y el adelantamiento de la intervención penal a esferas periféricas de la efectiva lesión de los bienes jurídicos resulta completamente necesario el retorno a una teoría de los bienes jurídicos que se convierta en el centro de discusión de la política criminal del Estado para llegar a reformas con mayor coherencia y legitimidad para la intervención penal.

Ante el aumento de tipos delictivos nuevos, el incremento de penas de muchos otros y la creación de instrumentos penales y procesales para luchar contra nuevas formas de criminalidad, resulta esencial recuperar estas teorías para poder llegar a criticar y limitar la intervención desmesurada y pancriminalizadora del legislador penal, función que, por otro lado, resulta totalmente necesaria en un Estado democrático de Derecho.

Ante la creación de tipos penales, como pueden ser -y por poner algunos ejemplos acordes con el presente trabajo de bienes jurídicos supraindividuales colectivos o institucionales- delitos del nuevo discurso del odio terrorista como el delito de enaltecimiento terrorista y humillación a las víctimas del terrorismo del artículo 578 CP, la difusión de consignas terroristas del 579 CP; delitos de corrupción como los delitos de cohecho subsiguiente del artículo 421 CP y de cohecho pasivo impropio del 422 CP; delitos contra la seguridad del tráfico como el del 384 CP de conducir sin la correspondiente licencia administrativa de conducción; la corrupción en los negocios de los artículos 286 bis, ter y quater, o la financiación ilegal de partidos políticos (artículos 304 bis y ter CP); o también otros como los delitos de matrimonios ilegales de los artículos 217, 218 y 219 del Código Penal, entre muchos otros, se hace necesario nuevamente el debate acerca de la teoría de los bienes jurídicos y reivindicar los principios garantes que le son propios al mismo, porque de lo contrario el afán pancriminalizador del legislador penal hace que se expanda el Derecho penal de una forma desmesurada y estos delitos hoy día los tengamos en nuestro texto penal.

Y ello es así, porque con un mínimo de estudio dogmático jurídico penal se puede comprobar como prácticamente todos los puestos a modo de ejemplo e incluso muchos más adolecen de bien jurídico necesitado de protección penal, que es y debe ser *última ratio*. Olvidar la función crítica que tiene también el bien jurídico conlleva que la política criminal seguida por un Estado pierda garantías, lo cual resulta peligroso en un Estado de Derecho porque un legislador penal que no atiende a la limitación del *ius puniendi* que le otorga la exclusiva protección de bienes jurídicos, es

completamente un peligro para nuestros sistemas democráticos. Y ello en tanto que articulará una legislación penal adecuada al pensamiento e ideología política propia y no a los parámetros realmente necesarios para tipificar penalmente que hemos ido poniendo de manifiesto en el presente estudio.

Legislar sin tener en cuenta las funciones del bien jurídico implica en ocasiones la creación de un Derecho penal simbólico surgido simplemente para acallar las voces de la sociedad que reclama la intervención penal en aras de una falsa apariencia de seguridad, lo que conlleva la pérdida de Derechos y consecuencias graves como la tipificación de situaciones que realmente no producen lesión a bienes jurídicos, o no al menos a los que se pretende proteger, porque o bien éstos no merecían protección penal o porque simplemente se amplían las conductas típicas a situaciones que no ponen en riesgo el objeto de protección ante la tendencia intensificadora del legislador, que considera que todo debe ser protegido por el Derecho penal.

Y esto es entender incorrectamente las funciones del mismo y no debemos olvidar que toda intervención penal conlleva una limitación, por lo que debe ser realizada con todas las garantías para evitar una falsa apariencia de seguridad, por lo que solo se puede aceptar una intervención así ante los bienes realmente merecedores de dicha protección, porque de lo contrario la intervención es desmesurada y autoritaria.

Ante unas reformas penales cada vez más preocupantes y encaminadas a crear legislaciones cada vez más represivas y poco efectivas a su vez, nos parece del todo punto necesaria la reivindicación de un Derecho penal garantista y democrático que solo proteja bienes jurídicos adecuados para proteger a las personas y para facilitar la vida en sociedad de los individuos. Todo lo demás debería quedar fuera del ámbito de protección penal, porque de lo contrario estamos entendiendo incorrectamente las funciones del Derecho penal y cederemos en garantías, lo que resulta insostenible en un Estado de Derecho.

## **Bibliografía**

- ABANTO VÁSQUEZ, M. (2006), “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, *Revista Penal*, n.18.
- ALCÁCER GUIRAO, R. (2003), *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Barcelona.
- ALONSO ÁLAMO, M. (2014), *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, Valladolid.
- ALONSO ÁLAMO, M. (2016), “Protección penal de la función pública y de la función jurisdiccional dentro del marco referencial de los derechos humanos” en MAQUEDA ABREU, MARTÍN LORENZO, VENTURA PÜSCHEL (Coord.), *Derecho penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Madrid.
- ALONSO ÁLAMO, M. (2018), “Bienes jurídicos, valores y derechos: satisfacción de necesidades y lucha por el reconocimiento”, en *Liber amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Juan M<sup>a</sup> Terradillos Basoco*, Valencia.

- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (1991), “Bien jurídico y Constitución”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 43.
- ARAUZ ULLOA, M. (2003), “El bien jurídico protegido”, *Revista de Derecho* nº6.
- BIANCHI PÉREZ, P. (2009), “Evolución del concepto de bien jurídico en la dogmática penal”, en *DIKAIOSYNE N°22, Revista semestral de filosofía práctica*. Universidad de los Andes, Mérida-Venezuela, Enero-Junio.
- BINDING, K. (1916), *Die Normen und ihre Übertretung*, 3º ed., Leipzig.
- BIRNBAUM, J. (1834), “Über das Enfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Vervrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung”, *Archiv des Criminalrechts Neue Folge*, Tomo 15.
- BRICOLA, F. (1973), “Teoría generale del Reato”, en *Novissimo Digesto Italiano*, XIX.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (1986), “Los bienes jurídicos colectivos (repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Estudios de Derecho Penal en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Madrid.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (1994), *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4ªed., aumentada, corregida y puesta al día por Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE, Barcelona.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (1997), *Lecciones de Derecho Penal (Volumen I)*, Madrid.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (2006), *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Madrid.
- BUSTOS RUBIO, M. (2017), *Delitos acumulativos*, Valencia.
- CALLIES, F. (1974), *Theorie der Strafe in demokratischen und sozialen Rechtsstaat: ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*, Frankfurt.
- CARBONELL MATEU, J.C. (1999), *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª ed., Valencia.
- COUTO DE BRITO, A. (2014), “Concepto y función dinámica de la teoría del bien jurídico penal”, en *Revista Penal México N°6*, Marzo-Agosto.
- CUERDA RIEZU, A. (1991), *El legislador y el Derecho penal: una orientación a los orígenes*, Madrid.
- ESCRIVÁ GREGORI, J.M. (1980), “Algunas consideraciones sobre Derecho penal y Constitución”, *Papers*, nº 13.
- FERNÁNDEZ CABRERA, M. (2017), “Problemática asociada a la protección de bienes jurídicos colectivos: especial referencia a los delitos contra la administración pública”, *Revista jurídica de Castilla y León*, Nº. 43, 2017.
- FERNÁNDEZ, G. (2004), *Bien jurídico y sistema del delito*, Montevideo- Buenos Aires.
- FEUERBACH, L. (1832), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, Giessen.
- GALÁN MUÑOZ, A. (2005), *El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos. Análisis del artículo 248.2 C.P.*, Valencia.
- GARCÍA RIVAS, N. (1996), *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. (1983), “Sobre la teoría del «bien jurídico», Aproximación al ilícito penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 69.
- GÓMEZ RIVERO, C. (2015), *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Madrid.
- GONZÁLEZ RUS, J.J. (1983), *Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría)*, Serie Universitaria 201, Madrid.

- HASSEMER, W. (1982), “Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social”, en MIR PUIG (ed.), *Derecho penal y Ciencias sociales*, Barcelona.
- HASSEMER, W. (1989), “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, en *Doctrina penal n°46/47*, Abril- Septiembre, Traducido por Patricia S. Ziffer.
- HASSEMER, W. (1991), “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Pena y Estado 1*, Traducido por Elena Larrauri.
- HASSEMER, W. (1984), *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona.
- HASSEMER, W. (1992), “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno”, *ADP*, Traducido por Elena Larrauri y revisado por Mónica Mainecke.
- HASSEMER, W.; MUÑOZ CONDE, F. (2012), *Introducción a la criminología y a la política criminal*, Valencia.
- HEFENDEHL, R. (2007), *La teoría del bien jurídico*, “El bien jurídico como eje material de la norma penal” y “De largo aliento: El concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico”, Madrid.
- HEGEL, G. (1999), *Principios de la filosofía del Derecho*, 2ª ed., Barcelona.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (1991), *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Barcelona.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (1992), *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal*, Santiago de Chile.
- JAKOBS, G. (1996), *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid.
- JAKOBS, G. (1997), ¿ “*Wie und was schützt das Strafrecht? Widerspruch und Prävention; Rechtsgüterschutz und Schutz der Normgeltung*” (manuscrito). Traducción de Manuel CANCIO MELIÁ (2003), “¿Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”, en *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid.
- JAKOBS, G. (2000), “¿Qué protege el derecho penal: ¿Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, *Revista peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Instituto peruano de ciencias penales.
- JAKOBS, G. (2011), *Derecho penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Madrid.
- JESCHECK, H. (1981), *Tratado de Derecho penal. Parte general. Volumen primero*, Barcelona.
- JESCHECK, H. (2002), *Tratado de Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Granada.
- LUZÓN PEÑA, D. (1991a), “Alcance y función del Derecho Penal”, en *Estudios Penales*, Barcelona.
- LUZÓN PEÑA, D. (1991b), *Estudios penales*, Barcelona.
- LUZÓN PEÑA, D. (2016), *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 3ª ed., Valencia.
- MIR PUIG, S. (1991), “Bien jurídico y bien jurídico penal como límite del ius puniendi”, en *Estudios penales y criminológicos*, XIV.
- MIR PUIG, S. (1994), *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona.
- MIR PUIG, S. (2003), *Introducción a las bases del Derecho penal*, Buenos Aires.
- MIR PUIG, S. (2016), *Derecho penal. Parte general*, editorial Reppertor, 10ª ed., Barcelona.
- MIRÓ LLINARES, F. (2020), “Lo que queda (y debe quedar) del bien jurídico en Derecho Penal”, en *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Valencia.

- MORILLAS CUEVAS, L. (2016), *Sistema de Derecho Penal*, 3ª ed., Madrid.
- MUÑOZ CONDE, F. (1985), *Derecho Penal y Control Social*, Jerez.
- MUÑOZ CONDE, F. (2007), *Teoría general del delito*, 4ª ed., Valencia.
- MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. (2015), *Derecho penal. Parte General*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2015), *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte General*, Gómez Rivero (Dir.), 3ª ed., Madrid.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. (1984), *Sobre el concepto de Derecho penal*, Universidad Complutense, Madrid.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. (1990), “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales Tomo 43, Fasc/Mes 1*.
- OLAIZOLA NOGALES, I. (1999), *El delito de cohecho*, Valencia.
- ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2019), *Compendio de derecho penal. Parte general*, 8ª ed., Valencia.
- PAWLIK, M. (2016), “El delito ¿lesión de un bien jurídico?”, *INDRET 2/2016*, Abril.
- PAREDES CASTAÑÓN, J.M. (2013), *La justificación de las leyes penales*, Valencia.
- PÉREZ CEPEDA, A.I. (2008), “De la sociedad neoliberal del riesgo a la expansión del Derecho Penal” en *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. Muñoz Conde (dir.), Valencia.
- PÉREZ GONZÁLEZ, S., (2019), “El bien jurídico penal desde una justificación ética”, *Revista general de Derecho penal* N°31.
- PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C. (2019), *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, Valencia.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2010), *Parte General del Derecho penal*, 4ª Ed, Pamplona.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S. (2016), *La evaluación de las normas penales*, Madrid.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S. (2017), “¿Ha de cumplir el bien jurídico protegido una función de garantía o legitimadora del Derecho Penal? Hacia una búsqueda de la legitimidad material de las normas penales”, *Revista de Derecho Universidad San Sebastián*, N.º 23.
- ROXIN, C. (1982), *El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo*, en *Política Criminal y Reforma del Derecho penal*, Bogotá-Colombia.
- ROXIN, C. (2006), *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Madrid.
- ROXIN, C. (2008), *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura del delito*, Traducc. De la 2ª edición alemana y notas por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Madrid.
- ROXIN, C. (2013), “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 15-01.
- ROXIN, C. (2016), “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, en *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Hefendehl, von Hirsch, Wohler (eds.), edición española a cargo de Alcacer Guirao, Martín Lorenzo, Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid.
- ROXIN, C./GRECO, L. (2020), *Strafrecht Allgemeiner Teil 01: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Múnich.

- RUDOLPHI, H. (1970), “Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbriiffs”, en *Festschrift für R.M. Honig*.
- RUDOLPHI, H. (1975), “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”, *Nuevo Pensamiento Penal* 5-8.
- SANTANA VEGA, D.M. (2000), *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid.
- SILVA SÁNCHEZ, J. (2012), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 3ª ed., Montevideo - Buenos Aires.
- SOTO NAVARRO, S. (2003), *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada.
- TAVARES, J. (2004), *Bien jurídico y función en Derecho penal*, Buenos Aires.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M. (1981), “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* N°63.
- TIEDEMANN, K., (2004), “Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten”, Colonia.
- TIEDEMANN, K. (1985), *Poder económico y delito*, Barcelona.
- VON LISZT, F. (1925), *Tratado de Derecho penal*, tomo II, 3ª Ed., Madrid.
- ZAFFARONI, E., (2018), “Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con) fusiones”, *Revista de Derecho: Universidad Nacional del Altiplano de Puno*, Vol. 3, Vol. 1.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (2015), *Zugaldía Espinar (Dir.), Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª Ed., Valencia.