

**NORMA PRIMARIA Y BIEN JURÍDICO:  
SU INCIDENCIA EN LA CONFIGURACIÓN  
DEL INJUSTO**

**Paz M. de la Cuesta Aguado**  
Profesora Titular de Derecho penal

I. INTRODUCCIÓN

A) Ya Jiménez de Asúa advertía cómo, pese a las continuas «crisis» que sufre el Derecho penal —en las que parece adivinarse en el horizonte nuevos caminos no hollados por la dogmática penal—, periódicamente las nuevas doctrinas y sus autores se ven impelidos a volver sobre sus pasos y fundamentar sus «nuevas» posturas en otras que se consideraban superadas<sup>1</sup>. Hoy en día, en una doctrina que se

---

<sup>1</sup> Véase, en tal sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA, L., «Corsi e ricorsi. La vuelta de Von Liszt», en *La idea de fin en el Derecho penal*, Valparaíso (Chile), 1984, pp. 29 y ss.

ha acostumbrado a convivir con la «crisis»<sup>2</sup> del Derecho penal esta advertencia resulta casi premonitoria, sobre todo teniendo en cuenta que probablemente ni Jiménez de Asúa ni su maestro Von Liszt se imaginasen que la «revisión» les iba a «trascender» e iba a llegar hasta las antiguas y superadas teorías de la imputación, que a partir del esfuerzo sistematizador y la metodología<sup>3</sup> de Puffendorf<sup>4</sup> se extendieron por Europa central.

Ciertamente, en nuestros días, la profunda división doctrinal abierta con la llegada del finalismo parece haber sido superada. La doctrina actualmente mayoritaria, tanto en Alemania como en España, reconoce y asume las propuestas estructurales del finalismo, si bien sin necesidad de fundamentarlas en el carácter ontológico de la acción<sup>5</sup>. Sin embargo, el método y los presupuestos de los que partía el finalismo, salvo excepciones, han sido abandonados, volviéndose a un método más propiamente normativista y retomando la metodología neokantiana de la teoría neoclásica<sup>6</sup>. Así, Schünemann afirma expresamente que el «razonamiento sistemático teleológico» —extendido a partir de Roxin— ha sentado las bases de una profunda modificación del sistema del Derecho penal, caracterizada «por un total alejamiento del razonamiento lógico-objetivo del finalismo y debe contemplarse como un desarrollo ulterior del neokantismo»<sup>7</sup>. Sin embargo, la búsqueda de nuevas fundamentaciones

<sup>2</sup> Hasta el punto que, según QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F., y PRATS CANUT, M., *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996, p. 91, «a buen seguro, una de las mayores virtudes de la Doctrina penal es el reconocimiento de esta crisis».

<sup>3</sup> Deductiva, según BRUFAU PRATS, J., *La actitud metódica en Puffendorf*, Madrid, 1968, p. 146.

<sup>4</sup> A quien WELZEL, H., califica de «gran sistemático iusnaturalista», en *Introducción a la filosofía del Derecho*, trad. por F. González Vicen, Madrid, 1974, p. 133.

<sup>5</sup> Véase MIR PUIG, S., «Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal», en *ADPCP*, XLVII (1994), pp. 5 y ss.

<sup>6</sup> Con más detalle, véase SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Introducción», en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, de SCHÜNEMANN, B. (coord.), Madrid, 1991, pp. 12 y ss.; del mismo, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 67.

<sup>7</sup> SCHÜNEMANN, B., «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal», en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, cit., p. 67.

va más allá, con autores como Hruschka, quien se posiciona de forma radical contra la definición —respetada incluso por el finalismo— según la cual el delito es la acción típica, antijurídica y culpable<sup>8</sup>, y la doctrina alemana ha empezado a preocuparse, como no lo había hecho en todo el presente siglo, de las lejanas teorías de la imputación<sup>9</sup>.

Prueba del eclecticismo dominante en la doctrina es la obra del propio Roxin, *Política Criminal y sistema del Derecho penal*<sup>10</sup>, como representante cualificado del «funcionalismo-normativista» de corte moderado y de amplia difusión en nuestra doctrina. Al igual que la obra de Von Liszt<sup>11</sup>, ambas recogen, sistematizan y, sobre todo, explican, en una obra —que después se convierte en fundamental— su concepto de delito. Y me refiero a ambos autores, no sólo por ser en un momento dado los «abanderados» de un movimiento doctrinal, sino también por la similitud del método seguido por uno y por otro. Ambos autores parten, para la comprensión del delito, de los fines de la pena y del Derecho penal, al que ambos —salvando las distancias— atribuyen una finalidad preventiva. Y a partir de su posicionamiento en esta cuestión básica, construyen el sistema del delito. No son los únicos que han seguido este proceso, pues, como afirmaba Ferrajoli, «en la historia del Derecho penal no ha habido giros o reformas, progresivas o regresivas, que no hayan venido

<sup>8</sup> HRUSCHKA, J., «Reglas de comportamiento y reglas de imputación», en *Causas de justificación y de atipicidad en el Derecho penal*, de LUZÓN PEÑA, D., y MIR PUIG, S. (coord.), Pamplona, 1995, p. 185.

<sup>9</sup> Precisamente una de las objeciones que se plantea a estas doctrinas es que renuncian a un sistema claro y comprensible de delito, «acabando por llevar a la doctrina al estadio previo al naturalismo, esto es, a las viejas teorías de la imputación». SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 71, con bibliografía en nota 139.

<sup>10</sup> ROXIN, C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlín, 1970. En español, *Política Criminal y sistema del Derecho penal*, trad. de F. Muñoz Conde, Barcelona, 1972. De hecho, esta obra se inicia con la frase de VON LISZT «el Derecho penal es la infranqueable barrera de la Política criminal» (vid. p. 15). Pero en la obra de Roxin también es fundamental la crítica constructiva a Welzel. Véase en este sentido, del mismo, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y estructura del deber jurídico*, Buenos Aires, 1979.

<sup>11</sup> *Der Zweckgedanke im Strafrecht in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1883, pp. 1 y ss. En castellano, *La idea de fin en el Derecho penal*, trad. de Aimone Gibson, Valparaíso, 1984.

acompañadas y secundadas por la elaboración de doctrinas o concepciones ético-políticas filosóficamente caracterizadas acerca del fin de la pena...»<sup>12</sup>.

«Con ello —afirma Jakobs— no se pretende afirmar sin más que con la apelación a la función del Derecho penal, se haya encontrado un punto que pueda ayudar a fijar proposiciones dogmáticas de una vez por todos. Por el contrario, toda proposición dogmático-penal adolece de similares inseguridades a las que sufre la obtención de un acuerdo sobre la función del Derecho penal»<sup>13</sup>. Es esta carencia de cimentos firmes sobre los que fijar los elementos dogmáticos del delito lo que origina la continua sensación de inseguridad o crisis que endémicamente padece la doctrina. Ello se debe a que cuando se ha pretendido abordar el problema de los fines y la función del Derecho penal se ha planteado más como una opinión basada, más o menos, en la realidad que como un «hecho» —en el sentido de verdad objetiva susceptible de demostración—.

La situación presenta ciertos paralelismos —y quizá sean las últimas consecuencias nunca extraídas— con la ya conocida *teoría del dominó* que demostró la incapacidad del principio del libre albedrío para fundamentar la culpabilidad<sup>14</sup> y que acabó —oficialmente al menos— con una culpabilidad y un concepto de Derecho penal de corte retribucionista, si bien, en muchas ocasiones pudiera surgir al estu-dioso la duda de si, utilizando la conocida imagen de que la metafísica, a la que habíamos cerrado la puerta, no se nos habrá colado de nuevo por la ventana<sup>15</sup>. Pues, si bien la doctrina mayoritaria ha ex-

cluido del Derecho penal el principio del libre albedrío y con ello el reproche culpabilista derivado de concepciones retributivas, no se han abandonado, de hecho, las propias teorías retribucionistas ni sus consecuencias para la teoría del delito, reintroduciéndolas bien como límite a los «excesos» punitivos bajo la amenaza del «terror estatal» a que las teorías preventivas supuestamente conducirían, bien mediante un cambio más o menos sutil de ubicación y «etiquetaje» en las doctrinas de la prevención general positiva<sup>16</sup>.

B) En resumidas cuentas, y sin pretender hacer una revisión histórica de lo que han sido las denominadas teorías de la pena, podemos afirmar *grosso modo* que la discusión doctrinal ha versado tradicionalmente, hasta mediados del presente siglo, sobre los siguientes presupuestos:

1. El Estado y el ordenamiento jurídico necesitan de la pena. La pena sería, en este sentido, un mal necesario.

Pero, o bien se venía dando por obvia su necesidad y, por tanto, no se analizaba por qué la pena era necesaria; o, cuando se intentaba, se hacía para explicar cómo la pena «cohesionaba» la sociedad y mantenía el sistema, todo ello con escasas referencias criminológicas o sociológicas, sin explicar en profundidad el funcionamiento del sistema social.

2. La finalidad que se atribuía a la pena cumplía no solo la misión de fundamentar el recurso a la imposición de un mal por parte del Estado, sino que determinaba teleológicamente los fines y el propio concepto del Derecho penal y, como consecuencia, el concepto de delito.

3. Las alternativas históricas entre teorías absolutas-retribucionistas y teorías relativas-preventivas respondían a ideologías de inspiración filosófico-política<sup>17</sup> y surgían cíclicamente co-

<sup>12</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1995, p. 212.

<sup>13</sup> JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berlín-Nueva York, 1993, p. VII. En castellano, *Derecho penal. Parte general*, trad. de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, 1995.

<sup>14</sup> Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene un futuro la dogmática penal?», en *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., Madrid, 1981, *passim*.

<sup>15</sup> Pese a afirmaciones como la que realiza SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 15, recordando la ya famosa expresión del Proyecto Alternativo de que cuando, tras «la ya famosa expresión de que el fenómeno punitivo no constituye un expediente metafísico (ni simbólico, habría que añadir ahora), se añade, sin embargo, que la pena es «una amarga necesidad en la comunidad de seres imperfectos que son los hombres».

<sup>16</sup> Véase al respecto MAPELLI CAFFARENA, B., y TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1996, p. 46.

<sup>17</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, L., «Corsi e ricorsi. La vuelta de Von Liszt», cit., pp. 43 y ss. y 50, expresamente sobre Von Liszt y los autores de la época.

mo respuesta a la insatisfacción de las explicaciones que tanto una como otras ofrecían<sup>18</sup>.

Tras siglos de discusión entre la utilidad o no de la pena<sup>19</sup>, en el último siglo y medio, las posiciones se han aglutinado básicamente en torno a tres grandes corrientes de pensamiento: el retribucionismo según las bases filosóficas asentadas por Kant y Hegel<sup>20</sup>, la prevención general —especial o negativa— a partir de la fundamentación de Feuerbach<sup>21</sup> y la prevención especial —quizá la más original en sus aportaciones y la que mayor evolución ha sufrido en los últimos tiempos desde las aportaciones de Ferri y su escuela o Dorado Montero, pasando por Von Liszt, hasta la denominada crisis de la resocialización, que ha situado de nuevo a esta doctrina quizá en un segundo plano<sup>22</sup>—.

Las nuevas corrientes funcionalistas, aunadas bajo la bandera común de la prevención general positiva o prevención-integración, no han conseguido una buena acogida en nuestra doctrina y no son pocas las voces que afirman que no significan más que una soterrada resistemización de los principios de la retribución y de la prevención especial en la prevención general<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> VON LISZT, F., *La idea de fin en Derecho penal*, cit., p. 132; irritado porque Binding acusa a las teorías relativas de «fundamentación insuficiente», amenaza: «Si la teoría absoluta no dispone de mejores armas, es preferible que se mantenga a la defensiva».

<sup>19</sup> Si bien el sistema utilitario de las penas ya había sido defendido por Epicuro, Hume, Bentham y Stuar Mill (PACHECHO, J. F., *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Madrid, 1868, pp. 8, 9, 45 y ss.; también GRAMÁTICA, F., *Principios de Derecho penal subjetivo*, trad. de J. del Rosal y V. Conde, Madrid, 1941, pp. 19 y 40 y ss.).

<sup>20</sup> Que las toman de la tradición filosófica de origen escolástico. Véase en este sentido RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *El origen español de la ciencia del Derecho penal. Alfonso de Castro y su sistema penal*, Madrid, 1959, pp. 245 a 259.

<sup>21</sup> VON FEUERBACH, P. J., *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, trad. de la 14.ª ed. alemana (Giessen, 1874) por E. Zaffaroni e I. Hagemeyer, Buenos Aires, 1989, pp. 57 y ss.

<sup>22</sup> Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona, 1983, pp. 198 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., «La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito», en *CPC*, 7 (1979), pp. 91 y ss.; GARCÍA PABLOS, A., «La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo», en *ADPCP*, XXXII (1979), pp. 645 y ss. Sobre el estado de la cuestión en el Reino Unido y EE.UU., puede verse WALKER, N., *Why punish? Theories of punishment reassessed*, Oxford-Nueva York, 1991, en especial pp. 137 y ss.

<sup>23</sup> En este sentido vid. FERMÍN MORALES en QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F., y PRATS CANUT, M., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 107; también BARATTA, A.,

Por otro lado, en nuestro país Mir Puig en 1979, recién estrenada la Constitución, realizaba a tal respecto una tajante afirmación: «en todo caso, queda descartada, en el modelo de Estado que acoge la Constitución, una concepción de la pena que funde su ejercicio en la exigencia ético-jurídica de retribución por el mal cometido»<sup>24</sup>. La pena ha de asumir la función de prevención<sup>25</sup>. Ahora bien, este postulado no está ni tan admitido ni es tan simple como a simple vista pudiera parecer<sup>26</sup>. Incluso podría afirmarse que nuestra Constitución opta por la prevención especial<sup>27</sup>, ya que, según el artículo 25.2, «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...»<sup>28</sup>, modelo, sin embargo, sometido a fuertes críticas en la doctrina derivadas de la constatación de la ineficacia e inalcanzabilidad de los fines propuestos<sup>29</sup>.

C) Por todo ello, podemos afirmar que, para la comprensión del delito y la construcción del sistema penal, la doctrina ha de partir de

«Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», en *Doctrina Penal*, 29 (1985), p. 21.

<sup>24</sup> MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1979, p. 23.

<sup>25</sup> En este sentido se posicionan, entre otros muchos, MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 25; MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1993, pp. 47 y 48; MAPELLI CAFFARENA, B., y TERRADILLOS BASOCO, J., *Consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 45; MORILLAS CUEVA, L., *Curso de Derecho penal español. Parte general*, Madrid, 1996, p. 53; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; FERRÉ OLIVÉ, J.C., y SERRANO PIEDRAS, J. R., *Manual de Derecho penal. Parte general. III. Consecuencias jurídicas del delito*, Barcelona, 1994, p. 6; SAINZ CANTERO, J. A., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Barcelona, 1990, p. 32.

<sup>26</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social*, Jerez, 1985, p. 41, en especial nota 28. Véase también MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho penal*, cit., p. 90.

<sup>27</sup> Recogiendo una impronta secular, un modo de hacer y de pensar según el cual, en palabras de JIMÉNEZ DE ASÚA, «vamos, sin dejar de hacer dogmática jurídica, a dar solución al gran problema político con el tratamiento de protección, que está en nuestras tradiciones penales de mejor estirpe. Así unimos el pasado y el porvenir sin perder el acento español» (*Tratado*, tomo II, 2.ª ed., Buenos Aires, 1958, p. 139).

<sup>28</sup> Si bien estos conceptos han de ser matizados por «el principio del pluralismo» (artículo 1.1.) y del «libre desarrollo de la personalidad» (artículo 10.1), entre otros.

<sup>29</sup> MAPELLI CAFFARENA, B., y TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pp. 40 y 41.

un previo posicionamiento acerca de los fines y las funciones que el Derecho penal —con todos los fenómenos anejos— cumple en el sistema social. Pero el análisis de estas cuestiones exige realizar con carácter previo algunas distinciones terminológicas ya avanzadas por la doctrina. En primer lugar, como diría Aristóteles, conviene partir de la diferencia entre el *quia* y el *propter quid*<sup>30</sup>; o lo que es lo mismo: la diferencia entre el Derecho penal como hecho, como fenómeno social, que intenta responder a la cuestión de qué función cumple el Derecho penal en la vida social, y la justificación del porqué de la existencia del Derecho penal, es decir, la fundamentación y legitimación teórica del mismo<sup>31</sup>. O en la más moderna expresión de Ferrajoli, entre el cuándo y el porqué<sup>32</sup>.

La cuestión de la función del Derecho penal ha de abordarse desde un punto de vista empírico meramente descriptivo, con imprescindible referencia a las ciencias sociales. La siguiente cuestión, de la justificación o del porqué, exige una explicación racional de un fenómeno social, que vendrá dada por el análisis realizado previamente de dicho fenómeno si queremos que la respuesta tenga carácter objetivo y no esté impregnada —en la medida de lo posible— de ideologías y prejuicios previamente asumidos.

Debemos asimismo deslindar las funciones y fines del Derecho penal de los de la pena. A estos efectos es preciso recordar con Pavarini que el gran mérito de la filosofía utilitarista del siglo XVIII fue haber distinguido claramente entre justificación de la pena en abstracto, equivalente a la justificación del Derecho penal en su conjunto y

<sup>30</sup> Véase esta distinción en OLGATI, F., *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, 1977, p. 53.

<sup>31</sup> MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Barcelona, 1996, p. 45, párrafo 1, cree preciso distinguir entre tres acepciones del término función del Derecho penal: 1) función que despliega en el ámbito sociológico; 2) función como programa normativo, independientemente de si logra o no cumplirlo; 3) función que debería cumplir (fines de la pena). Pero quizá la segunda cuestión no sea más que un apéndice o constatación teórica de la supuesta fundamentación legislativa de la tercera cuestión. En definitiva, las dos últimas cuestiones se mueven en el ámbito de la disquisición filosófica, casi metafísica, o si se quiere, también «simbólica», en el sentido de que pretenden fundamentar la intervención punitiva en el ámbito del «deber ser» —o de las «ideas»— sin constatación. El propio Mir Puig lo excluye *a priori* de su efectividad real.

<sup>32</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 212.

de la pena en concreto, problema que se reduce, entonces, a la determinación de los límites del castigo<sup>33</sup>. La pena es la consecuencia de la imposición de una conducta y el propio fundamento de la pena hay que buscarlo en la norma que contiene la pauta de conducta, cuya infracción justifica y legitima el castigo. La pena se impone, entonces, para garantizar el cumplimiento de la norma o, mejor, de la pauta de conducta impuesta por la norma<sup>34</sup>. Al margen de esto, la pena, como afirmaba Pavarini, no puede tener en sí misma ninguna otra finalidad<sup>35</sup>. Ello no implica, sin embargo, que la pena no tenga límites precisos —humanidad o necesidad de las penas, etc.— ni que «ya que se impone una pena» como elemento accesorio o secundario «teleológicamente» no haya que intentar alcanzar finalidades secundarias que «además» conviertan la pena en «útil» para quien la recibe o para otros miembros del grupo social —resocialización, reintegración social, etc.—.

## II. EL DERECHO PENAL COMO HECHO SOCIAL: EL DERECHO PENAL, FACTOR DE UN SISTEMA COMPLEJO

El Derecho penal, en cuanto conjunto de normas jurídicas que surgen o emanan de la sociedad y que inciden en la realidad social de forma diversa (mediante la regulación, control o dirección de conductas; mediante la catalogación de algunos sujetos como delinquentes; mediante la privación de determinados derechos individuales; etc.) tiene una vertiente social que nos permite calificar-

<sup>33</sup> PAVARINI, M., «La justificación imposible. La historia de la idea de pena entre justicia y utilidad», en *Capítulo Criminológico*, 21 (1993), pp. 31 y 32.

<sup>34</sup> O como diría JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 14, «misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es la réplica, que tiene lugar a costa del inductor frente al cuestionamiento de la norma».

<sup>35</sup> La pena en concreto no puede tener ningún fin, pues en caso contrario no existirá más límite a su imposición que la consecución del fin prefijado. En tal sentido, PAVARINI, M., «La justificación imposible. La historia de la idea de pena entre justicia y utilidad», cit., p. 34.

lo de «fenómeno social» —tanto en su origen como por sus efectos—<sup>36</sup>.

La sociedad, en el estado actual de evolución de los Estados occidentales, constituye un ejemplo de sistema complejo, cuyo funcionamiento se ha intentado describir a partir de la denominada «teoría de la complejidad». Según esta teoría, los sistemas complejos son fruto de un innumerable conjunto de factores de muy diverso signo que interaccionan entre ellos dando lugar a procesos de evolución del propio sistema. En estos sistemas complejos coexisten y se anulan factores que tienden al mantenimiento del *status quo* —inmovilistas— y factores que tienden a la destrucción del sistema o «caos». De hecho, la historia de los sistemas complejos es cíclica, yendo constantemente del equilibrio al caos y del caos al equilibrio. Pero el momento en que mayor evolución hay, en el que las relaciones son más fluidas y también mayores las libertades de los ciudadanos, es justo en el momento inmediatamente anterior al caos: el denominado «punto crítico» o «frontera del caos». En este momento se produce un punto de fino equilibrio entre los diversos factores, en el que un factor cualquiera podría romper el equilibrio obtenido y producir un fenómeno desmesurado de cambio ha-

<sup>36</sup> Otorgando, entonces, un puesto importante en el análisis del dicho fenómeno a las ciencias sociales que faciliten o permitan el conocimiento y comprensión de la realidad social y el funcionamiento de los fenómenos sociales. En tal sentido, TAYLOR, I.; WALTON, P., y YOUNG, J., *La nueva criminología*, Buenos Aires, 1975, p. 287. Igualmente pueden y deben ser analizados como fenómenos sociales el delito y la pena. El delito como fenómeno social consiste en una conducta desordenada o desviada; contraria en definitiva al orden social y etiquetada formalmente como merecedora de represión y de sanción. Pena sería toda sanción social formalizada y propia de sociedades-sistemas sociales estructurados y complejos, que han sido ya capaces de originar una superestructura designable como «Estado o embrión de Estado» a la que los individuos han cedido parte de sus derechos individuales, fundamentalmente, el derecho a reaccionar frente a la desviación calificada como delictiva o criminal (véase DE LA CUESTA AGUADO, P., «Un Derecho penal en la frontera del caos», en imprenta). Pero la pena no es la única sanción social posible, de la misma forma que el Derecho penal no es el único medio de control social posible. Si cada medio de control social tiene su correspondiente sanción, y cada grupo social, tiene su propio medio de control social, resultará que existirán muy diversas formas de sanción social frente a conductas desordenadas, basadas mayoritariamente en la reprobación (véase HASSEMER, W., «Sobre las normas no jurídicas en el Derecho penal», en *Doctrina Penal*, 1989, p. 5.).

cia el caos o hacia un nuevo sistema. Este estado crítico se situaría entonces en la frontera entre el orden —mantenimiento del *status quo* más perfeccionado— y el desorden o caos<sup>37</sup> —destrucción del *status quo*—. Todo sistema complejo tiende al punto crítico, a la frontera del caos.

El Derecho penal (objetivo) como factor social —elemento de interacción social— está constituido por un conjunto de reglas altamente formalizadas que regulan las condiciones y formas en que el Estado puede imponer una pena (o medida de seguridad) a un miembro de la sociedad. Para ello introduce pautas de conducta cuya finalidad es actuar como factor de mantenimiento del «orden» en el sistema complejo. El Derecho penal actúa como factor que intenta neutralizar a otros factores tendentes al caos y, básicamente, al delito o crimen como conducta desordenada<sup>38</sup> —esto es, que rompe el orden y actúa como factor tendente al «caos»—.

Pero estos juegos de equilibrios existen en el mundo real —junto a otros factores como marginación, riqueza, poder político, etc.— y no «en las formulaciones legislativas, filosóficas, ideológicas o culturales, sobre como es o debiera ser la sociedad»<sup>39</sup>. De ahí que las teorías que tradicionalmente intentaban explicar el fin de la pena se muestren incapaces de descubrir la función y significado social del Derecho penal.

Desde estas premisas, el Derecho penal puede ser un factor que, según la forma en que haya sido concebido, coadyuve a mantener o propulsar la evolución social<sup>40</sup> —para alcanzar el punto crítico— sin

<sup>37</sup> El término «caos» hace referencia, en el seno de la teoría de la complejidad, a «un conjunto restringido de fenómenos que evolucionan de formas predictiblemente impredecibles». HORGAN, J., «De la complejidad a la perplejidad», en *Investigación y ciencia*, agosto, 1995, p. 72.

<sup>38</sup> Que al ser reflejada por el Derecho se convierte, a su vez, en una realidad jurídica, PÉREZ SÁNCHEZ, J. (coord.), *Bases psicológicas de la delincuencia y conducta antisocial*, Barcelona, 1987, p. 24.

<sup>39</sup> MANZANOS BILBAO, C., *Contribución del sistema carcelario a la marginación socio-económica familiar*, ejemplar microfichado, Bilbao, 1990, p. 59.

<sup>40</sup> Conservador o progresista, según CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, 1995, p.26.

olvidar, en todo caso, la esencia del Derecho penal como factor de orden —de mantenimiento del *status quo*—<sup>41</sup>.

El Derecho penal racional para un sistema complejo que persiga la evolución social y la máxima satisfacción de los individuos que lo integran ha de responder a los enunciados del Derecho penal mínimo<sup>42</sup> (aquel que sólo debe intervenir cuando sea imprescindible para que la violencia informal no supere la violencia formal ejercida por el propio sistema penal)<sup>43</sup>.

### III. EL DERECHO PENAL COMO ORDENADOR DE CONDUCTAS

Según el Diccionario de la Lengua, el vocablo «ordenar» tiene, a nuestros efectos, tres posibles acepciones:

1. Poner en orden, concierto y buena disposición una cosa.
2. Mandar y prevenir que se haga una cosa
3. Encaminar y dirigir a un fin.

El término «ordenar» implica, entonces, tres ideas: por un lado conlleva la idea de organizar. Es la distribución de responsabilidades y funciones llevada a cabo por quien tiene la responsabilidad de hacerlo. Pero, a su vez, esta distribución de responsabilidades para obtener el «orden» deseado (en el sentido de obtención de un fin) conlleva la idea de obediencia por parte de quien ha de ejecutar la decisión adoptada en el ejercicio de la organización. Es decir, al or-

<sup>41</sup> Debo advertir que ello no significa que me adhiera sin críticas a la teoría de la normalidad del delito. Por el contrario, el delito es necesario para alcanzar la evolución si existe un Derecho penal que lo contrarreste. Pero en el delito se puede —y se debe— incidir con otras muchas medias sociales que acabarían por hacer inútil —o al menos reducir al sus mínima expresión— el Derecho penal.

<sup>42</sup> FERRAJOLI, L., «El Derecho penal mínimo», en *Poder y Control*, 0 (1986), Madrid, p. 38.

<sup>43</sup> ROXIN, C., *Iniciación al Derecho penal de hoy*, trad. por F. Muñoz Conde y D. Luzón Peña, Sevilla, 1981, p. 134.

denar (en el sentido de organizar) las actuaciones de los sometidos al «orden impuesto o creado» (implica ya una relación de jerarquía) para fijar un comportamiento dentro de un esquema global de actuaciones (criterio final), se admite implícitamente que lo ordenado —la orden— debe ser obedecido.

En este sentido, ordenar conductas significa indicar qué comportamiento ha de ser realizado en un determinado supuesto y con unas circunstancias determinadas que, en relación con los comportamientos de los demás, permitan la obtención del fin perseguido (puesto que el orden lo es en atención a un fin). A esta conducta modelo «ordenada» —en el doble sentido de acorde al orden y de que debe ser obedecida— se le denomina «pauta de conducta».

La pauta de conducta indica cómo ha de ser el comportamiento individual en un caso concreto para que pueda ser calificado de acorde (¿funcional?)<sup>44</sup> dentro del sistema global de ordenación de actuaciones. Así, el comportamiento que contradice la pauta de conducta es un comportamiento desordenado, porque rompe el «orden social» impuesto. La norma que establece la pauta de conducta contiene, según la doctrina, un momento de adecuación «al orden»<sup>45</sup> (norma de valoración) y un momento de exigencia de cumplimiento del orden impuesto (norma de determinación). En el primer momento, el órgano con capacidad y poder para ello, selecciona conforme a los fines deseados la conducta ordenada y la describe. En el segundo momento, la conducta seleccionada como acorde al orden —y por ello ordenada, frente a la desordenada— se impone como obligatoria o debida, y en ese sentido es una orden, un mandato —imperativo—. La norma de valoración es, por ello, inmanente y previa a la norma de determinación<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Según el Diccionario de la Real Academia, en su 3.ª acepción, «dícese de cualquier obra o técnica eficazmente adecuada a sus fines».

<sup>45</sup> Al «código normativo», en que está integrada. Véase al respecto MONTERÍN, J., *Racionalidad y acción humana*, Madrid, 1987, p. 202.

<sup>46</sup> Aunque el debate sigue existiendo, la doctrina admite mayoritariamente que las normas primarias, que se dirigen a los ciudadanos, son normas jurídico-penales; entre otros muchos, BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del Derecho*, trad. por A. Ruiz Miguel, Madrid, 1990, p. 309, o VON IHERING, R., *El fin en el Derecho*, Buenos Aires,

Para el mantenimiento «del orden», mediante el cumplimiento de «la orden», surge la amenaza de la pena. La conducta desordenada es a la vez la conducta desobediente a la que el legislador amenaza en la ley penal con la imposición de una pena. En la amenaza legal de la pena está implícita la idea de prevención general negativa<sup>47</sup>. Es la técnica del palo y la zanahoria muy bien conocida por los conductistas y etólogos, que funciona en el reino animal y en el mundo social y humano como forma de aprendizaje, primero, y control de conductas, después. Porque las normas penales no motivan únicamente a través de la amenaza directa<sup>48</sup>, sino, y sobre todo, mediante la interiorización de la norma (en su doble faceta indicadora de una pauta de conducta y ejercicio de imperio) por el individuo en un proceso que se desarrolla durante toda la vida y que forma parte del proceso de socialización<sup>49</sup>. Y así, cuanto menor sea la integración y consecuentemente, la socialización en un individuo, menos eficaz será la norma penal (menos motivará) y mayor habrá de ser la amenaza de la pena. La sociedad —y los demás miembros del grupo social— ante la infracción de la norma reclaman el cumplimiento de la amenaza, como factor de cohesión con fuerza centrípeta —factor de orden— frente al desorden —factor tendente al caos— introducido por la infracción de la norma. Por ello, la pena —con el delito o el pecado— nace simultáneamente al orden social. Delito, pena y orden son términos indudablemente unidos.

Cuando se produce la estructuración social de un cuerpo social se hace siempre a partir de la imposición de unos grupos sobre otros: en otras épocas esto ha sido tan evidente que las penas a imponer de-

sin fecha, pp. 171 y ss; VON WRIGHT, H., *Norma y acción: una investigación lógica*, Madrid, 1979, pp. 22 y ss. y 87 y ss. También Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, trad. de la 2.ª ed. alemana por R. J. Vernengo, México, 1981, pp. 76 y ss.

<sup>47</sup> En este sentido ya se manifestaba DE CASTRO, para quien, por cierto, la pena se impone para expiar el castigo, para «terror de los otros» y para que el delincuente «aleccionado por el castigo se arrepienta y cambie de conducta». Puede verse más ampliamente en BULLÓN FERNÁNDEZ, E., *Alfonso de Castro y la Ciencia penal*, Madrid, 1900, pp. 64 y ss. También en *Alfonso de Castro. Antología*, Madrid, 1942, p. 50.

<sup>48</sup> MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en un Estado social y democrático de Derecho*, cit., pp. 30 y 31.

<sup>49</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene un futuro la dogmática penal?», en *Estudios de Derecho penal*, cit., p. 114.

pendían de la pertenencia o no a un determinado grupo o estamento social. Pero ese orden no es inicialmente pactado, al menos en un nivel de igualdad, sino que se impone por el grupo a la sazón más fuerte sobre los otros<sup>50</sup>. El gran cambio del Estado democrático estriba en que nuestra sociedad se autodeclara igualitaria, sometida a Derecho, es decir, regulada por un conjunto de normas que se aplican teóricamente a todos los miembros del grupo y que están hechas por sus representantes con respeto de los derechos de las minorías. La realidad es, sin embargo, bien distinta<sup>51</sup>, pues muestra que existen grupos de poder, equilibrios entre dichos grupos que dan lugar a las relaciones de poder y que cada grupo intenta mantener su parcela de poder apoyándose en la imposición o no de una pena<sup>52</sup>, e incluso en la imposición «pero no» de una pena<sup>53</sup>. Y los grupos que están en el poder no pueden renunciar a la pena, porque

<sup>50</sup> En este sentido, BARCELONA, P., afirma: «...Regresa impetuosamente la paradoja de la modernidad, la ambivalencia no resuelta de un ordenamiento jurídico que "nace" de la violencia de una decisión fundante y que, sin embargo, presume de regular y "medir" la violencia legítima y la violencia ilegítima, la violencia "buena" y la violencia "mala"...». Continúa diciendo más adelante: «... En realidad, la *paradoja del Derecho moderno* ha sido y reside todavía en la "credibilidad" de la respuesta que sus "reglas" logren dar al problema de la violencia/venganza». *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, Valladolid, 1992, p. 77.

<sup>51</sup> Al respecto, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social*, cit., p. 46.

<sup>52</sup> Véase BARATTA, A., «Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal», en *Política criminal y reforma del Derecho penal*, Bogotá, 1982, p. 45.

<sup>53</sup> Veámoslo con un ejemplo: hasta la reforma de 1989, nuestro antiguo sistema penal no castigaba como delito los malos tratos en el ámbito familiar. La explicación podría estar en que tradicionalmente en nuestra sociedad los varones eran el grupo dominante e imponían sus privilegios sobre sus mujeres y sus hijos, apoyándose para el mantenimiento de los mismos en la pena. Tras los profundos cambios sociales acaecidos durante el presente siglo, las mujeres logran ser reconocidas, al menos, como el cincuenta por ciento de los votos y empiezan a protestar como fuerza política emergente. Y la norma social que admite que el esposo-padre ejerza sus privilegios con violencia sobre los demás miembros del grupo familiar aparece como limitadora del poder o las posibilidades de poder social que el nuevo grupo reclama, de forma que los grupos se reequilibran y el grupo inicialmente dominante reconoce que no puede seguir manteniendo ese privilegio y cede, admitiendo la posibilidad teórica de que se pueda imponer una pena al marido que maltrate a su esposa.

Ahora bien, la razón del cambio de norma se debe, ni más ni menos, a un cambio en el «orden», establecido. Orden que se reequilibra en función de equilibrios

entonces, la fuerza de la imposición violenta sería asumida por otros grupos deprimidos que se convertirán en dominadores deprimiendo a aquellos que renunciaron a la pena. Así se puede aceptar la afirmación de Muñoz Conde de que el Derecho penal es una razón de Estado<sup>54</sup>, si se tiene en cuenta que el Estado es la manifestación del poder social.

#### IV. LÍMITES INTERNOS Y EXTERNOS A UN DERECHO PENAL EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

La definición de un Derecho penal mínimo como modelo ideal de Derecho penal ha vuelto a traer a la palestra la discusión acerca de los medios para limitar el poder de punir, esta vez con nuevos interrogantes. En esta línea, Silva Sánchez afirma que «el Derecho penal que debe cumplir el fin de reducción de la violencia social, ha de asumir también, en su configuración moderna, el fin de reducir la propia violencia punitiva del Estado. Esta reducción tiene lugar por dos vías: sobre la base del principio utilitarista de la intervención mínima y sobre la base de los principios garantísticos individuales»<sup>55</sup>. Con ello, Silva Sánchez convierte en fines de un Derecho penal democrático los tradicionalmente conceptuados como límites al *ius puniendi*.

Puede ser, sin embargo, que esta postura refleje más una necesidad o un deseo que una realidad. En primer lugar porque el contenido concreto y la capacidad punitiva de un Estado no puede predicarse con carácter general para todos los Estados ni para todos los ordenamientos. Sólo el modelo democrático de Estado permite limitar convenientemente el ejercicio de poder que implica el Derecho penal; pues sólo en los sistemas democráticos, fruto del equili-

de poder. Quiere decir ello que este «orden» es un concepto variable, por lo que la norma que responda a dicho «orden» no es trasladable a otros «órdenes» distintos. Esta afirmación es, desde mi punto de vista, muy importante. Olvidar el carácter de fenómeno sustancialmente social que tiene el Derecho penal y la norma penal conlleva errores históricos de bulto.

<sup>54</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social*, cit., p. 41.

<sup>55</sup> SILVA SÁNCHEZ, J., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 211.

brio de poderes, el poder está limitado fáctica, política y jurídicamente. Del mismo modo que las autolimitaciones del poder no suelen ser efectivas, los límites internos del Derecho penal históricamente tampoco lo han sido en exceso. Precisamente ha sido la pretensión de otorgar al concepto de bien jurídico una función limitadora del *ius puniendi*, una de las razones por las que esta figura ha sufrido graves críticas de legitimación y de utilidad<sup>56</sup>. Tampoco han sido adecuadas a esta necesidad limitadora del *ius puniendi*, las tradicionales teorías acerca de los «fines de la pena», pues, como ya dijimos, el fin —cualquiera que sea— no tiene límites en sí mismo sino que, más bien al contrario, tiende a autosatisfacerse por cualquier medio<sup>57</sup>.

Por ello, la intervención jurídico-penal del Estado en la vida de los ciudadanos no se puede limitar a partir de una determinada orientación teleológica del Derecho penal, por más que en alguna ocasión, una interpretación teleológica de determinada institución pueda favorecer la restricción de la intervención penal, porque, probablemente, existan otras muchas ocasiones en las que tal orientación favorezca precisamente todo lo contrario y justifique la intervención. Por tanto, los límites que se impongan al Derecho penal han de ser ajenos a la función y los supuestos fines del mismo y no deben tener finalidad alguna al margen de limitar el poder punitivo. Pero, para que tales límites sean efectivos han de ser externos al Derecho penal. Estos límites externos pueden ser fácticos y normativos o jurídicos. Límites fácticos son los que derivan del equilibrio de grupos de poder en un sistema democrático. Límites normativos o jurídicos son los que derivan del propio sistema jurídico, entre los que destaca en primer lugar la Constitución<sup>58</sup>, seguida por principios acogidos como garantis-

<sup>56</sup> Véase BARATTA, A., «Integración-prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», cit., pp. 10 y 11.

<sup>57</sup> PAVARINI, M., «La justificación imposible. La historia de la idea de pena entre justicia y utilidad», cit., p. 34.

<sup>58</sup> Con ello se quiere decir, siguiendo a CARBONELL MATEU, J. C., que el legislador democrático no puede «inventarse nuevos valores que en absoluto emanen del sistema constitucional, y limitar o incluso negar, con el fin de protegerlos, los que sí emanan del sistema. Ello supondría salirse del marco creado por el pacto político que supone la Constitución», en *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, cit., p. 30.

tas y limitadores en un sistema jurídico<sup>59</sup> —tengan o no acogida expresa en Primera Norma o reflejo legal— tales como el principio de intervención mínima, de culpabilidad, etc. Ahora bien, los límites derivados de estos principios son más teóricos que prácticos y sólo serán plenamente eficaces si las circunstancias del caso favorecen su aplicación<sup>60</sup>.

Así pues, los peligros —siempre actuales— de utilización abusiva del Derecho penal han de ser conjurados no tanto desde unos abstractos e inalcanzables fines como desde la fijación de unos límites claros, precisos y, a ser posible, externos al propio Derecho penal. Reconocer el carácter imperativo y represor del Derecho penal no significa invitar a sectores radicales y antidemocráticos de una sociedad a imponer «vía pena» su propia ideología o intereses. Por el contrario, es necesario y útil para la sociedad desvelar las funciones reales de la pena y del Derecho penal y presentarlos desnudos de ideologías justificadoras de carácter metafísico; pues sólo de esta forma podrá la sociedad plural y democrática limitar eficazmente la intervención penal<sup>61</sup>.

Las anteriores consideraciones que intentan una explicación sistémica del Derecho penal como factor actuante en un sistema social no sirven, sin embargo, para explicar la «razón legitimadora» del Derecho penal ni de la intervención estatal por medio de la pena. Sin embargo, cualquiera que sea el modelo de sistema penal imperante en un cuerpo social, los súbditos o ciudadanos exigen una justifica-

<sup>59</sup> Sobre la cuestión puede verse ARROYO ZAPATERO, L., «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución», en *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, 1 (1987), pp. 102 y ss.; también BARATTA, A., «Principios del Derecho penal mínimo (para una teoría de los Derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)», en *Doctrina penal*, 49 (1987) pp. 627 y ss.

<sup>60</sup> Es decir, sus límites son más vagos, menos definidos y en ocasiones pueden ser conculcados si no reciben amparo constitucional, expreso y definido, o jurisprudencial.

<sup>61</sup> En palabras de FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 248, «el problema de la legitimidad política y moral del Derecho penal en tanto que técnica de control social mediante constricciones a la libertad de los ciudadanos es en gran medida el problema mismo de la legitimidad del estado como monopolio organizado de la fuerza...». Por ello, un Derecho penal garantista estará fundamentado en el recelo hacia el poder, en el principio de división de poderes y en el equilibrio entre sociedad e individualidad.

ción que explique —al menos ideológicamente— la intervención por la fuerza en el ámbito de sus libertades. Esta exigencia cobra especial importancia precisamente en los sistemas democráticos, donde todas y cada una de las limitaciones de las libertades —todos los delitos y todas las penas— han de estar justificadas de forma aceptable, al menos, para los grupos mayoritarios.

En la búsqueda de la «razón legitimadora» habría que distinguir, en primer lugar, una «razón de carácter fáctico», como ejercicio de fuerza de quien «puede» —en el sentido de que tiene el «poder» no sólo jurídico sino, sobre todo, real de imponer pautas de conducta y así es reconocido por la sociedad— y, en segundo lugar, la que podríamos denominar como «razón teórica» o razón legitimadora en sentido estricto. Pero la pretensión de validez de esta razón legitimadora hay que circunscribirla a cada intervención concreta, a cada tipo penal. Esta razón legitimadora deriva o se fundamenta en la «finalidad de mantenimiento del orden» que explica la imposición de una pauta de conducta. Esta finalidad ha sido concretada dogmáticamente a través del expediente del bien jurídico<sup>62</sup>. De esta forma, la cuestión de la legitimación de «cada» intervención penal se traslada al bien jurídico. En este sentido, teóricamente un Derecho penal o sistema penal estará legitimado cuando todas y cada una de sus intervenciones lo esté. Pero ello no significa que la finalidad del Derecho penal sea la protección de bienes jurídicos, pues, estrictamente, únicamente es la razón que autoriza la intervención penal en cada caso concreto, mientras que la finalidad que persigue el Derecho penal sería el mantenimiento de un orden social determinado.

De lo anterior tampoco puede deducirse que una misma razón legitimadora pueda servir con carácter general para justificar una intervención penal en todos los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, pese a los importantes cambios formales y en el análisis y descripción de los elementos del delito, el fundamento filosófico de dicho concepto es tributario de la tradición escolástica cristiana y respon-

<sup>62</sup> Cuando a partir de ahora hablemos de bien jurídico nos estamos refiriendo al bien jurídico-penalmente protegido, en el sentido que ya advertía MIR PUIG, S., en «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*», en *Estudios penales y criminológicos*, XIV (1989-90), p. 205.

de a la trayectoria histórica del pensamiento en Europa, a sus creencias religiosas e ideologías sociales, a su devenir histórico-económico y a sus estructuras sociales. De esta afirmación pueden extraerse algunas consecuencias de importancia para la comprensión de la actual dogmática penal:

- En primer lugar, cualquier supuesta revisión e innovación en el concepto del delito que pretenda resolver problemas dogmáticos, pasa por una revisión histórica del elemento de que se trate<sup>63</sup>.
- En segundo lugar, si la actual dogmática penal imperante en nuestro país, responde a las estructuras histórico-socio-culturales de Europa occidental, su exportación inalterada a otras realidades (fruto del colonialismo cultural, último reducto de otros tipos de colonialismos históricos a que responde la pretendida «internacionalización de la dogmática penal») será ineficaz y meramente formal<sup>64</sup>. Las instituciones penales —y el ordenamiento jurídico en general— responden a una determinada trayectoria histórico-cultural y cada institución sólo puede entenderse a partir de sus orígenes y en relación con la sociedad que lo ha creado y el sistema al que pertenece. De ahí que la trasposición automática de instituciones, fórmulas o modelos de un ordenamiento a otro, en general, no sea posible pues el sistema penal —como sistema de control social— se basa en otros sistemas de control previos a los que ni se puede ni se debe olvidar.
- En tercer lugar, *a sensu contrario*, estas afirmaciones implican que, en aquellos sistemas sociales con idénticos o muy

<sup>63</sup> La historia de la Teoría general del delito es la historia de la profundización, individualización, definición y delimitación de conceptos y categorías en el concepto dogmático de delito. En este sentido, ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho penal*, cit., pp. 79 y 80 —«se puede describir la historia del delito en los últimos decenios como una peregrinación de los elementos del delito por los diferentes estadios del sistema» (p. 80)—.

<sup>64</sup> Como ejemplo véase VELÁSQUEZ V., F., «El Código penal de 1980 desde el punto de vista político-criminal», en *Nuevo Foro Penal*, 52 (1991), pp. 207 y ss., en especial 212, o LLOMPART VERD, J., «La pena de muerte en el Japón», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2 (1992), en especial p. 352.

cercanos orígenes ideológicos o culturales que pueden aceptar y adoptar como propios los presupuestos y consecuencias de la Teoría del delito y que, de hecho, la han asumido pueden —cuando las circunstancias económico-políticas lo permitan— iniciar un acercamiento a fin de unificar conceptos y legislaciones. En este sentido podría afirmarse que la dogmática penal no sólo es la heredera del pensamiento de la escolástica, sino que los sistemas penales europeos pueden tender a configurarse como un nuevo *ius commune*, y en este sentido, parece que en los últimos veinte años se está configurando una única doctrina con aportaciones de los distintos Estados nacionales, sobre todo en lo que a conceptos generales se refiere. A ello se unen necesidades propias de la sociedad actual, donde la delincuencia y la protección de bienes jurídicos frente a conductas sumamente peligrosas exige la coordinación internacional al más alto nivel, incluso, si fuera posible en algunos casos, con una legislación común. Este, sin duda, es el germen y el fundamento del proyecto de Código Penal europeo<sup>65</sup>.

## V. CONTENIDO Y ESTRUCTURA DE LA NORMA PRIMARIA

### 1. Estructura de la norma primaria y estructura del injusto

A) En páginas anteriores habíamos afirmado que para la ordenación de conductas, el Código Penal recurría a la imposición de pautas de conducta a través de las normas primarias. A la norma primaria como elemento interno del delito<sup>66</sup> se le reconocen por la doctrina dos posibles momentos: un momento valorativo y un momento

<sup>65</sup> Al respecto puede verse GRASSO, G., *Comunidades europeas y Derecho penal*, trad. N. García Rivas, Universidad de Castilla-La Mancha, 1993.

<sup>66</sup> COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Valencia, 1996, p. 224, consideran que el problema de la función de la norma primaria puede analizarse desde «dos planos diversos»:

imperativo. La coordinación de dichos momentos en una única norma ha dado lugar a las diferentes concepciones acerca de la teoría de las normas. Estos dos momentos normativos se materializarán en la norma de valoración y la norma de determinación.

La norma «objetiva» de valoración establecería un juicio de valor en atención al orden, en el ámbito del deber ser, conforme al cual se puede calificar una conducta como antijurídica. La norma de valoración «determina el orden de la convivencia y representa la solución de los múltiples conflictos que surgen de la vida en sociedad, según las ideas informadoras del sistema jurídico»<sup>67</sup>. El juicio sobre la antijuridicidad de la conducta sería, pues, un juicio de desvalor fundamentado en el resultado —lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos en los que dicho orden de convivencia se materializa— (desvalor de resultado).

Inicialmente son las teorías causales del concepto de acción las que configuran la norma como norma de valoración, como «juicios sobre determinados acontecimientos y estados desde el punto de vista del Derecho»<sup>68</sup>. De esta norma de objetiva de valoración emanaría la norma subjetiva de determinación, que obligaría al ciudadano. Pero, mientras que la lesión de la norma «objetiva» de valoración fundamentaría la antijuridicidad, la lesión de la norma «subjetiva» de determinación, cuya existencia se reconoce, se analizaría en la culpabilidad<sup>69</sup>, pues en este momento sería cuando se comprobaría si el sujeto «pudo» actuar de modo distinto a como lo hizo.

1. Como proposición normativa, donde se cuestiona acerca del sentido de la norma. Las cuestiones que se plantearían en este ámbito son las referidas al «contenido» de la norma primaria.

2. Como hecho social, analizan lo que aquí es designado como funciones de la norma primaria.

<sup>67</sup> COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 248.

<sup>68</sup> MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, T. I, 2.ª ed., Madrid, 1946, p. 328. Con más bibliografía, en LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho penal*, Valencia, 1992, p. 39.

<sup>69</sup> COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 273.

B) La supremacía del momento imperativo a través de la norma de determinación sobre la norma de valoración es defendida por la *concepción imperativa*.

Para esta concepción, la norma de valoración o bien es pre-jurídica o bien no tiene trascendencia a efectos de la norma primaria; o, cuando la tiene, es secundaria. El contenido fundamental de la norma primaria vendría constituido por la imposición de una pauta de conducta. Dentro del imperativismo pueden distinguirse, a grandes rasgos, dos corrientes:

1. *Subjetiva*: según la cual la contradicción a la norma, en la medida en que manifestaría una voluntad contraria a derecho fundamentaría la antijuridicidad. La antijuridicidad consistiría, entonces, en la contradicción a la norma primaria entendida como norma de determinación, como imperativo. El fundamento de la punición de esa contradicción estriba en el aspecto subjetivo de rebelión frente a una imposición del ordenamiento: la «desobediencia». El juicio de antijuridicidad respondería a un juicio de desvalor sobre la intención<sup>70</sup> (desvalor de acción).

Es la doctrina de la acción finalista la que defiende esta postura que, por sus marcados tintes autoritarios, ha sido objeto de fuertes críticas<sup>71</sup>. «La consecuencia teórica de la concepción imperativa es la de que la voluntad de la acción debe constituir el elemento central de la antijuridicidad de un hecho, pues es la voluntad opuesta al imperativo del Derecho lo que vulnera el mandato o prohibición contenido en la norma»<sup>72</sup>. Surge así la teoría del injusto personal según la cual el injusto contiene también componentes personales (elementos subjetivos de autoría; elementos subjetivos del injusto —distintos del dolo— y el dolo). «El dolo, como voluntad de la acción inmediatamente dirigida contra el mandato de la

<sup>70</sup> Más ampliamente, HUERTA TOCILDO, S., *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid, 1984, pp. 29 y ss.

<sup>71</sup> Que pueden verse formuladas en COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 246.

<sup>72</sup> JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal, Parte general*, vol I. Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, 1981, p. 320.

norma, constituye el elemento central de lo injusto personal de la acción»<sup>73</sup>.

Las principales consecuencias de esta postura son que el delito consumado y de la tentativa, habrían de ser castigados por igual, pues en ambos el desvalor de acción es idéntico; y que el contenido del desvalor de acción es distinto según se trate de delitos dolosos o delitos imprudentes, en los que habría que definirlo como «juicio de desaprobación que recae sobre el autor por haber omitido el cuidado debido»<sup>74</sup>.

2. *Objetiva o imperativista mixta*: Se parte de una concepción imperativa de las normas, pero para la construcción del injusto se recurre, además, al fin de la norma penal. Esta teoría parte fundamentalmente

- a) De considerar que las normas penales constituyen el mecanismo fundamental de cumplimiento de los fines del Derecho penal<sup>75</sup>, básicamente, la prevención (a partir de la motivación).
- b) De un concepto personal de lo ilícito y,
- c) De una concepción imperativa de la norma penal<sup>76</sup>.

Así, Mir Puig<sup>77</sup>, partiendo de que el fin de la norma —y del Derecho penal— es la protección de bienes jurídicos afirma que la antijuridicidad exige un desvalor de resultado, entendido como la lesión o puesta en peligro del bien jurídico junto a un desvalor de acción que implica un desvalor sobre la peligrosidad de la conducta<sup>78</sup>. No basta, pues, que la acción ponga en peligro o lesione el bien jurídico, sino que también es necesario que infrinja la norma de determinación (imperativo).

<sup>73</sup> JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal, Parte general*, cit., p. 325.

<sup>74</sup> HUERTA TOCILDO, S., *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, cit., p. 40.

<sup>75</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 378.

<sup>76</sup> LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho penal*, cit., p. 51.

<sup>77</sup> MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 133.

<sup>78</sup> En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Valencia, 1996, pp. 44, 45 y 321 y ss.

El juicio de antijuridicidad implica entonces un desvalor de acción (fundamentado en el carácter imperativo de la norma)<sup>79</sup> y un desvalor de resultado (fundamentado en el fin del Derecho penal). El desvalor de acción, sin embargo, ya no consiste en un acto interior de desobediencia a Derecho, sino, con carácter objetivo, en la «realización voluntaria de la conducta externa prohibida», puesto que la prohibición responde a la peligrosidad de la acción e incluye, además, en el desvalor de acción «toda una serie de elementos específicamente objetivos que describen la forma y clase de la perpetración del hecho»<sup>80</sup>.

A la antijuridicidad, así entendida, se le reconocen dos aspectos, uno formal de contradicción a la norma (pero no en sentido subjetivo de «voluntad contraria a Derecho», sino en el objetivo de infracción de la norma de conducta, que incluso llega a identificarse con el imperativo) y otro material de lesión o afectación al bien jurídico protegido<sup>81</sup>.

Junto a esta postura, existe otra tesis dualista que fundamenta el carácter mixto del injusto en criterios nomológicos, sin recurrir a la idea de fin del Derecho penal, sino a partir del carácter mixto o dualista de la norma primaria, que estaría constituida por un imperativo (norma de determinación) y una norma de valoración, de forma que ambas tienen trascendencia en la configuración del injusto<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> Así, SILVA SÁNCHEZ opta expresamente por la tesis imperativista aunque reconoce que a todo imperativo precede una valoración, pero no nos hallaremos ante una verdadera norma más que «cuando a esa valoración se une un imperativo». SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pp. 340 y 341.

<sup>80</sup> HUERTA TOCILDO, S., *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, cit., p. 32.

<sup>81</sup> COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 270 y ss., critican esta terminología, pues consideran que admitir dos especies de antijuridicidad es contrario a la seguridad jurídica y duplica el sistema de fuentes del Derecho penal (que sólo ser la ley). A cambio, proponen la distinción entre antijuridicidad objetiva (lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos) y antijuridicidad subjetiva (voluntad contraria a los mandatos del Derecho). Sobre el concepto de antijuridicidad objetiva, véase también MIR PUIG, S., «Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal», cit., p. 12.

<sup>82</sup> GALLAS, W., «Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs», en *Festschrift für P. Bockelmann*, Munich, 1979, pp. 162 y ss. Comentario puede verse en LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho penal*, cit., p. 54.

## 2. Juicios de desvalor y estructura típica

La posición acerca de la norma primaria y, como consecuencia, de la estructura de la antijuridicidad condiciona toda la concepción del concepto de delito, no sólo en cuanto a su estructura típica sino también, en cuanto a su «causa legitimante».

Desde este punto de vista, las tesis dualistas o las valorativas que incorporan en la antijuridicidad un juicio de desvalor de resultado (como lesión o puesta en peligro del bien jurídico) derivado de la norma de valoración, acuden a fundamentar dicho juicio de desvalor en la producción de un resultado típico, de forma que equiparan desvalor de resultado con la producción del resultado típico. Pero si esto es así, no es posible para estas teorías explicar la existencia de los delitos de mera actividad.

Por el contrario, desde una concepción imperativista subjetiva, el desvalor de resultado no conforma el contenido de lo ilícito, el cual viene constituido únicamente por el desvalor de acción. Desde esta postura, desvalor de resultado y resultado típico siempre coinciden<sup>83</sup>, justificándose la existencia de delitos de mera actividad en la mera infracción a la norma. El problema, sin embargo, se reproduce, puesto que si no existe un resultado tampoco se puede afirmar un desvalor de resultado entendido como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, de forma que en los delitos de mera actividad no se afectará a ningún bien jurídico. En cambio, si el desvalor de resultado no se fundamenta en la teoría de las normas, sino en el fin del Derecho penal, la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos no requeriría la producción de un resultado separable de la acción, y atribuible a ésta a través de la causalidad, por lo que se pueden mantener como elementos independientes y con contenido propio desvalor de resultado y resultado típico<sup>84</sup>, siempre que éste último concepto se desconecte de una definición de carácter naturalístico y lo definamos en sentido normativo.

<sup>83</sup> LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho penal*, cit., p. 46.

<sup>84</sup> Al respecto, MIR PUIG, S., «Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal», cit., p. 26. Del mismo, «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», en *ADPCP*, XLI, 1988, p. 671.

Para resolver los problemas que origina la confusión entre desvalor de resultado y resultado típico, algunos autores distinguen entre un nivel fáctico, que estaría constituido por el resultado entendido como una modificación del mundo exterior espacio-temporalmente separable de la acción<sup>85</sup> y un nivel valorativo constituido por desvalor de resultado, que ya no es un problema de la estructura típica —esto es, del tipo— sino de la antijuridicidad. A partir del primero, se clasifican los delitos en delitos de resultado o de mera actividad, en base al segundo, en delitos de lesión o delitos de peligro<sup>86</sup>. Con esta postura, sin embargo, se está rebajando el desvalor de resultado a la exigencia de un «peligro» para el bien jurídico<sup>87</sup>.

En resumidas cuentas, si consideramos que el desvalor de resultado es la lesión o peligro del bien jurídico, cualquiera que sea nuestro concepto de bien jurídico o de resultado típico, o cualquiera que sea nuestra postura acerca de la trascendencia del desvalor del resultado en el ámbito del injusto, nos encontraremos en la disyuntiva de que o bien renunciamos al bien jurídico como elemento imprescindible del delito o bien tendremos que reconvertir todos los delitos en delitos de resultado ya que no podremos explicar satisfactoriamente en qué consiste el desvalor de resultado en los delitos de mera actividad.

## 3. Posición personal: los tres aspectos de la norma primaria

En páginas anteriores, tras considerar al Derecho penal como un factor de orden dentro del sistema social, habíamos concluido

<sup>85</sup> Véase en LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho penal*, cit., p. 109.

<sup>86</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1978, p. 272. LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho penal*, cit., p. 115.

<sup>87</sup> LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho penal*, cit., pp. 125 y 126. Así Laurezo Copello afirma que, puesto que los delitos de peligro concreto son siempre delitos de resultado, en éstos el desvalor de resultado y el resultado típico (la puesta en peligro de un bien jurídico) coinciden, mientras que en los delitos de peligro abstracto, por ser de mera actividad, carecen de resultado típico y, además, de desvalor de resultado, por lo que será preciso calificarlos de ilegítimos.

que éste selecciona conforme a determinados fines —de mantenimiento de un «orden» político determinado— una pauta de conducta que se califica de «ordenada» —y en tal sentido valiosa— y, posteriormente, mediante una «orden», un imperativo, dicha pauta de conducta se impone como de cumplimiento obligatorio o debido<sup>88</sup>.

Por lo tanto, la esencia de la norma primaria<sup>89</sup>, estará constituida, en parte, por una pauta de conducta<sup>90</sup>. El legislador, con la promulgación de una ley penal, responde a una necesidad social de resolución de un conflicto preexistente —o de existencia previsible—. Este conflicto social<sup>91</sup> que subyace a toda norma penal<sup>92</sup> debe ser resuelto por el legislador, quien ha de fijar indubitadamente cómo deben actuar las partes en conflicto. Esta solución ha de adoptarse a partir de la selección del valor o interés social merecedor de protec-

<sup>88</sup> La mayoría de la doctrina, si bien con diversas matizaciones y diversas formas de entender su respectiva importancia, admite que en la norma primaria hay tanto una faceta de valoración como de determinación. Sobre la importancia de estos elementos, BACIGALUPO, E., en «La función del concepto de norma en la dogmática penal», en *Estudios de Derecho penal en homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa*, en *RFDCM*, monográfico 11, Madrid, 1986, p. 61; o SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pp. 340 y 341. Sobre las distintas posiciones acerca del carácter de la norma puede verse BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, trad. por E. Roza Acuña, Madrid, 1991, pp. 81 y ss.

<sup>89</sup> Cuando se hace referencia a norma primaria o secundaria, en la dogmática penal, se suele distinguir entre «las normas de conducta dirigidas a los ciudadanos y norma sobre la sanción dirigidas a los jueces». Véase en BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del Derecho*, cit., p. 309. La Teoría general del Derecho suele llamar «primarias» a las que establecen «qué se deber hacer y no hacer» y «secundarias» a las normas que prevén una sanción en el caso de que la norma primaria sea violada. IHERING, a quien tradicionalmente se le considera artífice de dicha distinción, sin embargo, considera que lo correcto sería calificar como «primaria» la que nosotros, con la doctrina dominante, calificaremos de «secundaria». Véase VON IHERING, R., *El fin del Derecho*, cit., pp. 171 y ss.

<sup>90</sup> En este sentido, véase MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 37, párrafo 34.

<sup>91</sup> Con bibliografía véase BERGALLI, R., «Conflicto social y control penal», en *Estudios de Derecho penal en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, en *RFDCM*, monográfico 11, Madrid, 1986, pp. 103 y ss.

<sup>92</sup> Con ello definiendo un concepto dinámico de Derecho y de norma jurídica, que intente comprender el origen y las causas del proceso de formación y el contenido social de la propia norma. Cfr. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 83 y 84.

ción y primacía entre los que colisionan (bien jurídico)<sup>93</sup>. El bien jurídico, como valor social necesitado de protección penal<sup>94</sup>, aporta un criterio teleológico-valorativo orientador en la resolución del conflicto y de comprobación posterior de la validez de la solución adoptada<sup>95</sup>.

La decisión sobre la supremacía de uno de los valores en juego<sup>96</sup> y la adopción de garantías para su protección implican la «bondad» de aquellas pautas de conducta que sean respetuosas con el bien jurídico o valor seleccionado, a la vez que desvalora aquellas otras que se opongan o lo menoscaben. De esta forma, el legislador valora como correcta o «justa» una determinada pauta de conducta<sup>97</sup>.

La norma de valoración traduce normativamente el bien jurídico seleccionado en el reconocimiento de una determinada solución al conflicto como positiva (o más positiva) y ordenada —en este sentido de adecuada al orden—. Esta valoración se materializa en una pauta de conducta dirigida al ciudadano, la cual constituye el segundo momento normativo: la «norma de conducta», que establece un modelo valorado de conducta que, por un lado, intenta la protección del bien jurídico y, por otro, proyecta sobre la sociedad el modelo de

<sup>93</sup> Véase ANGIONI, F., *Contenuto e funzioni del concetto di Bene Giuridico. Introduzione a uno studio sull'oggetto e la misura della tutela penale*, Chiarelle-Sassari, 1980, p. 32.

<sup>94</sup> JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 353. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. O., «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», en *ADPCP*, XLIII (1990), p. 5, afirma que «una norma incriminadora nace porque y para que un interés resulte protegido».

<sup>95</sup> Las normas no pueden ser verdaderas o falsas, sino válidas o no. Véase en KELSEN, H., *Derecho y Lógica*, trad. por U. Schmill Ordóñez y J. Castro Valle, México, 1978, pp. 5 y 7.

<sup>96</sup> Sobre la adopción de la decisión véase BARATTA, A., «Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal», cit., pp. 46 y 47.

<sup>97</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J., «Los bienes jurídicos colectivos. (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de, 1932)», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Estudios de Derecho penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, monográfico 11 (1986), p. 159, parece admitirlo sólo para los bienes jurídicos colectivos, a los que define «a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social» (cursiva en el original).

conducta deseable, conveniente y correcto para el sistema. Esta norma de conducta suele ser reflejo normativo de pautas de conducta admitidas y reconocidas como adecuadas y funcionales al sistema social —en un sistema democrático— por los grupos sociales mayoritarios. Puede suceder, sin embargo, que tal pauta de conducta no sea reconocida socialmente, sino que responda a una finalidad de promoción de valores y/o pautas de conducta.

En este sentido, Hassemer afirma que en el Derecho penal clásico «sólo la lesión de las libertades aseguradas en el contrato social puede considerarse un delito. El bien jurídico recibe un lugar sistemático como criterio negativo de criminalización legítima; allí donde no hay una lesión de un bien jurídico no debe haber delito<sup>98</sup>, pero en el Derecho penal moderno la «protección de bienes jurídicos se ha convertido en un criterio positivo de criminalización», consistiendo ahora en «una exigencia para que se penalicen determinadas conductas». Esta situación no puede ser aislada del fenómeno designado por la doctrina como «administrativización del Derecho penal» en sentido amplio<sup>99</sup>, donde, la extensión del Estado social implica o conlleva la necesidad de ampliar los márgenes del Derecho penal para abarcar la protección de intereses y valores que exceden los meramente individuales —según la clásica concepción del bien jurídico— y se convierte en un recurso más de solución de conflictos sociales y para el control del «riesgo»<sup>100</sup>.

Por fin, en su tercer momento normativo, la norma primaria se reviste de imperio en la norma de determinación o de imposición, de forma que se hace exigible a todos los sujetos. Así la norma de conducta describe valoradamente una pauta de conducta, que en la norma de determinación o de imposición se ordena como de cumplimiento obligatorio. De esta forma se cumplen los tres aspectos que implica la «ordenación de conductas» como tarea fundamental del Derecho penal en cuanto Derecho. A continuación el legislador de-

berá crear la norma secundaria, en la que asocia una pena a la infracción de la pauta de conducta para reforzar el mandato contenido en la norma de determinación. Según esto, la norma primaria en sus tres momentos creativos tiene una función legitimadora del precepto penal en la medida en que explica su razón de ser y lo justifica. Y, por otro lado, en la medida en que legitima y justifica la intervención penal, la deslegitima y excluye respecto a conductas no abarcadas por la norma. En este sentido, la razón legitimante que constituye el bien jurídico protegido puede y debe ser complementada, en una interpretación teleológica del concepto de delito, con la norma primaria.

Ahora bien, es preciso distinguir claramente entre bien jurídico —como valor-criterio indicador de la solución deseada para el conflicto social—; el propio conflicto social resuelto y la forma que adopta dicha resolución contenida en la norma de valoración<sup>101</sup>. El bien jurídico actúa como criterio teleológico que explica y fundamenta la solución concreta dada al conflicto social. Este bien jurídico, de contenido valorativo, fuerza la calificación de una pauta de conducta como positiva surgiendo así la norma de valoración<sup>102</sup>. Desde un punto de vista material, para que la solución adoptada sea acorde con un sistema democrático que respete el principio de lesividad, debe pro-

<sup>101</sup> En esta confusión parece caer BUSTOS RAMÍREZ, J., «Los bienes jurídicos colectivos», cit., p. 159, para quien «el bien jurídico aparece como una relación social en que se da la interrelación entre los sujetos entre sí y el Estado, pero con un carácter múltiple y amplio». Creo que el bien jurídico responde a una relación social o trata de imponer orden en una relación social, pero no «aparece como» o «es» un relación social. Tampoco el bien jurídico debe ser la «solución dada al conflicto» tal y como propone MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993, p. 26. La solución dada al conflicto sería el contenido específico de la norma de valoración.

<sup>102</sup> TERRADILLOS BASOCO, J., «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», en *RFDCM* (1981), p. 131: «Por tanto, la norma jurídica dirigida a la protección de bienes-intereses será un medio de resolución («justa») del conflicto o bien de imposición de uno de los intereses en litigio sobre el otro». Este proceso lo describen parcialmente MAURACH, R., y ZIPP, H., de la siguiente forma: «La *convicción cultural* de las capas dominantes eleva un interés a la categoría de bien jurídico. La *convicción jurídica* lleva a crear un sistema de mandatos dirigidos a la colectividad y cuyo objetivo es la conservación de este bien». *Derecho penal. Parte general*, trad. de la 7.ª ed. alemana, por J. Bofill Genzsch y E. Aimone Gibson, Buenos Aires, 1994, p. 341, párrafo 23. A mi modo de ver, sin embargo, las expresiones «convicción cultural» y «convicción jurídica»

<sup>98</sup> HASSEMER, W., «Crisis y características del moderno Derecho penal», en *Actualidad Penal*, 1993-2, pp. 637 y 638.

<sup>99</sup> Véase BARATTA, A., «Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», cit., p. 11.

<sup>100</sup> HASSEMER, W., «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos», cit., pp. 32 a 34.

teger bienes jurídicos reconocidos como dignos de protección por los grupos mayoritarios.

## VI. LA NORMA PRIMARIA Y SU FUNCIÓN EN EL DERECHO PENAL

Tanto la norma de valoración como las normas de conducta y de determinación o imposición son elementos internos del delito. Cada uno de ellos se encuentra, sin embargo, en un plano distinto y goza de contenido diverso:

1. *El bien jurídico-penal* es un valor cuya importancia justificará la intervención penal para protegerlo<sup>103</sup>. El término valor ha de entenderse aquí como «cualidad que poseen algunas realidades, llamadas bienes, por lo cual son estimables. Los valores tienen polaridad en cuanto son positivos o negativos, y jerarquía en cuanto son superiores o inferiores»<sup>104</sup>. Este «valor» representa idealmente un sustrato material, una realidad social que puede ser tanto una función como una determinada posición en el conjunto de relaciones sociales.
2. *La norma primaria en su aspecto de valoración* se mueve en el ámbito del deber ser, estableciendo la solución «ideal» al conflicto planteado, desde el punto de vista del bien jurídico.

son poco indicativas del fenómeno subyacente y pueden dar lugar a equívocos. Por otro lado, en la descripción del proceso de *constitución de la norma*, por adoptar la terminología que los propios autores utilizan, obvian u olvidan fases importantes del mismo.

<sup>103</sup> Sin olvidar que «el bien jurídico en cuanto producto social es un producto histórico, esto es, que no pertenece a la sociedad en abstracto sino que surge de un sistema concreto de relaciones sociales en un periodo determinado» (HORMAZÁBAL MALAREE, H., *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1991, p. 151).

<sup>104</sup> Definición dada por el Diccionario de la Lengua Española, en su acepción 10.<sup>a</sup>

3. *La norma primaria en su aspecto de norma de conducta* enuncia la pauta de conducta y ofrece a la sociedad un modelo valorado de conducta. Es el modelo que «debe» seguirse.
4. *La norma primaria en su aspecto de determinación* o de imposición, constituye el momento imperativo; el de la decisión de quien está investido de autoridad que dice «sea». Es el ejercicio del *ius puniendi*, de la capacidad ordenadora de conductas derivada de la voluntad del órgano legiferante.

Así concebida la norma primaria cumple tres funciones:

1. Proteger bienes jurídicos a través de la norma de valoración.
2. Determinar pautas de conducta mediante la norma de conducta.
3. Motivar al ciudadano a que observe un determinado comportamiento mediante la enunciación de la pauta de conducta realizada en la norma de conducta y, sobre todo, mediante la imposición de la pauta de conducta contenida en la norma de determinación.

De esta forma el Derecho penal se incardina en el sistema social como otro medio de control social a través de la protección/imposición de determinados valores y formas de comportamiento.

Pese a que el efecto motivador se produce tanto a través de la norma de conducta como a través de la norma de determinación, a efectos jurídico-penales tiene primordial importancia el aspecto externo derivado de la norma de determinación o de imposición, en la medida en que un Derecho penal democrático —como hecho social— puede «procurar» la aceptación e interiorización de su modelo ideológico y la estructura político-social que protege, pero no puede «exigirlo». En este sentido, por tanto, basta con que la conducta externa realizada infrinja la norma primaria para que la conducta sea calificada de antijurídica, sin que sea necesario que el sujeto haya interiorizado la pauta de conducta y no bastaría con que el sujeto actuase con «voluntad» contraria a la norma. La contradicción a la norma ha de entenderse, por tanto, en sentido objetivo —de con-

ducta formalmente contraria a la norma que produce un resultado no deseado— y no en sentido subjetivo como «desobediencia a la norma» o posición del autor contraria a Derecho.

La norma primaria así descrita es más rica en matices que la norma primaria tal y como es concebida por la doctrina tradicional. En base a ella, se configura la antijuridicidad como la infracción a la norma primaria, pero esta infracción conlleva a su vez tres consecuencias o aspectos:

1. La infracción de la norma primaria implica que se ha producido una afectación negativa o menoscabo de la integridad del bien jurídico, mediante la infracción de la norma de valoración.
2. Al realizar una conducta distinta a la establecida en la norma de conducta se está infringiendo ésta y, además, se está alterando el orden establecido y, con ello, perjudicando las expectativas de todos o algunos miembros de la sociedad.

Ciertamente, cuando el sistema penal es un arma en manos de un estado dictatorial y autoritario, puede suceder que las expectativas lesionadas sean las de quienes oprimen al resto de la sociedad de seguir haciéndolo. Pero en un estado democrático de derecho se «presupone», si el sistema funciona, que las expectativas que emanan de la norma de conducta no sólo son aceptables para la sociedad —porque respetan los equilibrios de intereses establecidos en un momento dado, así como la posibilidad de revisión de tales equilibrios— sino, además, aceptadas. No obstante, puede darse el caso de la existencia de pautas de conducta que declaren expectativas consideradas injustas por determinados grupos sociales. Ahora bien, los cauces democráticos aseguran las vías de derecho para destruirlas. En cualquier caso, además, dichas expectativas consideradas injustas habrán de respetar los principios constitucionales.

3. Se está infringiendo el imperativo, la orden que impone la pauta de conducta como de cumplimiento obligatorio y que fundamenta la posibilidad de sancionar penalmente su incumplimiento por parte del estado.

Estos tres aspectos de la infracción de la norma primaria se materializan en un juicio de desvalor hacia la conducta contraria a la norma, al que denominaremos «desvalor de conducta». Este desvalor de conducta no coincide ni con el desvalor de acción ni con el desvalor de resultado tal y como tradicionalmente han sido definidos, aunque puede contener aspectos de los dos. El injusto, por tanto, estará fundamentado en el juicio de desvalor emitido sobre la conducta por infringir la norma primaria. Este desvalor de conducta integra los tres aspectos a que anteriormente hemos hecho referencia.

En la medida en que el juicio de desvalor ya no se efectúa ni sobre la acción en exclusiva ni sobre el resultado, sino sobre la conducta, todos aquellos hechos, movimientos físicos o humanos no voluntarios que produzcan resultados lesivos para bienes jurídicos habrán de quedar excluidos del propio juicio de tipicidad, el cual *exclusivamente versará sobre conductas humanas*. De ello se desprende que los supuestos de «ausencia de acción» han de analizarse «antes» del juicio sobre la tipicidad de la conducta. Sólo las acciones u omisiones que puedan generar conductas humanas (o que puedan ser calificadas de tales) —en el sentido de «porte o manera en que los hombres gobiernan su vida y dirigen sus acciones»<sup>105</sup>— pueden ser objeto del Derecho penal.

## VII. DE LA CONTRADICCIÓN DE LAS NORMAS ENTRE SÍ Y/O EL BIEN JURÍDICO

De lo anteriormente expuesto se deduce que una correcta selección de bienes jurídicos resulta imprescindible para una tipificación adecuada. Ahora bien, no siempre que el bien jurídico ha sido correctamente seleccionado, la tipificación será correcta ni la intervención penal justificable.

<sup>105</sup> Voz «conducta» del Diccionario de la Lengua española.

### 1. Problema de la correcta selección y configuración del bien jurídico

La definición del concepto dogmático y de la función que ha de desempeñar el bien jurídico no ha sido nunca pacífica, pero en los últimos años las discusiones no han dejado de sucederse con especial virulencia —si cabe—, si bien no tanto en torno a la necesidad de la concurrencia de un bien jurídico en el delito<sup>106</sup>, como en torno a su contenido y a los procesos de selección<sup>107</sup>.

Ello es debido, como ya adelantábamos, a que se hace descansar la legitimación de la intervención penal en la protección de bienes jurídicos de forma que las definiciones doctrinales acerca del contenido material y los procesos de selección del bien jurídico han estado mediatizadas por la necesidad de convertirlo en «límite de la intervención penal»<sup>108</sup>. Esta función de limitación —interna, por estar derivada de un elemento del propio concepto de delito cual es el bien jurídico— se haría supuestamente efectiva mediante la exclusión de determinados «fines de protección» como bienes jurídicos —por carecer de «contenido material» justificante de la intervención penal— y mediante la limitación de las «fuentes» de las que extraer y en las que fundamentar la legitimidad material de dicho bien jurídico. Pero la formulación *a priori* del concepto material de bien jurídico que satisfaga tales exigencias ha resultado ser prácticamente inaplicable y los criterios ofrecidos demasia-

<sup>106</sup> Afirmaciones como que «la tarea del Derecho penal no puede ser vista en impedir la lesión de bienes jurídicos. Su función es, en cambio, la confirmación de la validez de la norma...» (puede verse críticamente en BARATTA, J., «Integración-prevenición: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», cit., p. 12), despiertan temores sobre repuntes autoritarios en el ámbito penal y parecen contradecir algunos de los más básicos principios político-jurídicos acuñados históricamente por la doctrina desde la ilustración. Así afirma MUÑOZ CONDE (Prólogo a *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, de HORMAZÁBAL MALAREE, H., cit.) que «tampoco una Ciencia crítica del Derecho penal puede prescindir de un concepto que prácticamente es el único que permite la crítica del Derecho penal positivo».

<sup>107</sup> TERRADILLOS BASOCO, J., «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», cit., pp. 131 y ss.

<sup>108</sup> Puede verse en COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 298.

do vagos para cumplir la exigida función limitadora<sup>109</sup> del *ius puniendi*.

Es esta última cuestión, auténtico *talón de Aquiles* de la teoría del bien jurídico de corte liberal, la que más críticas ha recibido.

A) La constatación de que son los grupos en el poder —o los grupos con poder— los que imponen al resto de la sociedad sus valores<sup>110</sup> para que sean protegidos como bienes jurídicos, hace dudar a la doctrina de la conveniencia de anclar en este concepto —sobre el que existen pocas garantías de control— la legitimación del delito. Ahora bien, la imposición de valores no es un fenómeno exclusivo ni del Derecho penal ni del concepto de bien jurídico. Más bien es un fenómeno que se reproduce inevitablemente a lo largo de la historia. El significado o trascendencia que dicho fenómeno tenga en un momento dado no puede aislarse de la realidad histórica subyacente en un sistema penal —que no olvidemos está insertado en un ordenamiento o en un sistema más amplio—.

En una sociedad democrática de hecho, en la que funcionen correctamente sus instituciones y que cuente con un sistema político pluripartidista, la imposición de valores por los grupos en el poder no tiene porque identificarse con el terror estatal o con el autoritarismo, puesto que los distintos poderes —económicos, políticos, sindicales, etc.— se encuentran tan interrelacionados que más que de una imposición habría que hablar de un pacto; de un pacto entre distintos sectores cada uno con sus intereses particulares (de sector) y sus valores (en muchas ocasiones derivados de ellos)<sup>111</sup>.

<sup>109</sup> Véase JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 49.

<sup>110</sup> Así, BARATTA, A., «Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal», cit., p. 45. «cuanto más directo y decisivo sea el peso de los grupos de interés a la hora de elaborar las leyes (...), mayor será la impotencia de la instancia científica y mayor el grado al que resulta reducida, desempeñando un papel instrumental en la preparación de elementos técnico-jurídicos, y excluida de la elección de las metas finales».

<sup>111</sup> En este sentido afirma MELOSSI, D., «Ideología y Derecho penal: ¿el garantismo jurídico y la criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?», en *Pena y Estado*, 1 (1991), p. 59: «Consenso y actuación social son en todos los campos y, por tanto, también en el jurídico, los instrumentos del cambio».

Por ejemplo, en nuestro país el Capital —integrado en su mayor parte por multinacionales— tiene un importante poder político y peso en la toma de decisiones. Sin embargo, hoy en día no es pensable la imposición de una decisión que, en su exclusivo beneficio, perjudique abiertamente los intereses de los trabajadores. Más bien, cualquier decisión habrá de ser fruto de un pacto político.

Por ello, sin olvidar que es cierto que quien tiene poder impone sus valores al legislador, los grupos sociales que tienen acceso a este poder son cada vez más amplios y, ello es, en definitiva, la mayor garantía de limitación de la intervención penal y de la generalización de la exigencia de respeto al principio de protección de bienes jurídicos con auténtico contenido material que puedan cumplir su función legitimadora de la intervención penal, justificadora de la imposición de una pauta de conducta y limitadora de la amplitud del tipo —no ya de la intervención penal—. Así, de la misma forma que el Derecho penal no puede autolimitarse eficazmente, tampoco el concepto de bien jurídico puede asumir la responsabilidad de limitar el Derecho penal mediante su propia «autolimitación». Sólo los límites formales externos en sentido negativo<sup>112</sup> —fundamentados básicamente en la Constitución<sup>113</sup>— serán efectivos como tales. Sin embargo, estos límites no son útiles para evitar la selección arbitraria de bienes jurídicos, ni la protección desigual de unos y otros; pues tales procesos responden a presiones sociales de los gru-

<sup>112</sup> Expresamente se posiciona en este sentido MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit., p. 26. Este límite no sólo es negativo, sino, y sobre todo, externo al Derecho penal, de ahí su eficacia. Pero la Constitución ni designa a los bienes jurídicos que deben ser protegidos por el Derecho penal ni dice al legislador «cuando» ha de intervenir penalmente para proteger un bien jurídico. Ello podría hacerse si los bienes jurídicos fueran valores «espirituales», pero nunca si el bien jurídico es la abstracción del bien o interés (y en tal sentido, valor) que sirve como criterio rector en la resolución de un conflicto. Sin embargo, sí puede dar criterios que indiquen en qué sentido debe darse la solución (criterios de orientación positiva) cuando surja el conflicto y el legislador decida intervenir, de la misma forma que indica en qué sentido nunca debe resolverse un conflicto (criterio de delimitación negativa).

<sup>113</sup> Como ya advertía Octavio de Toledo, la configuración del Estado social y democrático de Derecho es punto de partida para dotar de contenido material la función que en el plano legislativo ha de cumplir el bien jurídico. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. O., «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», cit., p. 8.

pos con poder, frente a los cuales la dogmática únicamente puede realizar una labor crítica y lo más racionalizadora y sistematizadora posible<sup>114</sup>.

Si la imposición directa de intereses sectoriales como bienes jurídicos por parte de un grupo social parece poco probable, existen otros fenómenos, quizá menos denunciados pero bastante más reales que, de hecho, inciden negativamente en la construcción de un Derecho penal democrático. Se trata de lo que podríamos calificar como supuestos de «imposición indirecta u oculta de valoraciones con trascendencia penal»<sup>115</sup>. En estos casos, el legislador —respondiendo siempre a la presión de un determinado grupo o sector social— no aborda la protección penal de determinados valores reclamados por el conjunto de la sociedad.

B) La contemplación del bien jurídico como un valor no implica la adscripción a una teoría espiritualista del bien jurídico, pues no pretendo implicar o incardinar el bien jurídico-valor en ningún sistema de valores previos de carácter valorativo-espiritual-cultural<sup>116</sup>. Por el contrario, su contenido, diverso y plural, no puede ser deducido de «supuestos» ordenamientos de valores previos. Además, ha de reflejar la diversidad y las necesidades de la realidad de la que es reflejo, sin olvidar que toda graduación ideológica de valores reponde a una determinada posición del individuo y su subgrupo en la sociedad, que intenta legitimar en el plano moral unas relaciones de fuerza con los demás miembros o subgrupos de la sociedad.

En el fondo de todo concepto preprenal o extrapenal de bien jurídico (penal) limitador del *ius puniendi* o de las doctrinas que defien-

<sup>114</sup> En palabras de TORIO LÓPEZ, A., en este caso «la función de la teoría es menos participar en el juego ideológico, que es la política legislativa, que descubrir críticamente los principios ideológicos, que, como ideas fuerza, actúan desde el fondo sobre la superficie de la llamada Política criminal», en «El sustrato antropológico de las teorías penales», en *Estudios de Derecho penal en homenaje al prof. Luis Jiménez de Asúa*, cit., p. 678.

<sup>115</sup> En cualquier caso, desde un punto de vista garantista, la no intervención penal es menos peligrosa que la «intervención» —aunque no por ello socialmente más justificable—.

<sup>116</sup> GÓMEZ BENTÍEZ, «Sobre la teoría del bien jurídico. (Aproximación al ilícito penal)», en *RFDUCM* (1983), p. 87.

den la existencia de bienes jurídicos (penales) pre-constitucionales o no recogidos expresamente en la Constitución, laten viejos principios *iusnaturalistas* aparentemente superados, pero que conforman los estratos más básicos de nuestra cultura filosófico-jurídica. Estas referencias pre o extra-sistemático-jurídicas nos remiten a un mundo vago y difuso de valores «dados» que exige de mayor argumentación a quien los alega, pero que, de hecho, supone cerrar los ojos al problema de la racionalización en la formulación de conceptos y extraer de la discusión los fundamentos últimos legitimantes del *ius puniendi*, que, de esta forma, volvería poco menos que a fundamentarse en la «divinidad» —ahora no alegada— o en un Derecho natural que, ya que no del hombre, solo puede emanar de un «ente» extra o suprahumano.

Por otro lado se confunden por esta vía de nuevo dos ámbitos de discusión distintos en cuanto a la formulación del concepto y esencia del bien jurídico: se pretende afirmar que la esencia del bien jurídico en supuestos valores indiscutidos preexistentes al orden social, con lo que se confunden el ámbito del ser con el del deber ser. De esta forma se puede presentar el bien jurídico —sin mayor discusión, formulación, fundamentación o prueba— como límite del propio *ius puniendi*<sup>117</sup>.

<sup>117</sup> Esta confusión favorece la falta de credibilidad del concepto de bien jurídico. La crítica —a la defensiva— de JAKOBS en este sentido es terriblemente certera (*Derecho penal. Parte general*, cit., p. 54, párrafo, 19). Pero finalmente incurre este autor en el mismo mal que critica —véase p. 58, párrafo 25—, pues el criterio de la dañosidad social no es menos vago ni menos «metafísico» o ideológico que el de valor o interés social. Pues, por un lado, si admitimos la dañosidad social como «filtro», lo estamos convirtiendo en límite a la intervención penal y del *ius puniendi*. Pero, por otro lado, mientras con su «concepto funcional» renuncia al principio de necesidad de protección de bienes jurídicos y simplifica y objetiviza dicho concepto hasta quedar reducido y confundido con el de «objeto de protección», por la puerta falsa reintroduce un concepto teleológico justificador y limitador de la intervención penal fundamentado en la dañosidad social, concepto que poco se diferencia del tradicional y liberal concepto de bien jurídico, salvo porque éste hace tiempo que había abandonado —por insuficiente— el criterio de la dañosidad social. Véase al respecto, entre otros, JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, vol. I, cit., p. 352, o ANGIONI, F., *Contenuto e funzioni del concetto di Bene Giuridico. Introduzione a uno studio sull'oggetto e la misura della tutela penale*, cit., p. 99.

## 2. Problema de la aplicación errónea del bien jurídico en la norma de primaria

Las divergencias entre el valor seleccionado y la pauta de conducta pueden tener su origen en el momento de la génesis de la norma de valoración, cuando ésta no se ajusta al valor-interés seleccionado como preeminente por el legislador en la solución del conflicto.

Esta situación puede deberse a que el «pacto» político constituyente del bien jurídico es fruto de un difícil equilibrio entre diversos grupos. Puede suceder, así, que no quede perfectamente delimitado el contenido de dicho pacto y que la fórmula de compromiso adoptada sea excesivamente vaga, de forma que frente a un bien jurídico que oriente la protección penal en un determinado sentido, surja una norma de valoración que solo parcialmente coincida con él. Por esta vía también se puede «vetar» la penalización de conductas derivadas de valores propios de nuevas fuerzas sociales emergentes por los grupos de poder tradicionales o preexistentes y consistir, por tanto, en otra forma de «imposición indirecta de valoraciones con trascendencia penal». Esto sucede cuando «oficialmente» se protege un determinado bien jurídico (por estar incluido, por ejemplo, bajo un determinado epígrafe que lo enuncia en el Código Penal) pero la tipificación efectivamente realizada es tan confusa e imposible de aplicar que, de hecho, tal bien jurídico queda sin ninguna protección. En estos supuestos no existe verdadera voluntad legislativa de imponer una determinada pauta de conducta. Existe por tanto un bien jurídico penal cuya protección se anuncia, pero no se materializa normativamente en la imposición de una norma de conducta correcta.

Estas divergencias son características del denominado Derecho penal promocional<sup>118</sup> frente al que parte de la doctrina se muestra francamente reticente<sup>119</sup>. Las fuerzas sociales emergentes, desean

<sup>118</sup> Véase PORTILLA CONTRERAS, G., «Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos», en *CPC*, 39 (1989), p. 745.

<sup>119</sup> HASSEMER, W., «Crisis y características del moderno Derecho penal», cit., pp. 637 y ss.

disfrutar del potencial simbólico<sup>120</sup> y «promocional» que conlleva la tipificación penal, exigiendo la protección penal de sus valores<sup>121</sup>. En ocasiones, estos nuevos bienes jurídicos responden a una necesidad social masivamente compartida; pero no siempre. Por el contrario, se tiende a acudir al efecto simbólico del Derecho penal en situaciones coyunturales o para resolver deficiencias sociales y, generalmente en ambos casos, con fines claramente represivos y defensistas. En todo caso, lo más peligroso para la credibilidad del sistema es que se admita la protección penal de tales bienes jurídicos, pero se manipule la creación de la norma primaria, con lo que el tipo penal que surgirá tendrá escasísima, cuando no nula, aplicación práctica.

En muchos de estos casos, los sectores sociales que reclaman la intervención penal lo hacen ante la ineficacia de otros medios de control social y/o ante la inactividad de la administración<sup>122</sup>. De forma que se recurre al Derecho penal para resolver problemas que no le son propios y para lo cual no cuenta con medios adecuados. La redacción técnica de los tipos, en estos casos, suele ser, además, francamente deficiente, como consecuencia de la defectuosa técnica legislativa derivada de la contradicción existente entre bien jurídico y norma de valoración.

<sup>120</sup> Véase TERRADILLOS BASOCO, J., «Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal», en *Pena y Estado*, 1 (1919), p. 10. Entramos, en este caso, de lleno en una perversión simbólica del Derecho penal, según la definición dada por Hassemmer: «...“Simbólico”, en sentido crítico es por consiguiente un Derecho penal en el cual las funciones latentes predominan sobre las manifiestas: del cual puede esperarse que realice a través de la norma y su aplicación otros objetivos que los descritos en la norma» (HASSEMER, W., «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos», cit., p. 30).

<sup>121</sup> Vid. TERRADILLOS BASOCO, J., «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», cit., p. 127.

<sup>122</sup> En este sentido, para el Derecho penal del medio ambiente, HORN, E., «Les problèmes de la causalité dans le domaine de la pollution de l'air et de la sûreté des médicaments», en *Revue Internationale de Droit penal* (1987), p. 172. Puede verse también en DE LA CUESTA AGUADO, P., *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1995, p. 130 y ss.

## VIII. EL BIEN JURÍDICO Y SU FUNCIÓN EN EL DERECHO PENAL

Para pronunciarnos acerca de las funciones que el bien jurídico ha de cumplir, debemos partir de que el Derecho penal en un Estado democrático es fruto de contradicciones dialécticas entre la imposición de unas pautas de conducta y el reconocimiento de la libertad e individualidad del sujeto ciudadano frente al Estado. Cómo ya dijimos, existe una dialéctica continua en la génesis del Derecho penal cuya justificación interna —a modo de savia— viene dada por la propia sociedad, en ocasiones, al margen del legislador. Por ello, la sociedad es crítica con el Derecho penal y exige al detentador del poder de crear leyes penales la justificación y «explicación de las razones» de su intervención, lo que se articula dogmáticamente en torno al expediente del bien jurídico. Sólo cuando la intervención penal responde a lo que la sociedad —la mayoría— estima como una «causa justa» (bien jurídico) se autorizará y respetará su intervención en un Estado democrático que funcione. El bien jurídico funcionará, por tanto, como elemento vivificador del concepto de delito que legitima, justifica y explica la concreta intervención penal.

Sin desdeñar la importancia de las aportaciones efectuadas por las teorías sociológicas, para determinar el contenido del bien jurídico ha de partirse de una consideración personalista de éste, en el sentido de que «los bienes jurídicos son intereses humanos que requieren protección penal. Esto indica, ante todo, que la protección de las instituciones sólo puede llegar hasta el punto en que es condición de la posibilidad de protección de la persona»<sup>123</sup>. En este sentido se podría decir que el contenido del bien jurídico, en nuestro sistema democrático, puede ser descrito por las teorías sociológicas, mientras que su fundamento teleológico viene mejor delimitado por las teorías personalistas<sup>124</sup>. Pero este vago concepto de «interés hu-

<sup>123</sup> HASSEMER, W., «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico», en *Doctrina Penal*, 46/47 (1989), p. 282.

<sup>124</sup> La fundamentación del principio de protección de intereses individuales en el concepto de bien jurídico viene dada por la propia Constitución que instaura la protección de los derechos y libertades individuales por encima de los intereses y funciones del propio sistema social o del estado. Si no contáramos con este ancla-

mano»<sup>125</sup> en que consiste el bien jurídico debe ser entendido como abstracción del valor o interés que, entre los concurrentes, debe obtener protección preferente en el ámbito penal en caso de conflicto social<sup>126</sup>.

Esta concepción pretende dotar al bien jurídico de contenido material y hacerlo practicable para su aplicación dogmática como elemento típico. Bienes jurídicos individuales y colectivos ya no constituyen dos categorías independientes, sino distintas soluciones jurídicas a distintas situaciones sociales, con una única finalidad, una misma justificación e idénticos criterios de aplicación<sup>127</sup>. La creación de bienes jurídicos supraindividuales supone anticipar la intervención penal a momentos previos a la lesión de bienes jurídicos de naturaleza individual. Pero no todos los bienes jurídicos supraindividuales sitúan la barrera de protección en el mismo momento, sino que existen bienes jurídicos que realizan una protección más adelantada que otros.

El ejemplo más fácil nos lo proporciona la protección de la vida humana. Llamaremos «momento 1» al de la protección de la vida humana realizada por el bien jurídico «vida» en el delito de homicidio. Pero para hacer efectiva la protección penal de la vida no basta con

je constitucional podríamos prescindir del elemento «individual» en los bienes jurídicos supraindividuales.

<sup>125</sup> Criticado por RUDOLHI, H. J., «Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico», en *Nuevo Pensamiento Penal* (1975), traducción de E. Bacigalupo, p. 342: «... El concepto de interés es inmensamente equívoco, sin perjuicio de que el interés carece de la propiedad correspondiente al bien jurídico de ser lesionado por un conducta humana».

<sup>126</sup> Pues como ya advirtiera TERRADILLOS BASOCO, J., «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», cit., p. 131., «...en un mundo de bienes escasos, el interés es incomprensible sin acudir a la idea de conflicto».

<sup>127</sup> Cuando el Derecho penal recurre a bienes jurídicos de carácter colectivo no es que esté relegando o prescindiendo del concepto del bien jurídico para pasar a convertirse en «mera función», PADOVANI, T., «La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzione», en *Dei delitti e delle pene*, 2 (1984), p. 119. Mejor sería decir que el bien jurídico cumple importantes funciones, e incluso que tutela «funciones» (Hassemer) o mejor, garantiza el funcionamiento de ciertas instituciones. Véase, sobre la esencia del bien jurídico entendido como función, RUDOLHI, H. J., «Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico», en *Nuevo Pensamiento Penal* (1975), traducción de E. Bacigalupo, p. 344.

prohibir conductas que acaben con ella —homicidio— sino que la prohibición directa de matar habrá de ir acompañada de la prohibición de otras conductas que puedan destruirla, porque atenten contra la salud (en el sentido de que cuanto más gravemente enferma esté una persona, más cercano está el momento de la muerte). Estos delitos se contruyen sobre un nuevo bien jurídico protegido: «la salud». Pero, sin perjuicio de su autonomía estructural y funcional respecto del bien jurídico vida, desde un punto de vista sistémico su finalidad última es prohibir conductas que pueden ser más o menos peligrosas para la vida y, con ello, adelantar las barreras de protección frente a la lesión del bien jurídico básico absoluto —vida— (momento 2).

Un tercer estadio o momento se puede encontrar, por ejemplo, en los delitos contra la seguridad del tráfico. Para proteger frente a ataques a la vida derivados de la creación de riesgos excesivos en el ámbito del tráfico rodado, se realiza un proceso de abstracción que concluye con la protección de las condiciones previsibles y básicas de circulación que eviten inesperados peligros para los demás. Este bien jurídico es también autónomo, funcional y estructuralmente de los bienes jurídicos individuales, pero representa un adelantamiento respecto a aquellos (momento 3)<sup>128</sup>.

Otro momento posterior, más alejado en la visualización del bien jurídico vida sería, por ejemplo, el bien jurídico «medio ambiente» (momento 4) o incluso el bien jurídico «seguridad» en el funcionamiento de instalaciones nucleares (momento 5).

Desde este punto de vista se podrían distinguir dos posibles criterios para la construcción de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos:

1. *En atención al grado de adelantamiento de la barrera de protección desde el punto de vista del bien jurídico básico*, el legislador puede construir un sistema escalonado de bienes jurídicos, siguiendo un proceso de adelantamiento y abstracción a partir de un bien jurídico de carácter estrictamente individual.

<sup>128</sup> Véase DE LA CUESTA AGUADO, P., *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1995, pp. 151 y 152.

2. *En atención a la sectorialización de la protección.* En base a este criterio surgen bienes jurídicos instrumentales para un determinado sector o ámbito de riesgos en el que el bien jurídico básico puede ser puesto específicamente en peligro — por ejemplo, seguridad del tráfico, seguridad en el trabajo, etc.—. Esta técnica puede conducir a grados de abstracción y alejamiento del bien jurídico básico tales que, en ocasiones por la redacción final de la norma secundaria, surja la duda acerca de la concurrencia o no de un bien jurídico de contenido material.

Los bienes jurídicos de carácter macrosocial o supraindividual serían una fórmula de protección adelantada, pero no la única<sup>129</sup>. La otra vía utilizada por el legislador para adelantar las barreras de protección penal a momentos previos a la lesión es la construcción de tipos de peligro, ya sean delitos de peligro concreto o delitos de peligro abstracto de contenido material<sup>130</sup> (delitos de peligro hipotético o de idoneidad peligrosa).

De la coordinación de ambos criterios surgen nuevos bienes jurídicos de carácter supraindividual cada vez más alejados del bien jurídico básico, del que tendrían carácter subsidiario o secundario<sup>131</sup>, pero con respecto al cual actuarían como auténticos bienes jurídicos en el ámbito del delito y de la Teoría General del delito cum-

<sup>129</sup> Sobre este fenómeno, entre otros muchos, JAKOBS, G., «Kriminalierung im Vorfeld einer Rechtsgüterverletzung», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (1985), pp. 775 y ss. (véase críticamente en BARATTA, en «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica», cit., pp. 47 y ss.). HASSEMER, W., «Crisis y características del moderno Derecho penal», en *Actualidad Penal*, 1993-2, p. 645.

<sup>130</sup> Más ampliamente, DE LA CUESTA AGUADO, P., *Tipicidad e imputación objetiva*, Valencia, 1996, p. 78.

<sup>131</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J., en «Los bienes jurídicos colectivos. (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de, 1932)», cit., p. 159, opta por definirlos como «complementarios desde una perspectiva material de los llamados bienes jurídicos individuales». En estos casos, «el ilícito no consistiría en la tutela de bienes jurídicos, en la puesta en peligro de la norma que los protege», sino en «la puesta en peligro de la norma subsidiaria que protege la norma principal»... «El bien jurídico parcial protegido por la norma subsidiaria sería la validez de la norma principal». En contra, HASSEMER, W., «Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale. Aspetti giuridici», en *Dei delitti e delle pene*, 2 (1984), pp. 108 y ss.

pliendo, de forma independiente y autónoma, las funciones que le son propias<sup>132</sup>.

La fundamentación de la antijuridicidad material en el bien jurídico implica su ubicación en esta categoría del concepto de delito<sup>133</sup>, momento en el que teóricamente debería cumplir las funciones que tradicionalmente le asigna la doctrina. Entre otras —al margen de la función legitimante y limitadora del *ius puniendi* ya analizadas— destacan una función orientadora de la interpretación y una función limitadora<sup>134</sup> de la tipicidad<sup>135</sup>. Ahora bien, en la práctica, ambas fun-

<sup>132</sup> En algunos supuestos el grado de abstracción del bien jurídico es tal que autores como JAKOBS afirman (*Derecho penal. Parte general*, cit.) que la «protección de bienes jurídicos, por tanto, no alcanza a explicar todos los elementos del delito. Ni siquiera es necesaria para todos los delitos (p. 52, párrafo 16) o que «no cabe considerar que el núcleo de todos los delitos sea la lesión de un bien jurídico», sino que «el núcleo de todos los delitos sólo se hallaría en el incumplimiento de un deber» (p. 53, párrafo 18). Parte para ello de un concepto «funcional de bien jurídico» según el cual son bienes jurídicos sólo aquellos objetos de regulación de una norma que ha de desempeñar alguna función para la sociedad o para uno de sus subsistemas, incluido el ciudadano. Con ello extrae del concepto de bien jurídico su matiz valorativo (fundamental desde mi punto de vista), su carácter de criterio de punición, convirtiéndolo en un objeto y, como tal, carente de todo contenido valorativo. Y redefine el concepto de bien jurídico, desnudándolo de todo contenido valorativo o teleológico, simplificándolo y equiparándolo con el «objeto» protegido. En este sentido se podría decir que se trata de un concepto «objetivizador» del bien jurídico que utiliza el término «bien» no en el significado acuñado por la teoría filosófica de los valores y acogida por la doctrina penal para este concepto —como «realidad que posee un valor positivo» (ver voz «bien», en Diccionario de la Lengua Española), sino en su significado de objeto o cosa. La acepción defendida por Jakobs obra, pues, una perversión del concepto de bien jurídico que dice mantener, pues acaba con la razón fundamental de su existencia que es la introducción de un juicio de valor que permita la crítica social frente a la intervención penal. Por ello, en la p. 54, párrafo, 19, frente a supuestos en los que —según afirma— no existe bien jurídico no cabe crítica alguna desde un punto de vista de la necesidad de intervención penal.

<sup>133</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, 3.ª ed., Madrid, 1990, p. 253, mantiene una definición trimembre del concepto de delito y considera que «la tipicidad en el sentido de correspondiente tipo de lo injusto es el segundo elemento del delito», pues el primero sería el concepto de acción. Aquí también se defiende la tesis de que antes de analizar la tipicidad es preciso hacer una selección previa de las conductas que *no son acciones humanas*, por lo que existiría un elemento en el concepto de delito previo o anterior a la «categoría» de la tipicidad.

<sup>134</sup> De discutida la califica MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 137, párrafo 42, quien, además, distingue una función sistemática y de criterio de medición de la pena.

<sup>135</sup> En formulación realizada por QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F., y PRATS CANUT, M., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 242. En este sentido también

ciones se materializan en el estadio de la tipicidad, pues la antijuridicidad —en el momento de la calificación de la conducta como delito— queda reducida a la constatación de la ausencia de causas de justificación<sup>136</sup>. Por otro lado, la función limitadora de la tipicidad que se atribuye al bien jurídico está fundamentada en la función orientadora de la interpretación<sup>137</sup>, por lo que difícilmente se le puede dotar de contenido autónomo independiente de su función de orientación en la interpretación. En cualquier caso, tanto la función de interpretación como la de limitación de la tipicidad se desarrollan en la tipicidad<sup>138</sup>, por lo que, de hecho, la calificación de una conducta como antijurídica realizada por los tribunales sigue siendo meramente formal —contradicción formal a la norma—. Surge así otra quiebra —en la práctica— acerca de la operatividad del bien jurídico tal y como mayoritariamente es configurado por nuestra doctrina.

RUDOLPHI, H. J., «Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico», cit., p. 329. Más ampliamente, BARATTA, A., «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica», cit., pp. 37 y ss.; ANGIONI, F., *Contenuto e funzioni del concetto di Bene Giuridico. Introduzione a uno studio sull'oggetto e la misura della tutela penale*, cit., p. 8, reconoce también al bien jurídico funciones clasificatoria, sistemática, exegética, dogmática y crítica. Sobre estas últimas versa nuestra discusión. Las restantes funciones no inciden directamente en la cuestión que tratamos y su trascendencia y eficacia se realiza en otros ámbitos.

<sup>136</sup> Así Mir Puig, considera como elementos generales de la antijuridicidad penal «la realización de un tipo sin causas de justificación», con dos requisitos: tipicidad y no concurrencia de causas de justificación, de forma que, pese a que en el epígrafe siguiente ya se explica que la antijuridicidad material hace referencia al bien jurídico, lo excluye de los requisitos de la antijuridicidad. MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 120 a 123. En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 318, afirman: «... En la práctica, la función de la antijuridicidad se reduce a una constatación negativa de la misma, es decir, a la determinación de si concurre o no alguna causa de justificación...».

<sup>137</sup> Expresamente reconoce MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 137, párrafo 44, «una vez determinado el bien jurídico protegido en un delito, la interpretación (teleológica) podrá excluir del tipo respectivo las conductas que no lesionen ni pongan en peligro dicho bien jurídico». Asimismo puede considerarse el criterio de medición de la pena como una función más dentro de las interpretativas (vid. p. 138, párrafo 45).

<sup>138</sup> JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, vol. I, cit., p. 334, dice: «El tipo está llamado a esclarecer el bien jurídico».

Por todo ello, la pretensión de mantener la operatividad del bien jurídico pasa, primero, por admitir su carácter de límite interno y, por tanto, inseguro, impreciso, secundario y poco efectivo para limitar el *ius puniendi* y, segundo, por una revisión de las funciones reales que cumple el bien jurídico. Ello no quiere decir, sin embargo, que el bien jurídico haya de desaparecer del concepto del delito, pero sí que las funciones que le toca desempeñar serán bastante más modestas aunque, probablemente, más efectivas de las que hasta ahora se venían pregonando.

## IX. DESVALOR DE RESULTADO Y RESULTADO TÍPICO

En la tipicidad —en la que han de contenerse con carácter lo más exhaustivo posible los elementos que fundamentan la antijuridicidad específica de una figura delictiva— se materializará el «desvalor de resultado», fruto de un juicio que derivará de la infracción de la norma de valoración —como manifestación del primer aspecto del desvalor de conducta—. Sin embargo, este concepto de desvalor de resultado ha de ser redefinido a partir de la estructura de la norma primaria propuesta y en relación con el concepto de resultado típico, para no reproducir las duplicidades en que incurría la doctrina tradicional y poder explicar satisfactoriamente la existencia de delitos de mera actividad. Para ello es preciso ampliar el objeto de nuestro estudio más allá de los delitos dolosos de acción, en los que históricamente se centraba la doctrina para construir el concepto de delito, hasta abarcar todas las modalidades típicas.

A) A efectos de deslindar conceptos, nos es especialmente útil el artículo 11 de Código Penal del que se pueden extraer las siguientes consecuencias de importancia para nosotros:

1. Acción, omisión y resultado son conceptos ontológicos con contenidos diversos.
2. El resultado es un efecto separado físico-temporalmente de la acción pero, unido a ella por una relación lógica fundamentada en leyes de carácter físico-natural, según se deduce de la expresión «causación de un resultado». Por tanto, el concep-

to de resultado (y el de relación de causalidad) se mueven en el plano ontológico —ni normativo ni valorativo—. De aquí se desprende que desvalor de resultado y resultado típico son conceptos distintos que se mueven en niveles distintos: el desvalor de resultado en el ámbito normativo-valorativo, el resultado en el físico-ontológico<sup>139</sup>.

3. En base al artículo 11.b del Código Penal, será necesario diferenciar entre «creación de una ocasión de riesgo para el bien jurídico» y resultado típico.

Esta noción de «ocasión de riesgo», por tanto, ha de constituir algo distinto al resultado típico en los delitos de peligro. Los conceptos de riesgo y peligro tienden por tanto a adoptar contenidos y significados diferentes en el ámbito de la teoría del delito, línea en la que ya había profundizado la teoría de la imputación objetiva. De esta forma, el resultado típico *ha de ser consecuencia de la creación por la acción típica de una situación de riesgo para el bien jurídico*. Este principio fundamental de la imputación objetiva, parece ser ahora, por tanto, reconocido por nuestro Código Penal. Dicho riesgo ha de materializarse, en los delitos de resultado en un resultado típico. Como consecuencia, el resultado habrá de ser definido como *el elemento estructural de los delitos de resultado* —que no concurre en los delitos de mera actividad— *que describe el efecto de carácter ontológico seleccionado en el tipo como producido por la acción típica, pero separado físico-temporalmente de ella*. Es decir, el «resultado en sentido estructural».

B) También el propio concepto de desvalor de resultado debe ser revisado para obviar los problemas que plantea fundamentarlo en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. En este sentido, el desvalor de resultado habrá de ser redefinido como el juicio negativo que merece *la transgresión del grado de indemnidad del bien jurídico garantizado por la norma (primaria)*.

<sup>139</sup> En este sentido, si bien con otros argumentos, ya se había pronunciado RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1978, p. 272, posición que era seguida por parte importante de la doctrina española.

Esta definición destaca que no toda lesión o puesta en peligro del bien jurídico está contemplada por la norma primaria, sino solamente aquéllas que excedan un determinado grado de riesgo en una concreta relación social como consecuencia de una acción contraria a la pauta de conducta. Por ello, si la acción no sobrepasa ese grado de riesgo, aunque se produzca un resultado típico y pueda afirmarse la relación de causalidad entre dicho resultado y la acción que lo originó, no es imputable objetivamente, puesto que la conducta no merece un juicio de desvalor de resultado<sup>140</sup> (no existe desvalor de resultado).

De la misma forma, en los delitos de mera actividad que no exigen la producción de un resultado como elemento del tipo, el desvalor de resultado implica que la mera realización de la acción haya transgredido el grado de indemnidad normativamente establecido para el bien jurídico —esto es, haya aumentado el riesgo pactado por las fuerzas sociales en la configuración del bien jurídico— de forma que, cuando la acción no afecte en absoluto a dicho grado de indemnidad para el bien jurídico, tampoco será típica la conducta por ausencia del desvalor de resultado.

## X. EPÍLOGO

I. El concepto de bien jurídico ha sido y sigue siendo uno de los elementos más debatidos del concepto de delito. Periódicamente las doctrinas garantistas de origen liberal se enfrentan a sucesivas teorías que niegan, apoyándose en situaciones *de facto*, la utilidad de dicho concepto. Ello es debido, en primer lugar, a que se ha pretendido atribuir al concepto de bien jurídico importantes funciones limitadoras del *ius puniendi*, tarea que solo puede realizarse eficazmente, no a partir de un elemento interno del concepto de delito, sino mediante la articulación política de límites externos al propio *ius puniendi*.

<sup>140</sup> Todo ello implica admitir la tesis de que la antijuridicidad en los delitos de lesión y en los delitos de peligro tiene idéntica estructura y fundamento. Al respecto véase con bibliografía RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, p. 7.

En segundo lugar, se ha acudido al concepto de bien jurídico para definir el contenido material de la antijuridicidad. En la práctica, sin embargo, se comprueba que ni tribunales ni interpretes analizan las cuestiones referidas al bien jurídico en la antijuridicidad sino que las funciones de orientación de la interpretación —tanto en su sentido clarificador como limitador del tipo— se materializan y surten efecto en el ámbito de la tipicidad, bien de forma autónoma y bien a través de alguno de sus elementos —básicamente en conjunción con el criterio del riesgo permitido—.

Pero, además, de hecho, en la práctica la calificación de una conducta como antijurídica sólo implica que no concurre ninguna causa de justificación, pero no que se haya efectuado juicio alguno —al margen del que se realiza en la tipicidad— del cual se concluya que dicha conducta, «además de ser típica, es lesiva para un bien jurídico». Esta situación de contradicción conduce, en ocasiones a la esquizofrenia de ubicar dogmáticamente el bien jurídico en la antijuridicidad, donde no se le reconoce ninguna función (salvo la teórica de fundamentar la antijuridicidad material) extrayéndolo, sin embargo, de la tipicidad donde, de modo implícito, despliega sus funciones<sup>141</sup>.

Por ello, el bien jurídico, como elemento del delito, ha de ser reubicado y analizado en la tipicidad. Ello implica reforzar el aspecto

<sup>141</sup> Esta forzada ubicación del bien jurídico en la antijuridicidad ha dado lugar al «baile» que sufren algunos elementos entre tipicidad o antijuridicidad, tales como el consentimiento (puede verse con bibliografía alemana JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 293 y ss. y 522 y ss., o sintentizando, BACIGALUPO, E., «El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal españoles», en *Justificación y exculpación en Derecho penal*, de ESER/GIMBERNAT/PERRON (COORDS.), Madrid, 1995, pp. 109 a 123), el riesgo permitido (por ejemplo, entre otros muchos, en JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, vol. I, cit., pp. 390 y 553 y ss.), la adecuación social (véase con bibliografía CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, cit., p. 320, nota 71), el principio de insignificancia o los criterios teleológicos de restricción de lo punible propios de la teoría de la imputación objetiva (puede verse un ejemplo de ello, con bibliografía, en LARRAURI, E., «Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva», en *ADPCP*, XLI, 1988, pp. 715 y ss., o más recientemente, con abundante doctrina alemana, PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *El riesgo permitido en Derecho penal (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Madrid, 1995, pp. 41 a 86). Todos ellos han de ser entendidos y explicados —cuando sean admitidos como elementos del concepto del delito— en relación y a partir del bien jurídico.

formal de la antijuridicidad como «contradicción a la norma», pues es esta contradicción el auténtico contenido y fundamento de la antijuridicidad. Ahora bien, la norma «contradicha» no es la norma secundaria o cualquier regla jurídica o enunciado jurídico, sino que la contradicción en que consiste la antijuridicidad es la contradicción de la norma primaria. Así pues, habremos de definir la antijuridicidad como «la contradicción» a la norma primaria.

II. La norma primaria constituye la materialización normativa del criterio teleológico-legiferante otorgado por el bien jurídico como situación-valor preeminente en la solución dada a un conflicto social.

En el ámbito interno de la norma primaria así considerada destacan, junto a la norma de determinación o imperativo, la norma de conducta y la norma de valoración, ambas con una dependencia orgánica directa del bien jurídico seleccionado. En la contradicción a la norma primaria se puede distinguir un momento de oposición al mandato o al ejercicio del poder punitivo (antijuridicidad formal) y un momento de lesión de intereses y valores socialmente calificados como dignos de protección, materializados en la lesión de las normas de valoración y de conducta (antijuridicidad material). Este concepto de antijuridicidad material fundamentado en la norma de valoración y en la norma de conducta reúne las condiciones suficientes para satisfacer la exigencia de lesividad que ha de caracterizar a la conducta antijurídica, sin necesidad de recurrir directamente a fundamentar la antijuridicidad en la lesión al bien jurídico.

Según esta postura, la antijuridicidad no necesitará ser explicada «antes de» o «con» la tipicidad, puesto que las funciones legitimadoras —no ya del *ius puniendi*, sino de la concreta intervención penal— que corresponderían al bien jurídico han de analizarse por separado en la tipicidad, con trascendencia, sin embargo, indirectamente a través de la norma de valoración y de la norma de conducta en la antijuridicidad<sup>142</sup>.

<sup>142</sup> Siguiendo a COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 418, tipicidad y antijuridicidad habrán de ser elementos separados si:

Asimismo, el bien jurídico se independiza dogmáticamente de la antijuridicidad y se convierte en «elemento vivificador» del concepto de delito, con trascendencia directa en el momento de la génesis de la norma y de la interpretación del tipo (y del estado de necesidad) e indirecta —a través de la norma de valoración y de la norma de conducta— en la antijuridicidad. A modo de apunte, las funciones del bien jurídico en el sistema jurídico penal pueden ser:

1. Funciones externas al concepto de delito:
  - a) En el momento de la génesis de la norma, como criterio de solución al conflicto social que fructificará en las normas de valoración y de conducta.
  - b) En un momento posterior a la génesis de la norma, como criterio teleológico de comprobación posterior y crítica para ofrecer propuestas de *lege ferenda*.
2. Funciones «en el ámbito de aplicación de la ley» o internas:
  - a) En la tipicidad:
    - a.1) Como criterio de interpretación teleológica de todos los elementos del tipo.
    - a.2) Como criterio limitador de la tipicidad a través, fundamentalmente, del instituto del riesgo permitido<sup>143</sup>.
  - b) En la antijuridicidad, en algunas ocasiones, como criterio de interpretación o de valoración útil en el estado de necesidad.

Sin embargo, excede de la función del concepto de bien jurídico la delimitación de su propio contenido. O dicho de otra forma, el

1) se estima que la fundamentación y la exclusión de la antijuridicidad son momentos diferenciados; 2) se entiende que la norma que establece las causas de justificación es una norma autónoma y no un simple límite del imperativo; 3) al tipo de injusto específico se le oponen las causas de justificación genéricas, y 4) se considera que existe distinción entre lo penalmente irrelevante y lo justificado.

<sup>143</sup> DE LA CUESTA AGUADO, P., *Tipicidad e imputación objetiva*, cit., pp. 132 a 134.

concepto dogmático de bien jurídico no puede contener como elemento de la definición la propia autolimitación de su contenido material concreto. La designación de ciertas situaciones-valores como bienes jurídicos penalmente protegibles corresponde a una entidad externa que no se encuentra mediatizada por el concepto dogmático de bien jurídico. El expediente del bien jurídico recoge y normativiza determinados valores que le son designados por los grupos preeminentes de una sociedad según su (del grupo dominante) propio catálogo de valores, sus intereses y su propia ideología. El intérprete del Derecho puede criticar la adopción de un determinado valor —en función de su propio catálogo de valores, intereses e ideología— como cualquier ciudadano más de un sistema democrático. Pero no puede pretender limitar el *ius puniendi* mediante la delimitación *a priori* del concepto de bien jurídico, ni fundamentarlo (el *ius puniendi*) en la protección de bienes jurídicos como si ello conllevara alguna garantía limitadora de la intervención punitiva. La intervención del Estado en la esfera de las libertades individuales, en que consiste el Derecho penal, sólo puede ser limitada eficazmente por las garantías limitadoras propias de un sistema democrático fruto del equilibrio de poderes.