

# Reflexiones sobre las teorías del bien jurídico protegido en materia penal

*Romulo Rhemo Palitot Braga\**

## Resumen

Aquí se enfocan los aspectos principales de las teorías existentes sobre el bien jurídico protegido. No se tiene la pretensión de agotar el estudio sobre un tema tan relevante<sup>1</sup> ni de presentar novedades. De acuerdo con el autor, el derecho penal es la potestad punitiva del Estado, el *ius puniendi*, que fundamenta la existencia de una serie de normas que, al estar en conexión con la realidad social, propician que el bien jurídico asuma una importancia fundamental para la reconstrucción del tipo del injusto<sup>2</sup>. A lo largo de la historia del derecho penal, el bien jurídico siempre ha sido importante, puesto que es el interés protegido por la norma penal<sup>3</sup>, sobretudo a partir del siglo XIX<sup>4</sup>, con el reconocimiento de la necesidad de fortalecer, por parte de la doctrina penal, dicho bien jurídico penal. Por eso, se dio mayor fuerza protectora a la libertad individual, con lo cual se hacía frente y se limita el poder punitivo del Estado.

\* Profesor de derecho del Centro Universitário de João Pessoa, UNIPE (Brasil). Doctorando en Derecho Penal por la Universitat de València. Plaza Fray Luis Colómés, 3 - puerta 11, Valencia, 46021, España, Europa. Dirección electrónica: ropabra@alumni.uv.es

1. El término bien jurídico surgió a partir del movimiento iluminista, pues tal expresión era desconocida por el derecho penal hasta ese momento. Antes del iluminismo, el derecho penal fue influenciado por la teología. La desobediencia a la voluntad divina contribuyó a la confusión entre delito y pecado. Luiz Regis Prado, "Bem jurídico-penal e constituição", *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1997, pp. 28 y 29. Según el autor "en la actualidad, el postulado de que el delito constituye lesión o peligro a un bien jurídico no encuentra prácticamente oposición, siendo casi un verdadero axioma 'principio de la exclusiva protección de bienes jurídicos'".
2. Manuel Cobo Del Rosal; y Tomás S. Vives Antón, *Derecho penal parte general*, Valencia, 1999, p. 521.
3. Fernando Capez, *Curso de direito penal, Parte geral*, São Paulo, 2002, p. 138.
4. Yuri Carneiro Coelho, *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte, 2003, p. 25, señala que la noción del bien jurídico como interés jurídicamente protegido es producto de la idea privatista, dominante en el siglo pasado. Esta idea

## 1. Teorías contemporáneas del bien jurídico protegido

En la literatura jurídica actual existen varias corrientes doctrinarias sobre la teoría del bien jurídico protegido: la social o sociológica y la constitucionalista. Cada una de estas teorías tiene subdivisiones, en cuanto a formulaciones y comprensión de conceptos, de tal manera que hay corrientes que no admiten un tratamiento teórico autónomo del bien jurídico<sup>5</sup>.

### 1.1. La teoría social o sociológica

La teoría social o sociológica busca determinar el contenido del bien jurídico, a partir de la realidad social como referencia fundamental, o sea, a partir del entendimiento de que constituye el substrato “en el que el ser humano —en tanto que sujeto que vive en comunidad— despliega sus potencialidades, manifiesta sus necesidades y, en suma, desarrolla su personalidad”<sup>6</sup>. De esa forma, el ejercicio del *ius puniendi* es empleado ante los comportamientos que causan daños al sistema social<sup>7</sup>, y que ocasionan impedimentos u obstaculizan que el sistema social pueda resolver el problema de su conservación<sup>8</sup>.

La teoría funcionalista o sistémica sostiene que el legislador no tiene la libertad necesaria para seleccionar el bien jurídico, lo cual demuestra un conflicto con el Estado democrático de derecho. Este Estado no permite ser dominado por clases o grupos políticos y exige el cumplimiento de los princi-

pios constitucionales establecidos, por ejemplo, el principio de intervención mínima. La selección del bien jurídico, según esta teoría, está vinculada a una jerarquía de valores y a las necesidades de la sociedad<sup>9</sup>. Esa teoría sustituye el concepto de bien jurídico por el de funcionalidad del sistema social, defendido por Amelung, “perdiéndose así la ciencia del Derecho Penal el último punto de apoyo que le queda para la crítica del derecho positivo”<sup>10</sup>. Parece evidente, para los apasionados por la teoría socialista, que el “control social” sirve para determinar los límites de la “libertad humana en la sociedad”, pues una sociedad sin “control social” sería inimaginable. Es igualmente incomprensible un “derecho penal completamente desconectado de las demás instancias de control social”<sup>11</sup>. Las teorías sociológico funcionalista o sistémica y las del conflicto muestran bien este punto de vista.

Al finalizar la segunda guerra mundial surgió una tendencia para reformular la legislación penal, sobre todo por el interés en el bien jurídico, el cual había sido rechazado antes por las doctrinas autoritarias, propias de la época del nacionalsocialismo. En el contexto de la visión sociológica, aparecieron autores que defendían una concepción funcionalista. Desde esta perspectiva hay que mencionar las teorías de Parsons, Luhmann<sup>12</sup> y Hassemer. Estos autores concebían la norma jurídica como un instrumento de estabilización social y, en consecuencia, de confianza en la legitimidad del poder constituido, a través del control de la lealtad al orden establecido, del bienestar, del mercado de trabajo y del consumo.

---

habría surgido de la teoría del injusto, desde Von Ihering y Hertz, donde el interés consistía en el vínculo entre el objeto y el sujeto, en virtud del cual asumiría la posibilidad de disponer del objeto. Era una relación prioritariamente individual. Los derechos individuales eran prioridad frente a los derechos colectivos.

5. En ese sentido, Yuri Carneiro Coelho, *Bem jurídico-penal ob. cit.*, p. 63.
6. Eduardo A. Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 1998, p. 170.
7. En ese sentido, Isidoro Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, Pamplona, 2002, pp. 177ss.
8. Juana del Carpio Delgado, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, Valencia, 1997, p. 40.
9. Manfredi Vide Parodi Giusino, *I Reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, pp. 76ss, aborda las críticas a las tentativas de superación de la teoría del bien jurídico a través de la sociología.
10. Francisco Muñoz Conde, *Derecho penal y control social*, Santa Fé de Bogotá, 1999, p. 18.
11. En ese sentido, Francisco Muñoz Conde, *Derecho penal y control social, ob. cit.*, p. 23.
12. Según Portilla Contreras, la diferencia entre la tesis de Parsons y Luhmann radica en “que mientras para aquél la función del derecho depende la idea del conflicto, en éste surge exclusivamente por razones de seguridad social. En ese sentido advierte Giasanti que ‘el paso de Parsons a Luhmann señala el paso entre dos tipos de organizaciones sociales: de un tipo de sociedad que exorcizar el conflicto reconociéndolo y otro que pretende eliminarlo sin reconocerlo dotado de sentido’”. Ver Guillermo Portilla Contreras, “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid 39, Madrid, 1989, p. 731, nota al pie.

Parsons afirma que la norma jurídica penal solo puede ser comprendida si está en relación con un determinado sistema social. Todos los procesos de motivación son producidos por las personalidades, a partir de los actores individuales. “Los procesos mediante los que la estructura motivacional de una personalidad individual llega a ser lo que es, son, sin embargo, fundamentalmente, procesos sociales, que entrañan la interacción del ego con una pluralidad de alterar”<sup>13</sup>. De hecho, Parsons “opta por la estrategia de cambios dentro del sistema (máxima efectividad en el control de los comportamientos gravemente disfuncionales y máxima tolerancia con las conductas que no cuestionan el sistema aunque sean socialmente —es decir, para el gran número— dañosa) que evite los cambios ‘de’ sistema”<sup>14</sup>. Plantea que el injusto representaría una determinada oposición al control social institucionalizado, es decir, una disfuncionalidad del sistema.

---

**La teoría social o sociológica  
busca determinar el contenido del bien  
jurídico, a partir de la realidad social  
como referencia fundamental, [...]**

---

Luhmann “concibe la sociedad como un sistema de interacciones en el que la determinación del bien jurídico depende de la funcionalidad o disfuncionalidad del hecho en relación al desarrollo de los grupos sociales”<sup>15</sup>. Mientras tanto, Hassemer, formado en la tradición liberal, exige que las conductas “susceptibles de reacción penal sean socialmente dañosas; la mera lesión de un ‘interés humano (bien jurídico)’ no va a ser suficiente, puesto que los efectos lesivos de tal lesión superan el mero conflicto autor-víctima”<sup>16</sup>. Según él, tres factores son imprescindibles: la frecuencia de la conducta crimi-

nal, la intensidad de la necesidad de preservación del objeto tutelado y la intensidad de la amenaza dirigida contra él. La sociedad puede presentar comportamientos intolerables; este hecho puede, en definitiva, favorecer la represión penal, con lo cual vincula los objetos que la sociedad valora con la lesión, o amenaza, ocasionada por el comportamiento.

En este contexto, surge Amelung, uno de los principales entusiastas de esa corriente, quien destacó la peligrosidad social como manifestación de la disfuncionalidad sistémica. De esta forma, se alejó de la noción del bien jurídico, lo cual significó un gran retroceso. Amelung coloca el concepto de delito en el centro de las teorías sistémicas sin garantizar la protección de la persona contra la instrumentalización. Así, la persona humana quedaría como un simple medio, el cual necesita de otra instancia con límite para evitar este peligro evidente<sup>17</sup>.

Amelung, citado por Mir Puig, asume que “el límite al legislador no puede trazarlo el concepto de bien jurídico, cuya historia, entiende, demuestra su inoportunidad político-criminal. Debe volverse, a su juicio, a la idea que sirvió de base a las preocupaciones liberales de Ilustración: la ‘dañosidad social’ (*Sozialchädlichkeit*)”<sup>18</sup>. Esta teoría describe el sistema social como un procedimiento que añade funciones para su autosobrevivencia.

Esta formulación puso en crisis, y no podría ser de otra forma, el concepto de bien jurídico<sup>19</sup>. Parecía que este se acomodaba con facilidad a cual-

13. Parsons en Muñoz Conde, *Derecho penal y control social*, *ibid.*, p. 23.

14. Juan Terradillos Basoco, “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 63. Universidad Complutense, Madrid, 1981, p. 135.

15. Guillermo Portilla Contreras, *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*, *ob. cit.*, p. 731.

16. Isidoro Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, *ob. cit.*, p. 180.

17. Maria da Conceição Ferreira Da Cunha, *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1995, p. 93.

18. Santiago Mir Puig, *Introducción a las bases del derecho penal*, Montevideo, 2002, pp. 118ss.

19. Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 1, 1990, p. 9, comenta que “De ahí que me oponga —como hace años ya me oponía, sin obtener, por cierto, contestación— a la teorías funcionalistas y sistémicas, cuando se adoptan sin ese presupuesto, aplicadas a la averiguación de los bienes jurídicos. Teorías, por lo demás, que —en el ámbito jurídico— tampoco me parecen convincentes en sí, o, al menos, insusceptibles de críticas lo suficientemente sólidas, como para dudarse con seriedad que puedan aceptarse sin más”.

quier sistema político o ideológico, y, en consecuencia, podía ser utilizado tanto por regímenes totalitarios como por los democráticos. Al concebir que el delito no es tanto un hecho que lesiona o pone en peligro un bien, sino un comportamiento socialmente dañino, se propuso sustituir el concepto de bien jurídico por el de “dañosidad social”<sup>20</sup>. Es imperioso advertir la gravedad de sostener que “si solo la idea de disfuncionalidad respecto a la estructura social es el criterio determinante del ejercicio del *ius puniendi*», pues pueden subordinarse las necesidades del individuo a las sociales hasta el extremo de estar justificada la eliminación de los seres humanos inútiles o molestos, por ser esta ‘funcionalidad’... Este riesgo es cierto, pero no es el único...”<sup>21</sup>. Hans Wezel argumenta que su planteamiento se basa en un estudio de 1939, “sólo hay bienes jurídicos en la medida de que ellos están en función, es decir, a la medida que ellos actúan en la vida social, y su acción está receptivamente en

la misma. Vida, salud, libertad, propiedad, etc., no están simplemente en la sociedad, sino su existencia consiste en un ser en función, es decir, ejerciendo efectos sobre la cohesión social y de ella reciben efectos”<sup>22</sup>. Así, el bien jurídico es introducido en los dominios del pensamiento finalista.

---

La teoría funcionalista o sistémica sostiene que el legislador no tiene la libertad necesaria para seleccionar el bien jurídico, lo cual demuestra un conflicto con el Estado democrático de derecho. Este Estado no permite ser dominado por clases o grupos políticos y exige el cumplimiento de los principios constitucionales establecidos [...]

---

Las tendencias de esta corriente funcionalista tienen amplia aceptación en Alemania y España<sup>23</sup>. Ahora bien, Borja Jiménez sostiene que “el funcionalismo pretende siempre una explicación más real del derecho penal, más próxima a la sociedad y al individuo, su punto de mira no podía desviarse del estudio de la conducta humana que arranca precisamente de la propia constatación de

la persona y de la comunidad. Otras categorías del delito presentan una mayor dosis de abstracción, que si bien se acercan a una teoría pura del derecho penal, pierden sin embargo, el necesario horizonte de la realidad”<sup>24</sup>. Sin embargo, la aproxima-

20. El principio de la dañosidad social, según Terradillos, “toma como objeto fundamental la subsistencia y el desarrollo del sistema social”. Ver Juan Terradillos Basoco, *La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal*, ob. cit., p. 134.

21. *Ibid.*, p. 134.

22. Sobre Wezel (1939) ver Antonio García-Pablos de Molina, *Derecho penal. Introducción*, Madrid, 2000, pp. 91ss.

23. Jesús María Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 70, enfatiza las críticas a la teoría funcionalista, desde la perspectiva metodológica. “Las críticas se han producido en tres direcciones fundamentales: así, por un lado, se le ha reprochado el conformar un modelo opuesto a las pretensiones científicas y supranacionales de la dogmática. En efecto, se estima que, en comparación con la doctrina tradicional, muestra una menor ‘cientificidad’ al ser frente de mayores inseguridades y proporcionar la arbitrariedad, apareciendo además mucho más vinculado a la configuración de un determinado derecho ‘nacional’. Por otro lado, se ha pretendido que la reconstrucción normativa de las categorías que este modelo dogmático propicia, supone una creciente confusión entre las mismas, acabando por llevar a la dogmática al estadio previo al naturalismo, esto es, a las viejas teorías de la imputación. Finalmente, se ha señalado que las teorías funcionalistas — y aquí evidentemente se está pensando en la concepción utilitarista del derecho penal que es común atribuirle— se prestan a ser utilizadas (instrumentalizadas) en sentido autoritario y contrario a las garantías del Estado de derecho. Pues bien, frente a todas estas objeciones de base, sí debe reconocerse que la dificultad fundamental de la puesta en práctica de una metodología teológico-funcionalista —y que, además, es la que de hecho genera las críticas transcritas—, radica en que la misma obliga a centrar la labor científica en los fines y valores de referencia de cada una de las categorías y del sistema en su conjunto, así como en la fijación de los hilos argumentales que unen esos valores con la obtención de consecuencias concretas en niveles inferiores de abstracción”.

24. Emiliano Borja Jiménez, “Funcionalismo y acción. Tres ejemplos en las contribuciones de Jakobs, Roxin y Gimbermart”, en *Estudios penales y criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1993-1994, p. 56.

ción del funcionalismo es peligrosa, porque abre la posibilidad para que los sistemas autoritarios y aquellos otros con una democracia poco sólida la utilicen. En los variados sistemas sociales existentes, esta teoría necesita determinar lo “funcional” y los “disfuncional”, en un contexto de “flexibilidad”. No hay cómo determinar la capacidad de los parámetros para dar una explicación convincente de los distintos “fenómenos sociales”<sup>25</sup>. Por eso, el parámetro de la Constitución es más acertado y más seguro.

Asimismo, podría pensarse que la “indicación de que el Estado podrá castigar a través del derecho penal, únicamente los comportamientos ‘disfuncionales’ al sistema social, no se sigue, por ejemplo, que no pueda ofrecer protección penal ‘a valores meramente morales’ o ‘castigar conductas que supongan en realidad el ejercicio de derechos políticos que no cabe negar al ciudadano’... puesto que la protección de dichos valores puede ser perfectamente ‘funcional’ siendo un ejemplo el ‘nacional-caticismo’ característico de nuestra más reciente historia, y la persecución penal del ejercicio de los derechos de asociación, expresión, reunión, etc., era, en esa misma etapa histórica, igualmente ‘funcional’ al sistema político imperante<sup>26</sup>”. Además, es claro que, “¡Evidentemente que el Estado impulsado por los grupos hegemónicos que los sustentan, quiere castigar, mediante el derecho penal, todos aquellos hechos que sean disfuncionales para el sistema de producción y distribución que les permite seguir manteniendo aquella posición hegemónica! Y ¡evidentemente también que no desea hacer intervenir al derecho penal en relación con aquellos comportamientos que se muestran funcionales a dicho sistema! Pero esto no es un límite al ejercicio del *ius puniendi*, sino la *explicación* o la que, de cualquier manera, falta añadir el por qué es ejercicio de ese modo...”<sup>27</sup>.

Por otra parte, Moreno Alcázar afirma que “aunque el funcionalismo pueda dar una explicación



convincente del acontecer del derecho penal en la sociedad, ello en modo alguno debería entenderse como una razón para que se asuman sus posiciones. Antes al contrario, debería servirnos para darnos cuenta de lo fácil que es instrumentalizar a las personas en aras de pretendidos beneficios sociales. Por ello, me sumo a aquellos autores que mantienen que el concepto de persona es el eje sobre el cual gira una fundamentación no funcionalista del derecho, constituyendo un parámetro irrenunciable para un Derecho “justo”<sup>28</sup>.

Entre los partidarios actuales de la teoría funcionalista, desde la dimensión sociológica, se encuentra Günther Jakobs, quien sostiene que la pena no tiene como misión evitar lesiones a los bienes jurídicos, sino afirmar la vigencia de la norma. Este funcionalismo sociológico define “todas las categorías del delito en atención a la contribución que éstas prestan en orden al mantenimiento de la respectiva estructura social. En ese sentido, la concepción de la norma penal, presupuesto de toda teoría del delito, no tiene ya un significado lógico o valorativo primario, sino que ésta viene como un hecho social más. Y así cada uno de los correspondientes elementos de esa teoría jurídica del delito, irá referido funcionalmente a dicha norma, de manera tal que los distintos componentes fundamentales serán in-

25. Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, *Sobre el concepto de derecho penal*, Madrid, 1981, pp. 344-346.

26. *Ibid.*, p. 344. Aquí se muestra la gravedad y peligrosidad de la dimensión de la llamada “funcionalidad”.

27. *Ibid.*, pp. 350-351.

28. Miguel Ángel Moreno Alcázar, *El concepto penal de incendio desde la teoría del caos. Una perspectiva sistémica de los bienes jurídicos colectivos, del peligro y de su causalidad*, Valencia. 2002, pp. 250-251.

terpretados según sea el momento de menoscabo de la función de la regla jurídica. La acción, como es natural, no representa ninguna excepción a esto que se acaba de señalar<sup>29</sup>. De acuerdo con el pensamiento de Jakobs, el derecho penal “no sirve para la protección genérica de bienes que han sido proclamados como bienes jurídicos, sino a la protección de bienes contra ciertos ataques, y sólo en lo que se refiere a esta protección los bienes aparecen en la lente del derecho, y son, por consiguiente, bienes jurídicos”<sup>30</sup>. Además, para este autor, la pena no tiene como tarea lesionar el bien jurídico, sino reafirmar la vigencia de la norma<sup>31</sup>.

Por otro lado, el planteamiento de Roxin es más flexible, pero, tal como observa Mir Puig, “en realidad, sirve sólo para excluir la punibilidad de los hechos exclusivamente inmorales, y aun en este ámbito lo difícil será en muchos casos decidir si el hecho atenta o no únicamente a la moral... En cuanto a la consecuencia que pretende extraer Roxin de su concepción, de que no cabe penalizar al puro ilícito administrativo, no se desprende de la limitación del *ius puniendi* a la protección de bienes jurídicos, sino del carácter subsidiario del proceso penal. La formulación de Roxin peca, por lo demás, de excesivo ‘naturalismo’ que sustituye a un verdadero desarrollo ‘social’ del bien jurídico”<sup>32</sup>. Este autor alemán, no profundiza en el significado social del bien jurídico<sup>33</sup>, así como tampoco proporciona un criterio de referencia suficiente para limitar la selección de los bienes a proteger

por parte del Estado, “y es éste, justamente, el punto débil —que las teorías expuestas dejan sin resolver— de la teoría del bien jurídico: dependerá del criterio utilizado para realizar esa función de selección, la capacidad del concepto de bien jurídico para imponer límites al ejercicio del *ius puniendi*”<sup>34</sup>.

La teoría funcionalista o sistémica, en especial la defendida por Amelung, ha dado paso al conservadurismo. Este autor no duda en afirmar que el fin de la norma penal es la “conservación del sistema”<sup>35</sup>. Otro ejemplo de este conservadurismo es la tesis que sostiene que la regla político criminal, al suprimir lo disfuncional, consolida sin límite la situación presente “se trata, pues, de una política progresivamente conservadora”<sup>36</sup>.

En suma, el derecho penal, por su naturaleza sancionadora, la cual toca uno de los valores fundamentales de los individuos, la libertad, debe ser estrictamente utilizado. El principio que debe regirlo es la intervención mínima. Para ello es necesario definir de forma precisa cuáles son los bienes posibles y merecedores de tutela penal.

La teoría del conflicto<sup>37</sup>, también del campo sociológico, se contrapone a las teorías funcionalistas. Esta teoría comprende los conflictos sociales como elementos propios de una sociedad de clases, estructurada por las diferencias socioeconómicas<sup>38</sup>. En consecuencia, el derecho debe representar tanto los valores, como los intereses de las clases o sectores sociales dominantes, o sea, de la clase do-

29. Emiliano Borja Jiménez, *Funcionalismo y acción. Tres ejemplos en las contribuciones de Jakobs, Roxin y Gimbernart*, ob. cit., p. 16, comenta que “en general se puede decir que las tendencias más fuertemente funcionalistas (por ejemplo Jakobs) utilizan en mayor medida categorías que provienen de la sociología y de la psicología, mientras que las concepciones menos ortodoxas presentan conceptos acuñados por la tradición jurídica (Roxin), sin que esta observación implique una total inobservancia de alguna de las señaladas premisas básicas”, ob. cit., p. 16. Antonio García-Pablos de Molina, *Derecho penal. Introducción*, ob. cit., p. 89, añade que Roxin define el bien jurídico como “conjunto de presupuestos imprescindibles de la vida social, con notoria imprecisión”.
30. Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *El sistema funcionalista del derecho penal*, Universidad de Piura, Lima, 2000, p. 45.
31. Günther Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 1995, p. 58.
32. Santiago Mir Puig, *Introducción a las bases del derecho penal*, ob. cit. pp. 117-118.
33. En ese sentido, Mir Puig, *ibid.*, p. 118.
34. Francisco Javier Vide Álvarez García, “Bien jurídico y constitución”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1991, p. 13.
35. *Ibid.*, pp. 14 y 15.
36. Juan Terradillos Basoco, *ibid.*, p. 135.
37. Algunos de los principales defensores de la teoría del conflicto son Ralf Dahrendorf, Lewis A. Coser, Georg Simmel, Georg D. Vold y Austin T. Turk.
38. Yuri Carneiro Coelho, “Bem jurídico-penal”. *Ibid.*, p. 71.

minante. La justicia penal y las leyes deben aplicarse de acuerdo a sus intereses<sup>39</sup>. Así, el conflicto es esencial en la sociedad estructurada en dos clases sociales: una dominante y otra dominada. Ese dominio no se funda en los factores tradicionales de las relaciones de propiedad, producción y distribución; sino en el poder político. De esta forma, quien detenta el poder político será responsable de establecer o implantar el orden social, mediante el poder punitivo<sup>40</sup>. El control del orden social se logra por medio del derecho penal, ejercido por los grupos dominantes, a través de la política-criminal<sup>41</sup>.

## 1.2. Las teorías constitucionalistas

Bricola fue el primero en tratar el bien jurídico desde la perspectiva constitucional. Del valor preeminente que la Constitución italiana atribuye a la libertad personal, Bricola afirma que "la máxima restricción y la libertad personal, como es la que se efectúa de modo efectivo o potencial a través de la sanción penal, puede adoptarse solamente como *extrema ratio*. Para precisar tal concepto... puede afirmarse hoy... que la sanción penal puede adoptarse solamente en presencia de la violación de un bien, el cual, si no de igual grado respecto al valor (libertad personal) sacrificado, éste esté, al menos, dotado de relieve constitucional. Es decir: el ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una significativa lesión de un valor constitucionalmente relevante"<sup>42</sup>. Pero no todos los bienes amparados por el texto constitucional son idóneos para ser calificados como relevantes para el sistema. En determinados casos, la evanescencia imposibilita que puedan ser objetos de tutela<sup>43</sup>.

Gran parte de los autores señalan con acierto que la Constitución es la referencia más eficaz para que la teoría del bien jurídico pueda ser crítica y limitar al *ius puniendi*<sup>44</sup>. Las teorías constitucionales, generales o particulares, surgen de la necesidad de establecer criterios más seguros para determinar los bienes jurídicos penalmente relevantes. Estos criterios imponen límites al legislador ordinario en materia penal, los cuales determinan los bienes jurídicos que merecen tutela penal.

La Constitución, como norma fundamental, puede limitar las actividades legislativas, al seleccionar los bienes jurídicos. Según la teoría constitucional, en sentido estricto, el legislador está obligado a criminalizar aquellas conductas que violan o

---

El legislador debe elaborar, de manera autónoma e independiente, la política penal más adecuada, sin contraponerla, por supuesto, a los bienes merecedores del reconocimiento y relevancia constitucional. Por eso, el legislador tiene para elegir entre una sanción penal o una administrativa (58).

---

ponen en peligro valores constitucionalmente fundamentales para la convivencia comunitaria. Para ello, debe recurrir al texto constitucional. Bricola considera el delito como un hecho previsto de forma taxativa en la ley e idóneo para ofender un valor constitucionalmente significativo. La sanción penal es legítima sólo cuando se viola un bien que, aun cuando sea irrelevante para la libertad personal sacri-

ficada, al menos posee significación constitucional<sup>45</sup>. Según Bricola no se debe recurrir a la sanción penal cuando hay otros medios de prevención general, los cuales pueden contribuir satisfactoriamente a proteger el bien jurídico.

Angioni y Moccia comparten esta posición. La legitimidad, en el proceso de criminalización, se daría cuando los bienes jurídicos a ser tutelados comprenden valores de igual dignidad constitucional que la libertad<sup>46</sup>. El principio de proporcionalidad está a la base de esta construcción rígida, cuan-

39. Antonio García-Pablos de Molina, *Criminología. Uma introdução a seus fundamentos teóricos*, São Paulo, 1992, p. 213.

40. Juana del Carpio Delgado, *ob. cit.*, p. 41.

41. García-Pablos de Molina, *ibid.*, p. 212.

42. Álvarez García, *ibid.*, p. 21.

43. Álvarez García, *ibid.*, p. 38.

44. En ese sentido, Luiz Flávio Gomes, *Norma e bem jurídico no direito penal*, São Paulo, 2002, p. 86.

45. Citado por Gomes, *ibid.*, p. 89. En ese mismo sentido, Carpio Delgado, *ibid.*, pp. 38-39.

46. Citado por, Carneiro Coelho, *ibid.*, p. 87.



rencias constitucionales, lo cual obliga al legislador a proteger los bienes jurídicos, previo al ordenamiento penal<sup>51</sup>.

En estas dos teorías constitucionales, estricta y general, lo que importa es que el fundamento material de los bienes jurídicos protegidos esté incluido en el texto constitucional. Ahora bien, la Constitución no es la única fuente de bienes jurídicos, pero es la fuente primaria e inexcusable. Otra advertencia importante es que no todos los valores fundamentales recogidos en la Constitución deben ser protegidos, en sentido estricto, por la norma penal, sino solo cuando sea la última solución (*ultima ratio*), dada una clara insuficiencia en las otras ramas del derecho. Por ejemplo, el sistema sancionador administrativo es más ágil, posiblemente más eficaz, e incluso sus castigos pueden ser más contundentes.

do se exige un equilibrio estricto entre los bienes en conflicto. La proporcionalidad justifica el carácter de *ultima ratio* del derecho penal<sup>47</sup>. Por eso, para muchos autores la Constitución puede ofrecer garantías de seguridad jurídica, puesto que establece, exclusivamente, el instrumento para jerarquizar los valores a proteger<sup>48</sup>. En conclusión, la Constitución media en los conflictos culturales; mientras que el legislador aporta una base coherente y relacionada en directo con los objetos a ser protegidos por el derecho penal<sup>49</sup>.

El sistema sancionador administrativo se fundamenta en la desproporción entre las multas penales y las impuestas por la administración, por lo general más graves<sup>52</sup>. Caso contrario sería la aceptación del colapso o la inoperancia del Estado para hacer frente a las adversidades, causadas por una política criminal equivocada.

Según los defensores de la teoría constitucional, en sentido general, la Constitución no alberga, ni determina los bienes que merecen ser tutelados penalmente, sino que es el parámetro para reconocer o indicar una referencia axiológica a dichos bienes, indicando el momento y la circunstancia<sup>50</sup>. Desde esta perspectiva, una de las finalidades del Estado es determinar el propósito del derecho penal, según sus principios y características esenciales. Así, los valores fundamentales merecen refe-

Es indudable que el bien jurídico puede tener potencial limitativo del *ius puniendi*, aunque no de forma absoluta. Una corriente doctrinal considera que esa limitación debe estar en la Constitución<sup>53</sup>, para evitar que el legislador adquiera poderes amplios al tutelar los bienes jurídicos. Así, pues, la limitación implícita en la Constitución estaría basada en principios de carácter general, es decir, los de libertad, igualdad y dignidad de la persona humana, los cuales no pueden ser violados. Ahora bien, es posible imponer sanciones penales cuando el bien jurídico atacado es relevante constitucionalmente. De

47. Gomes, *ibid.*, p. 90.

48. En ese sentido, Guillermo Portilla Contreras, *ibid.*, pp. 727ss.

49. Álvarez García, *ibid.*, p. 43.

50. En ese sentido, Carpio Delgado, *ibid.*, p. 39, sostiene que "desde esta postura se entiende que el contenido de la Constitución debe servir solamente como un marco referencial dentro del cual se deben programar, elaborar y desarrollar los alineamientos político criminales".

51. Regis Prado, *ibid.*, p. 52.

52. Gonzalo Quintero Olivares, *Delitos contra intereses generales o derechos sociales*, Barcelona. 571.

53. Teoría constitucional, en sentido estricto.



todas formas, el legislador es libre y, por eso, no está forzado a imponer sanciones aun cuando la Constitución contemple la obligación de preservar y castigar<sup>54</sup>.

Algunas constituciones son explícitas en criminalizar determinadas conductas<sup>55</sup>. Pero el legislador no está obligado de forma inexorable a actuar en consecuencia, pues no se trata de una acción legislativa. Por otra parte, la Constitución puede que no contenga criterios positivos como para determinar el bien jurídico, previo a su consagración normativa, sino que solo proporciona criterios interpretativos sobre el alcance del bien jurídico, una vez dada su regulación positiva<sup>56</sup>. Por lo tanto, puede ser necesario tratar de concretizar las características de los objetos que deben ser protegidos penalmente, para lo cual hay que incluir los principios político-criminales del ejercicio del *ius puniendi* estatal<sup>57</sup>. El legislador debe elaborar, de manera autónoma e independiente, la política penal más adecuada, sin contraponerla, por supuesto, a los bienes merecedores del reconocimiento y relevancia constitucional. Por eso, el legislador tiene para elegir entre una sanción penal o una administrativa<sup>58</sup>.

El legislador goza, sin duda, de libertad democrática, constitucionalmente hablando, sobre todo en un Estado democrático de derecho<sup>59</sup>. Pero hay límites, los cuales deben ser respetados. Estos límites se encuentran establecidos por el propio Estado democrático de derecho. En conclusión, el legislador no tiene límite para imponer los bienes jurídicos establecidos en el texto constitucional; sino que su acción debe acomodarse a los valores jerárquicamente constituidos, de manera explícita o implícita. Por consiguiente, al legislador no le com-

pete transgredir los valores defendidos por la Constitución, o sea, la tutela de los bienes jurídicos por él defendida o elegida no puede estar prohibida por la Carta Magna y debe tener relevancia social.

## 2. Reflexiones finales

El derecho penal contemporáneo se preocupa por determinar que solo aquellos actos que ponen en peligro o lesionan bienes que sean fundamentales para la vida en común deben ser reprimidos penalmente. La norma jurídico-penal debe fundamentarse en un juicio de valor positivo, respecto a tales bienes vitales. Esta concepción surgió de la teoría tradicional, que consideraba la infracción como un ataque contra los derechos subjetivos<sup>60</sup> de la persona y cuya base era la teoría del contrato social, o sea, ahí donde aquélla delegaba poder al Estado para garantizar su libertad, y ese mismo Estado se encargaba de imponer reglas y barreras a los propios ciudadanos.

En definitiva, la discusión, motivada por el interés de unos para obtener la legitimación externa del derecho penal, y de otros para consagrar la producción del derecho positivo, continuará<sup>61</sup>. Dicho esto, es imprescindible observar que el bien jurídico protegido —“todo valor de la vida humana protegido por el derecho”<sup>62</sup>— es reciente en la historia del derecho penal. Su contenido se ha enriquecido de forma progresiva, siempre acompañado de una continua ampliación de los efectos de la lesión del mencionado bien jurídico. La importancia de la correcta delimitación del bien jurídico en los diversos delitos, se deriva de la teoría del delito y de la vigencia, en el derecho penal contemporáneo, del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos<sup>63</sup>.

54. Gomes, *ibid.*, p. 96.

55. La corriente que entiende la obligación de la penalización, a partir de la Constitución, fue introducida en una sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, “según la cual la Constitución contiene, si no deberes absolutos de castigar, sí obligaciones relativas al uso de la amenaza penal”. Ver Toledo y Ubieto, *ibid.*, p. 21.

56. Cristina Mendez Rodríguez, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993, p. 27.

57. Jesús-María Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 275.

58. En ese sentido, Toledo y Ubieto, *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, *ibid.*, p. 29.

59. En ese sentido, Gomes, *Norma e bem jurídico no direito penal*, *ibid.*, p. 106.

60. “El bien jurídico ha sido históricamente entendido como derecho subjetivo. No obstante se trata de conceptos distintos”, ver Cobo del Rosal y Vives Antón, *Derecho penal parte general*, *ob. cit.*, p. 317.

61. José M. Zulgaldía Espinar, Esteban J. Pérez Alonso y otros, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 2002, p. 48.

62. Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón, *Derecho penal parte general*, *ob. cit.*, p. 318.

63. Andrés Martínez Arrieta, “Blanqueo de capitales. La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2001.

## Referencias bibliográficas

- Álvarez García, Francisco Javier. "Bien jurídico y constitución", en Cuadernos de Política Criminal, 1991.
- Blanco Cordero, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona, 2002.
- Borja Jiménez, Emiliano. "Funcionalismo y acción. Tres ejemplos en las contribuciones de Jakobs, Roxin y Gimbernat", en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVII. Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1993-1994.
- Capez, Fernando. *Curso de direito penal. Parte geral*. São Paulo, 2002.
- Carneiro Coelho, Yuri. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte, 2003.
- Carpio Delgado, Juana del. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*. Valencia, 1997.
- Cobo Del Rosal, Manuel; y Vives Antón, Tomás S. *Derecho penal parte general*. Valencia, 1999.
- Fabián Caparrós, Eduardo A. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid, 1998.
- Ferreira da Cunha, Maria da Conceição. *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto, 1995.
- García-Pablos de Molina, Antonio. *Criminologia. uma introdução a seus fundamentos teóricos*. São Paulo, 1992.
- García-Pablos de Molina, Antonio. *Derecho penal. Introducción*. Madrid, 2000.
- Gomes, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. Série as Ciências Criminais no Século XXI, 5, Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002.
- Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel. *El sistema funcionalista del derecho penal*. Lima, 2000.
- Jakobs, Günther. *Derecho penal. parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid, 1995.
- Méndez Rodríguez, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid, 1993.
- Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Montevideo, 2002.
- Moreno Alcázar, Miguel Ángel. *El concepto penal de incendio desde la teoría del caos. Una perspectiva sistémica de los bienes jurídicos colectivos, del peligro y de su causalidad*. Valencia, 2002.
- Muñoz Conde, Francisco. *Derecho penal y control social*. Santa Fé de Bogotá, 1999.
- Parodi Giusino, Manfredi. *I Reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*. Milano, 1990.
- Portilla Contreras, Guillermo. "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", en *Cuadernos de Política Criminal* 39. Madrid, 1989.
- Quintero Olivares, Gonzalo. *Delitos contra intereses generales o derechos sociales*. Barcelona.
- Silva Sánchez, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona, 1992.
- Terradillos Basoco, Juan. "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 63. Madrid, 1981.
- Toledo y Ubieto, Emilio Octavio de. "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1, 1990.
- Toledo y Ubieto, Emilio Octavio de. *Sobre el concepto de derecho penal*. Madrid, 1981.
- Zulgaldía Espinar, José M; Pérez Alonso, Esteban J. y otros. *Derecho penal. Parte general*. Valencia, 2002.