



Revista Estudios Socio-Jurídicos

ISSN: 0124-0579

editorial@urosario.edu.co

Universidad del Rosario

Colombia

Henao Cardona, Luis Felipe

¿El derecho penal puede y debe transformar radicalmente sus contenidos de protección?

Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 6, núm. 2, julio-diciembre, 2004, pp. 501-533

Universidad del Rosario

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73360216>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# ¿El derecho penal puede y debe transformar radicalmente sus contenidos de protección?\*



**Luis Felipe Henao Cardona\*\***

*“Sólo a la luz de la compenetración entre Derecho y realidad social (...) en un marco de garantías (...) se comprende el verdadero significado de la norma.*

R. Núñez Barbero  
(Derecho penal y política criminal)

**L**INTRODUCCIÓN

a sociedad actual se encuentra ante un nuevo proceso de incriminación,<sup>1</sup> que genera un principio de crisis en las instituciones del derecho penal en general y del concepto de bien jurídico en particular. La eterna y siempre actual antinomia entre individuo (garantías) y sociedad (prevención), genera una tensión constante en la doctrina actual sobre la legitimación y los fines del derecho penal.<sup>2</sup>



\* El presente artículo es un sencillo homenaje a mis padres, por su inmensa confianza y generosidad, y a mi maestro Jaime Lombana Villalba, quien desde mis primeros pasos universitarios motivó mi interés por la academia con su dedicación científica y docente. A todos ellos, gracias.

\*\* Doctorando en Derecho Penal, Universidad de Salamanca (España). Profesor auxiliar de Derecho Penal, Universidad del Rosario (Colombia).

<sup>1</sup> Hassemer, W., “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”. Título original “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre”, Trad. de Patricia S. Ziffer. en *Doctrina penal*, 12, abril-sept., 1989, pp. 275 y ss.

<sup>2</sup> Muñoz Conde, F., *Derecho penal y control social*, Jerez, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 124, quien expresa “Respetar los derechos del individuo, incluso del individuo delincuente, garantizando al mismo tiempo, los derechos de una sociedad que vive con miedo, a veces, real, a veces, impuesto a la criminalidad, constituye una especie de cuadratura del círculo que nadie sabe cómo resolver. La sociedad tiene derecho a proteger sus intereses más importantes, recurriendo a la pena si es necesario; el delincuente tiene derecho a ser tratado como persona y a no quedar definitivamente apartado de la sociedad, sin esperanza de poder reintegrarse a la misma”.

*Estud. Socio-Jurid., Bogotá (Colombia), 6(2): 501-533, julio-diciembre de 2004*

Esta tendencia incriminadora, que muchas veces parece decantarse a favor de la comunidad y la inmanente seguridad que exigen las sociedades postindustriales,<sup>3</sup> ha llevado a la necesidad de asumir construcciones conceptuales tan poco precisas como las que actualmente ofrecen los bienes jurídicos colectivos<sup>4</sup> y su técnica de tipificación como delitos de peligro abstracto, inseguridad que se ha traducido en edificaciones metodológicas que abogan por sustituir el concepto de bien jurídico por otros instrumentos jurídicos<sup>5</sup> que permitan un afianzamiento social dirigido a la conservación del sistema.

Estos instrumentos tienen la potencialidad de poner en tela de juicio garantías que debe respetar toda intervención penal,<sup>6</sup> cuestionando correlativamente el problema de la justificación de la pena, es decir, la legitimación de una comunidad política cualquiera de ejercitar una violencia programada sobre uno de sus miembros, hecho que lleva a plantear qué pautas deben regir al legislador en su tarea de delimitación de los contenidos que debe proteger el derecho penal.

Es imprescindible que esas pautas de delimitación nazcan de la comunidad, lo que permitirá un sistema acorde con las necesidades colectivas históricamente condicionadas de mantenimiento del



<sup>3</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2 edición, Madrid, Civitas, 2001, p. 45 y ss. explica que “uno de los rasgos más significativos de la era postindustrial es la sensación general de inseguridad”, hecho que se ha traducido en la aparición de “demandas de una ampliación de la protección penal que ponga fin al menos nominalmente, a la angustia derivada de la inseguridad”. La sociedad actual busca reducir las fronteras del riesgo permitido, convirtiéndose, en palabras del autor citado, en una sociedad pasiva, “orientada a una restricción progresiva de las esferas de actuación arriesgada”.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 51. Este autor explica el incremento de la tipificación de los delitos de peligro como la respuesta a la insatisfacción social que genera la poca prevención que se encuentra en la tipificación de los delitos imprudentes que resultan en lesión, encontrando que esta técnica legislativa no asegura las expectativas sociales porque el agente que realiza una conducta imprudente sólo será responsable jurídico penalmente si la conducta injusta se traduce en un resultado, el cual de manera inevitable es cuestión del azar, encontrando el sujeto pasivo mucho más confianza en el adelantamiento de la barrera de protección porque entiende que se generaría una motivación mayor de la sociedad al momento de desarrollar conductas imprudentes. Pero señala con razón Silva “que esta percepción de inseguridad o de ausencia de azar del sujeto pasivo (...) puede propiciar todavía más la conformación de una legislación simbólica”.

<sup>5</sup> Jakobs, Günter, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid, Thomson Civitas, 2003, p. 63; véase en este mismo sentido Jakobs, Günter, ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? Título original *Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?* (manuscrito), trad. de Manuel Cancio Meliá, Universidad Autónoma de Madrid, en *El funcionalismo en el derecho penal, libro homenaje al profesor Günter Jakobs*, Eduardo Montealegre Lynett (coord.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

<sup>6</sup> Muñoz Conde, Francisco, “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del derecho penal”, en *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats (coords.), Navarra, Aranzadi, 2001, p. 569.

orden social,<sup>7</sup> evitando construcciones conceptuales abstractas, que desdibujan la verdadera función del derecho en sociedad.

En armonía con este punto de partida me limitaré a realizar un breve análisis de la orientación dogmática funcional, examinando los postulados teóricos de Luhmann, autor que estudia la complejidad y fragmentación en múltiples subsistemas de la sociedad posmoderna, definiendo la función social del derecho y explicando por qué el mismo es necesario para estabilizar el orden social dado, estudio introductorio de vital importancia para poder abordar la teoría de Günther Jakobs y su sistema funcional normativista; posteriormente nos aproximaremos a una teoría teleológica funcional, desarrollando conjuntamente una toma de postura.

## 1. TEORÍA DE LOS SISTEMAS DE LUHMANN

La teoría de los sistemas se estructura en torno al problema que Luhmann denomina “problema de la doble contingencia”, y su solución radica en la formación de “estructuras de expectativas”.

Las estructuras de expectativas tienen como función reducir el nivel de complejidad que las sociedades posmodernas ofrecen a las personas desde una perspectiva psicológica o individual. De esta forma pretenden crear mecanismos de selección que permitan al individuo optar entre un número menor de posibilidades, organizando su conocimiento sobre el mundo, conocimiento que le servirá para predecir las interpretaciones respecto de experiencias nuevas.

Este análisis psicológico individual se traslada a la sociedad, donde explica que los demás (*alter ego*) son igualmente capaces de experiencia y acción y, por consiguiente, seleccionan guiados por sus propias expectativas, apareciendo el problema de la doble contingencia, la cual expresa que toda experiencia y acción social tienen una doble relevancia: “una en el plano inmediato de las expectativas de conducta, esto es la satisfacción o frustración de lo que uno espera del otro; y otra en la evaluación de lo que significa la con-



<sup>7</sup> Gimbernat Ordeig, citando a Nedelmann, advierte, “es preciso que la ciencia del derecho penal haga saltar su irracionalidad parcial y se convierta en una ciencia de circunstancias sociales, o —si no lo consigue— pierda su influencia en la regulación de bienes jurídicos a favor de ciencias más ajustadas a la realidad”. Cfr. Gimbernat Ordeig, E., ¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?, en *Estudios de derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 141.

ducta propia para las expectativas ajenas. En la integración de ambos planos debe buscarse la función del derecho.”<sup>8</sup>

La frustración de expectativas, esto es, la no coincidencia de lo esperado y lo acontecido, lleva a la sociedad a canalizar estas frustraciones por medio de instrumentos que permitan mantener la estructura, finalidad que se alcanza ya sea adaptando cognitivamente la expectativa frustrada a las nuevas exigencias (expectativas cognitivas) o rechazando ese aprendizaje, pretendiendo el refuerzo y mantenimiento de la expectativa (expectativa normativa).

A este segundo mecanismo responde el concepto de norma que Luhmann define como “expectativas de conductas estabilizadas contrafácticamente”,<sup>9</sup> de acuerdo con esto la norma tiene como función disminuir el nivel de complejidad, asegurando al individuo una orientación positiva del futuro, que privilegie sus expectativas.

Las expectativas normativas descansan en la seguridad y el mantenimiento del sistema,<sup>10</sup> por ello el propio sistema ha de incluir la forma de superación de las frustraciones con el propósito de que el asociado pueda superar la conducta discrepante sin cuestionar la norma; la forma más contundente de asegurar dicha expectativa es la sanción.

Esta relación dinámica norma-sanción se fundamenta en que el derecho, en cuanto válido, puede ser exigido. La efectividad de la sanción reposa en el mantenimiento como posibilidad real, más que en su real aplicación, “las normas para las que no puede contemplarse una posibilidad de coercibilidad y que tampoco sirvan como premisas de prescripciones de conductas coercibles pierden su carácter normativo”.<sup>11</sup> Es así como la coercibilidad es un ele-



<sup>8</sup> Soto Navarro, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Comares, 2003, pp. 7 y ss.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 10; este término lo acoge Jakobs, Günter, *Manual de derecho penal. Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 10. “A una expectativa normativa no se ha de renunciar ni siquiera en casos de decepción, sino que ésta puede mantenerse (contrafácticamente), si como fallo decisivo no se define la expectativa del decepcionado, sino la infracción de la norma por parte del que decepciona”.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 13. “La pena —como infracción de la norma— (...) es la significación del comportamiento infractor no es determinable y que lo determinable sigue siendo la norma. Se demuestra así que el autor no se ha organizado correctamente: se le priva de los medios de organización. Esta réplica ante la infracción de la norma, ejecutada a costa de su infractor, es la pena”.

<sup>11</sup> Citado por Giménez Alcover, P., *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Barcelona, Bosch, 1993, p. 253.

mento fundamental del derecho moderno, que responde a su especificación funcional, que es la interiorización de expectativas normativas y la disminución del riesgo de disfuncionalidad en la sociedad,<sup>12</sup> cuando se coloque en peligro la comunicación.

Lo anterior explica el porqué Luhmann acoge la teoría autopoiética o de los sistemas autorreferenciales,<sup>13</sup> y la estudia desde los sistemas sociales, concluyendo que la sociedad no está formada por personas, sino que es “un sistema de comunicación que integra selectivamente el potencial físico-químico-orgánico-psíquico de la humanidad y posee su propia realidad potencial y su autonomía sistémica”.<sup>14</sup>

Lo expuesto significa que los sistemas no sólo se auto-organizan, sino que autoconstituyen sus elementos como unidades funcionales. Por tanto, la unidad no es previa al sistema, sino que éste la establece, siendo la unidad funcional en la sociedad la comunicación, y los individuos en cuanto medio psíquico, el ambiente que hace posible la sociedad.<sup>15</sup>

Sobre esta base la teoría de la autopoiesis se convierte en una teoría epistemológica aplicable al análisis del sistema jurídico, el cual lo revela como un subsistema cerrado que encuentra su justificación en el perfeccionamiento de su función social, para el caso en concreto es la congruente generalización de expectativas normativas, las cuales deben disminuir el riesgo de frustración.<sup>16</sup>



<sup>12</sup> En este mismo sentido Jakobs, *op. cit.*, p. 51. “Dicho de otro modo: el autor afirma que el contenido comunicativo de su comportamiento es válido para ulteriores comunicaciones, pero la puncción pone en claro que no es así. En un ejemplo: el homicida declara a través de su hecho –*sit venia verbo*– que matar es aceptable en sociedad, pero la pena significa que eso no es así”.

<sup>13</sup> Maturana, H., “Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit, Braunschweig-Wiesbaden”, 1985, p. 55, citado por Soto Navarro, *op. cit.*, p. 17. “Esta teoría es desarrollada en el campo de la neurofisiología por Maturana y Varela, de acuerdo con su investigación, la autopoiesis se refiere a la organización circular de los sistemas vivos que hace posible la estabilidad e identidad del organismo, pero no a la estructura, esto es a su concreta forma espacio-temporal, que es ‘plástica’ “ y le permite interactuar con otros sistemas vivos y con el ambiente”.

<sup>14</sup> Luhmann, N. S. H. Pfürtner (eds.), *Theorietechnik und Moral*, Frankfurt a M., 1978, p. 31, citado por Soto Navarro, *op. cit.*, p. 18.

<sup>15</sup> García Amado, J. A., “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, *Doxa*, No. 23, 2000.

<sup>16</sup> En este mismo sentido, Soto Navarro señala de forma acertada y receptiva que “ El funcionalismo se presenta como un método empírico-sociológico, que describe al ser de la sociedad moderna, sin ofrecer pautas valorativas con potencial crítico. (...) Uno de los aspectos más originales de la teoría sistémica de Luhmann es el concepto de comunicación, como unidad básica sobre el cual se constituyen los sistemas sociales, a diferencia de la epistemología social que desde, Hobbes a Kant, adoptó el punto de vista de la conciencia individual. Para que el individuo pueda determinarse y entenderse a sí mismo necesita interactuar socialmente, pues de lo contrario no se produciría más que un cúmulo causal de individuos reclusos en sus respectivas percepciones y carentes de elementos en común sobre los que construir un conocimiento del mundo/ambiente. De ahí que la teoría de los sistemas no

El planteamiento de un sistema cerrado y de rechazo al entorno la configura como una teoría totalmente conservadora<sup>17</sup> en sus postulados, albergando una gran capacidad de adaptar y legitimar los poderes vigentes sin importar el carácter ideológico y social al que éstas se autorrefieran.

En este sentido se manifiesta García Cotarelo cuando afirma críticamente que “la idea principal de la teoría de los sistemas es unir el cambio con un mecanismo autorregulado, esto es, la teoría acepta el cambio en la medida en que contribuye a determinar la identidad social. Lo que implica que el cambio se utiliza como medio para preservar el inmovilismo”.<sup>18</sup>

En este mismo sentido Silva Sánchez manifiesta: “ello por lo demás, nos sitúa ante otra posible objeción contra estas propuestas, a saber, que expresan una concepción estática del bien jurídico (lo funcional a una determinada sociedad)”.<sup>19</sup>

Lo anterior no es óbice para no reconocer el gran aporte que realizó Luhmann, por el contrario, definir que los efectos lesivos repercuten sobre las condiciones de existencia y desarrollo de un sistema social es una construcción metodológica sólida pero que, a nuestro entender, sólo tiene la potencialidad de demostrar que existe una gran complejidad social y que la norma debe tener como función primordial disminuir esa complejidad, ofreciendo al asociado la seguridad en el mantenimiento del sistema social, pero desafortunadamente no se preocupa por encontrar un referente material que nos enseñe cuándo una norma es legítima, lo cual genera induda-



se ocupe en primera línea de las expectativas del individuo, como sistema psíquico, sino de las condiciones de interacción entre la pluralidad de individuos, esto es, para la coordinación de expectativas, de modo que sea posible la convivencia social organizada.” Cfr. Soto Navarro, *La protección penal*, op cit., p. 252

<sup>17</sup> Gouldner A., *La crisis de la sociología occidental*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1979, afirma: “creo también que el funcionalismo es afín a formas socialistas de individualización en un cierto nivel de desarrollo. Cuando afirmo que el funcionalismo no es intrínsecamente procapitalista, no quiero decir sin embargo, que no sea conservador ni radical. Sostengo en realidad, que es precisamente su propia adaptabilidad al capitalismo y al socialismo (en ciertos niveles de desarrollo) lo que le da un carácter esencialmente conservador”, citado por Hormazábal Malarée, H., *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho, el objeto protegido por la norma penal*, Barcelona, PPU, 1991, p. 99; en igual sentido Silva Sánchez, *La expansión...* op. cit., p. 269: “...la alusión exclusiva a la disfuncionalidad social encierra el peligro, de raíz totalitaria, de atender a las necesidades del conjunto social, olvidando al individuo”.

<sup>18</sup> García Cotarelo, R., *Crítica a la teoría de los sistemas*, Madrid, 1979, p. 70.

<sup>19</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch Editor, 2002, p. 269.

*Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 6(2): 501-533, julio-diciembre de 2004*

blemente una nueva visión en la intervención punitiva, creando un conflicto irresoluble entre sistema-individuo, que alberga la potencialidad de saldarse conculcando garantías al asociado.

## 2. TEORÍA SISTÉMICA EN JAKOBS

Este importante autor alemán encuentra los principios fundamentales de su obra en la teoría social de Luhmann,<sup>20</sup> concibiendo el derecho penal como un subsistema que tiene como finalidad la estabilización social, la orientación de las acciones y la institucionalización de las expectativas.<sup>21, 22</sup>

Al estudiar los fines de la pena Jakobs acoge una teoría “preventivo-general positiva”<sup>23</sup> y con base en este punto de partida concluye que lo decisivo es la protección de la vigencia de la norma,<sup>24</sup> donde lo relevante para la sociedad no es la lesión externa de una situación valiosa (v. gr. la propiedad, el orden económico), si no el significado de la conducta, que comunica al sistema la defraudación de un expectativa normativa<sup>25</sup> que, de no sancionarse, concurriría en una contradicción al modelo de orientación.<sup>26</sup>

Esta estructura normativista excluye el reconocimiento de determinados bienes sociales como objeto de protección del derecho penal,<sup>27</sup> señalando que “la pena no asegura bienes jurídicos y menos aún los repara, sino que asegura la vigencia de la norma”.<sup>28</sup> Consecuentemente, la pena pretende restablecer la confianza de los



<sup>20</sup> Jakobs, Günter, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid, Civitas, 1996, p. 16, haciendo hincapié en que el autor puntualiza que existen importantes diferencias entre su concepción y la de Luhmann.

<sup>21</sup> Jakobs, *Sobre la normativización...*, op. cit., p. 49.

<sup>22</sup> En Colombia acogen los lineamientos sistemáticos normativos del profesor Günter Jakobs, Eduardo Montealegre Lynett, Yesid Reyes Alvarado, Francisco Bernate Ochoa, entre otros.

<sup>23</sup> Jakobs, *Manual de derecho penal...*, op. cit., p. 8 y ss, al señalar: “La pena siempre es reacción ante la infracción de la norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse una norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma”, en igual sentido, Jakobs, *Sobre la normativización...*, op. cit., p. 47, sostiene: “El hecho significa una rebelión contra la norma, y la pena rechaza esa rebelión; al mismo tiempo, mediante el dolor que aquella infringe, se elimina el riesgo de una erosión general de la vigencia de la norma: esto se llama prevención general positiva”.

<sup>24</sup> Jakobs, *Manual derecho penal...*, op. cit., pp. 8 y ss.

<sup>25</sup> Montealegre Lynett, E., “Estudio introductorio a la obra de Gunter Jakobs”, en *El funcionalismo en el derecho penal...*, op. cit., p. 26.

<sup>26</sup> Jakobs, *Manual derecho penal...*, op. cit., p. 10.

<sup>27</sup> Mir Puig, Santiago, “Sociedad, norma y persona en Jakobs”, en revista *Derecho penal contemporáneo*, No. 2, Legis, enero-marzo, 2002.

<sup>28</sup> Jakobs, *Sobre la normativización...*, op. cit., pp. 59 y ss.

miembros de la sociedad, ejercitándoles en el reconocimiento y fidelidad de la norma.<sup>29</sup>

Por consiguiente, Jakobs niega la existencia de bienes previos al derecho penal,<sup>30</sup> señalando que lo que se protege es la expectativa garantizada, la cual confirma la identidad normativa de la sociedad a través de la comunicación como medio funcional creado por el sistema.

Retornando a Luhmann, entiendo que la unidad funcional en la sociedad es la comunicación, y lo que hace la norma es crear procesos de comunicación que pretenden confirmar las expectativas de los individuos mermando la complejidad del sistema. Esta elaboración científica necesariamente desemboca en un sistema eminentemente formal, donde el derecho penal sólo pretende la estabilización de la normas, sin dotarlas de un elemento material que permita al individuo examinar la legitimidad de las mismas.<sup>31</sup>

De acuerdo con lo señalado, en una sociedad funcional las expectativas cognitivas son la excepción, siendo el cambio lo que protegería las expectativas normativas que conducen a un sistema cerrado<sup>32</sup> y estático, donde no hay intercambio directo entre el sistema jurídico



<sup>29</sup> Jakobs, *Sociedad norma y persona...*, op. cit., p. 11.

<sup>30</sup> Como expresa Bustos con acierto, Jakobs lleva hasta las últimas consecuencias los postulados finalistas expuestos por su maestro Welsen quien defendía un criterio preventivo general, en el cual la función de la norma es motivar a los ciudadanos en la protección de los valores ético-sociales y, de forma accesoria, los bienes jurídicos que se deriven de los mismos, adelantando de forma coherente la punibilidad al sólo desvalor de acto.

Pero ciertamente tampoco se puede pasar por alto que Welzel pone un límite, en cuanto reconoce que esos valores éticos sociales surgen desde los bienes jurídicos y por tanto en referencia ineludible a ellos, y en que la pena conforme al retribucionismo se medirá por la importancia del valor ético social y la gravedad de su afección.

Jakobs, al asumir una posición más radical, plantea que las normas motivan a integrar a las personas en el deber, si no lo hacen van a ser infieles a éste, en cuanto ellas son parte del sistema, más allá del sistema sólo la nada, el vacío. Si en Welzel había la posibilidad de un límite, en Jakobs ya no existe, pues la medida político criminal estará simplemente en la motivación al deber de integración al sistema; quizá el único límite será la coherencia y racionalidad del propio sistema, aunque es dudoso que pueda darse un sistema fundamentalmente coherente y racional si partimos negando la legitimidad de éste. Cfr Bustos Ramírez, Juan, *Política criminal y Estado*, en [www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista](http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista)

<sup>31</sup> Shünemann, B., *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, trad. Manuel Cancio Melia, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 46 y ss. "El método puramente normativista de Jakobs (...) se remite para la interpretación de los conceptos exclusivamente a la funcionalidad sistemática en relación con el sistema que en cada momento se utilice como derecho positivo. A mi juicio, este método conduce en última instancia, al establecimiento de toda una serie de argumentaciones circulares, detrás de cuya fachada las verdaderas decisiones son las tomadas de modo puramente decisionista".

<sup>32</sup> Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1972, p. 35, "un sistema cerrado (...) obstruye el camino para la solución de nuestro problema: aparta a la dogmática, por un lado, de las decisiones valorativas político criminales, y por otro, la incomunica de la realidad social, en lugar de dejarle abierto el camino a ella".

y el resto de los subsistemas sociales, determinándose lo funcional o disfuncional a partir de un sistema social existente, renunciando a tomar en consideración valores sociales que caracterizan dicho sistema.<sup>33</sup>

La gran influencia de la teoría de los sistemas de Luhmann se ha traducido en Jakobs en una doble funcionalización de su teoría, en ella las categorías del sistema aparecen en primer lugar funcionalizadas desde las perspectivas de los fines del derecho penal, y éstos a su vez aparecen monopolizados por una prevención-integración, entendida en clave estrictamente funcional-sistémica.<sup>34</sup>

Si bien comparto el punto de partida de Jakobs, en el que las categorías del sistema tienen que dirigirse a cumplir los fines del derecho penal, esto es, resolver los conflictos sociales, no comparto la no admisión de límites externos a la prevención, toda vez que se genera una absolutización del criterio funcional, renunciando de modo decisivo a los valores y principios de garantía en función de la estabilización del sistema.<sup>35</sup>

Lo anterior me lleva a compartir con Zúñiga Rodríguez<sup>36</sup> que el funcionalismo radical conlleva a una falacia normativista, “pretender fundamentar el ‘deber ser’ en el ser, es decir, cae en un voluntarismo científico sosteniendo que aquello que la intervención penal debe ser, es aquello que sucede en la realidad del ser”.

El compartir que los fines del derecho penal tengan su origen en la sociedad no nos puede llevar a desconocer que nuestros sistemas sociales son imperfectos, caracterizándose más por sus falencias que por sus virtudes, lo que lleva a la teoría normativista a alejarse de la realidad empírica,<sup>37</sup> construyendo una sociedad abstracta que en el momento de concretizar sus postulados se aleja de las necesi-



<sup>33</sup> Roxin, Claus, “El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo”, en *Doctrina penal*, 1979, p. 509, “...si se convierten en norte de la legislación penal las condiciones de existencia del sistema social, se abandona el eje liberal de la teoría del bien jurídico y su procedencia del individuo. La muerte o la ignominia de seres humanos considerados superfluos, molestos o caídos en desgracia, tal como nos enseña la historia, puede ser funcional al sistema”.

<sup>34</sup> Silva Sánchez, Jesús María, “Política criminal en la dogmática: algunas consideraciones sobre contenidos y límites”, incluido como anexo en Roxin, Claus, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, trads. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 110.

<sup>35</sup> Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal...*, op. cit., pp. 69 y ss.

<sup>36</sup> Zúñiga Rodríguez, Laura, *Política criminal*, Madrid, Colex, 2001, p. 120.

<sup>37</sup> Este sistema, aunque tiene una gran coherencia interna entre sus postulados, no deja de ser un sistema cerrado, hermético a la realidad social, que confunde el deber ser con el ser de forma clara. Es

dades reales de la comunidad destinataria de la norma, por lo cual no puede servir de modelo ideal.<sup>38</sup>

La crítica más contundente a la que conduce esta concepción epistemológica, es que al aplicarla caemos de nuevo en un sistema neopositivista. El derecho es considerado como un subsistema hermético cuya validez no puede ser cuestionada,<sup>39</sup> no permitiendo al ciudadano discutir la legitimidad de las instituciones que se le obligan a compartir.<sup>40</sup>

Se invierte de esta forma la relación persona-Estado, ya no se trata de las garantías de aquélla frente a éste, sino de recalcar y acentuar la subordinación de la persona frente al Estado, la pérdida de su autonomía y, al mismo tiempo, ya no se trata de la violencia mínima necesaria, sino de la violencia adecuada para someter o integrar, adelantando de forma coherente pero peligrosa la



mejor aterrizamos a la idea de que el objeto de estudio del derecho penal es la sociedad y ésta no es más que una vía llena de dificultades en su manejo, dificultades que muchas veces son imprevisibles y que pueden nacer constantemente, y a partir de ahí pretender realizar una construcción metodológica, en vez de enfrentarnos a la conducción de esta misma vía bajo los presupuestos de que la misma es perfecta, y que el conductor no se va a encontrar ni siquiera con una dificultad. Este desfase del punto de partida conlleva, en mi concepto, a una total idealización del sistema de Jakobs que nunca será aplicable a sociedades en desarrollo, por lo menos en la colombiana.

<sup>38</sup> En sentido contrario se manifiesta Bernate Ochoa, Francisco, "La legitimidad del derecho penal", en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Universidad del Rosario, abril de 2004, cuando señala, "estas posturas sí se ocupan del problema de la legitimación del derecho penal buscando la misma en referentes no jurídicos, específicamente sociológicos, solución acertada a nuestro juicio". Postura de la que con respeto me alejo, porque el no definir racionalmente las características del sistema social hacia el cual se funcionaliza, conlleva el peligro de que su teoría sea aplicable a cualquier sistema, hecho que tiene la potencialidad de relativizar las garantías inherentes que deben limitar el *ius puniendi*, desconociendo correlativamente que las sociedades posindustrializadas han consagrado los derechos fundamentales formales en las cartas constitucionales, lo que conlleva al reconocimiento de que la sociedad deba orientarse a la realización plena de la dimensión de la democracia, esto es la vigencia material de los derechos fundamentales reconocidos. El acoger la postura propuesta da un claro límite al legislador restringiendo sus decisiones y disminuyendo el peligro de caer en un sistema decisionista, con el agravante de que sí se pretende la estabilización de la norma y con ésta se busca un consenso social, se legitimaría la intervención punitiva para sancionar el disenso, cerrando el sistema la posibilidad de que el individuo tenga la facultad de criticar las normas que lo rigen.

<sup>39</sup> Muñoz Conde, Francisco, *La norma jurídico penal*, 1985, p. 26, señala: "la teoría sistémica representa una descripción, aséptica y tecnocrática, del modo del funcionamiento del sistema, pero no una valoración y mucho menos una crítica al sistema mismo".

<sup>40</sup> Terradillos Basoco, J., "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 de Madrid*, No. 63, 1981, p. 135, "la funcionalidad no se puede fijar prescindiendo de consideraciones teleológicas; se es funcional respecto a ciertas reglas y a ciertos objetivos, y la discrepancia se castiga penalmente. Los riesgos de criminalización de amplias minorías, y no sólo de subordinación del individuo, son, pues, evidentes, como evidente es la tendencia, sólo controlable acudiendo a instancias ajenas al derecho penal, a la transformación de éste en un mero instrumento de consolidación de un orden dado. Los criterios metajurídicos de daño o perjuicio social son, en definitiva, fijados por el poder, con lo que conducta dañosa va a ser lo mismo que conducta sancionada, y así se burla el propósito inicial de una definición material de delito".

*Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 6(2): 501-533, julio-diciembre de 2004*

punibilidad de conductas al sólo desvalor de acción, generando una extravaloración de la actitud interna o disposición de ánimo.

### 3. SISTEMA TELEOLÓGICO GARANTISTA

La teoría del delito es una construcción metodológica que interpreta hechos humanos atribuyéndoles a los mismos un sentido concreto, siendo claro que la misma tiene que servirse de valores que le sean útiles para la atribución de sentido al hecho analizado: no se puede olvidar que el *hecho* es un fenómeno histórico, ya pasado, y su dimensión de sentido tiene la potencialidad de ir mutando con el paso del tiempo: la propia historia en tanto que “ciencia interpretativa” enseña cómo hechos pasados son vistos de modo muy diverso con el paso del tiempo.<sup>41</sup>

Si el hecho, por definición no sufre cambios, su dimensión comunicativa —su carácter delictivo— sí los puede experimentar.<sup>42</sup> Esto significa que la virtualidad delictiva del hecho es dinámica y dependiente de las necesidades y valores que una comunidad pretenda privilegiar en un espacio de tiempo establecido. Precisamente por eso es difícil rechazar que la teoría del delito haya de tener una fuerte dimensión teleológica,<sup>43</sup> lo que obliga a racionalizar la intervención del derecho penal con base en un sistema que se preocupe por detectar cuáles son los valores que imprimen sentido a cada categoría y qué finalidades persiguen los mismos.

Es por esto que, cuando se concibe la función del derecho penal en la resolución de los conflictos sociales<sup>44</sup> más graves, se entiende que los presupuestos metodológicos de la construcción del sistema

<sup>41</sup> Silva Sánchez, Jesús María, Introducción: *Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito*. op. cit., p. 20. En igual sentido Hormazábal Malarée, H., *Bien jurídico y Estado Social...*, op. cit., p. 151. “...Hay que resaltar 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 período determinado.”

<sup>42</sup> *Ibid.*, pp. 20-21.

<sup>43</sup> *Idem.*

<sup>44</sup> Hassemer, Winfred, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, trads. Francisco Muñoz Conde y Ma. del Mar Pita, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 36 y ss. señala: “El derecho penal tiene también que recuperar su credibilidad y su prestigio ante los ciudadanos, a los que no debe engañar con falsas promesas. Ello supone que continúe y se intensifique la investigación de los supuestos reales de la intervención jurídico penal, y significa que no se pretendan consecuencias que no pueden ser constatadas y que en los programas de decisión se tengan en cuenta las consecuencias accesorias desfavorables. Un derecho penal legitimado por las consecuencias no puede sustraerse a la legitimación. En mi opinión un derecho penal que no utiliza el concepto de consecuencia como una simple estrategia simbólica, sino que lo elabora metodológicamente y de modo más honesto posible, vuelve en muchos ámbitos a la legitimación *input*.”

no pueden ser abstractos ni contruidos para una sociedad ideal y que, por tanto, se deben aterrizar a la realidad.<sup>45</sup> Con ello se pretende una aplicación racional del sistema punitivo<sup>46</sup> que introduzca en la elaboración conceptual y sistemática las finalidades político-criminales que se persiguen con el sistema jurídico-penal.<sup>47</sup>

Por tanto, el sistema debe ser abierto<sup>48</sup> a consideraciones axiológicas, cuya característica fundamental reside en que el conocimiento existente se dispone en un orden removible en cualquier momento, condición que no lo lleva a renunciar a las pretensiones de orden lógico y a asegurar la demanda de no contradicción entre los diversos enunciados que se integran al mismo,<sup>49</sup> permitiendo superar el inmovilismo del tradicional sistema cerrado de raigambre lógico-formal<sup>50</sup> para sustituirlo por un sistema permeable a las valoraciones,<sup>51</sup> resolviendo con dinamismo las necesidades del individuo en sociedad.



<sup>45</sup> Shünemann, Berd, "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", en *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Trad. de Silva Sánchez, Madrid, 1991, pp. 35-36. "En lugar de un sistema axiomático, ni realizable ni deseable, en la ciencia del Derecho debe darse, por tanto, un 'sistema abierto', de modo que el sistema no obstaculice el desarrollo social y jurídico, sino que favorezca o, al menos, se adapte a él; de modo que no prejuzgue las cuestiones jurídicas aún no resueltas, sino que las canalice para que se planteen en los términos correctos".

<sup>46</sup> Valle Muñoz, José Manuel, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, Barcelona, PPU, 1994, p. 19.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>48</sup> Shünemann, *op. cit.*, p. 43, donde el autor señala: "la opción por un 'sistema abierto del Derecho penal' implica, por un lado, que el conocimiento existente se dispone en un orden removible en cualquier momento; y por otro, que los casos y problemas todavía no advertidos no se juzgarán sin reparos por el mismo raser, sino que siempre habrá ocasión para modificar el sistema dado". Un sistema así concebido tiene entonces la misión de ordenar y conservar "los conocimientos alcanzados de modo seguro tras el debate científico" pero siempre permanece abierto a modificaciones originadas en "la aparición de nuevas soluciones a los problemas o de nuevos conocimientos materiales."

<sup>49</sup> Tamarit Sumalla, José, "Fundamentos y orientación de un sistema penal teleológico-garantista", en *Revista actualidad jurídica*, Aranzadi, año 5, 2001, p. 38.

<sup>50</sup> Silva Sánchez, Jesús María, "Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito", en *El sistema integral del derecho penal*, VV.AA, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 19, al preguntarse este autor si existe déficit en la sistematización, sostiene: "Si, por un lado, la teoría del delito puede pecar de cierto 'sistematicismo', por otro puede advertirse que presenta déficits de sistematización. En unos tiempos en que el pensamiento sistemático (...), parece no gozar del prestigio de antaño, puede sorprender la objeción de que la teoría del delito resulta insuficientemente 'sistemática'. Se diría que el problema (...) es justamente el contrario: la excesiva rigidez del sistema tradicional del delito. Sin embargo, lo que se quiere indicar con aquella expresión es que la teoría del delito no ha logrado extender la sistematización que postula al total de los presupuestos de la imposición de la pena."

<sup>51</sup> Lorenzo Copello, Patricia, "El enfoque teleológico funcional en el sistema del delito", en *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñoz*, Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats (coords.), Navarra, Aranzadi, 2001, p. 438.

Por consiguiente, es imprescindible identificar una serie de principios o valores<sup>52</sup> rectores que orienten las finalidades político-criminales del sistema,<sup>53</sup> proyectando en cada presupuesto del hecho punible la carga axiológica a la que responde su función. Pues si la solución sistemática correcta aparece como resultado de una valoración preestablecida,<sup>54</sup> se garantiza de antemano la coherencia entre la consecuencia sistemática y la pretendida corrección material.<sup>55</sup>

Este sistema no puede descansar sólo en reconocer que los fines del derecho penal se agotan en el interés de disminuir la violencia social extrapenal,<sup>56</sup> extendiéndose, por el contrario, a la contención de la violencia emanante del propio ejercicio del poder punitivo del Estado.<sup>57</sup>

La pena no sirve únicamente para prevenir injustos delitos, sino también injustos castigos,<sup>58</sup> y el derecho penal aparece legitimado en la medida en que tenga por objeto la minimización de la violencia en la sociedad. El planteamiento que engloba en un sistema los bienes jurídicos que deben ser protegidos por el derecho penal y la función de encauzamiento del ejercicio de la violencia estatal por medio de las garantías aseguradoras del respeto de los derechos in-



<sup>52</sup> Diez Ripollés, J. L., *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Valencia, 1990, pp. 22-23, "...nadie duda que existe un nivel valorativo previo en el que el legislador decide cuáles han de ser las conductas penadas y las que no, incluso en el que decide cuáles han de ser los principios básicos que van a dar lugar a un análisis controlado de la realización o no de esas conductas, germen de lo que comenzará siendo una teoría de la argumentación jurídico-penal y en último término origen de la teoría jurídica del delito", citado por Valle Muñiz, *El elemento subjetivo...*, op. cit., p. 22.

<sup>53</sup> Zúñiga Rodríguez, *Política criminal*, op. cit., p. 31, donde señala: "Asistimos en el ámbito del saber de las ciencias sociales y del método jurídico al triunfo del *funcionalismo*, entendido de manera amplia como la corriente del pensamiento que orienta el pensamiento hacia los fines sociales de integración y consenso. En el ámbito de estudio y contención de la criminalidad, ello significa para el saber criminológico el dominio de las tesis de la prevención de la delincuencia y para el saber penal el éxito de las corrientes teleológico-funcionalistas. Según esta orientación del pensamiento, el sistema penal se encuentra determinado por el fin de prevención, que constituye el valor rector del razonamiento sistemático y que permite aclarar el relativismo axiológico en funciones sociales."

<sup>54</sup> Rudolphi, Hans Joachim, "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico", trad. de Enrique Bacigalupo, *Nuevo pensamiento penal*, año 4, Buenos Aires, 1975, p. 338.

<sup>55</sup> Roxin, Claus, *Política criminal y estructura del delito*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, Barcelona, PPU, 1992, pp. 42 y ss. Es necesario partir, al igual que Roxin, que de todo "problema dogmático cuya solución no tiene influencia en la punibilidad, pueden y deben ser dejados de lado", siendo necesario que "los conceptos jurídicos de la parte general tienen que ser determinados desde sus consecuencias jurídicas y su concepción sistémica tiene que originarse en criterios directrices político criminales".

<sup>56</sup> Laurenzo Copello, *El enfoque teleológico...*, op. cit., p. 443.

<sup>57</sup> Tamarit Sumalla, José, "Fundamentos y orientación de un sistema penal teleológico- garantista", op. cit., p. 38.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 49.

dividuales;<sup>59</sup> es por esta razón que acojo el planteamiento de Luzón Peña cuando señala "... el derecho penal cumplirá una función protectora de libertades y legítimos intereses de los individuos en sociedad, es decir, su correcta y legítima prevención de protección mediante la prevención"<sup>60</sup>

De acuerdo con lo expresado comparto el funcionalismo valorativo impulsado por Roxin<sup>61</sup> quien concibe el derecho penal como una estructura donde los actores se proponen fines acordes con un sistema compartido de valores y normas, toda vez que, como explica Mir Puig, "si estos valores son rechazables, lo será también el derecho penal en que se manifiesten. Nuestra sociedad admite los valores de un Estado social y democrático de derecho".<sup>62</sup>

### **3.1 Concepción del bien jurídico en el sistema metodológico planteado**

En armonía con lo expuesto, la construcción dogmática debe fundamentarse con arreglo a objetivos político-criminales, vinculados a los valores superiores esencialmente consagrados en la Constitución, lo que significa que la evolución del sistema desarrolla necesariamente las garantías, las cuales deben ser la propiedad que se proyecte en los distintos conceptos dogmáticos a fin de que éstos respondan a un ideal de equilibrio<sup>63</sup> entre la necesidad de prevención y los límites a los que debe estar sometida la misma.

Por consiguiente, el derecho penal debe señalar que es funcional o disfuncional atendiendo a las condiciones que son necesarias para

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>60</sup> Advierte de forma afortunada el Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Alcalá, que el concepto el concepto de control social, como función del derecho penal es un concepto ambiguo y peligroso en un Estado democrático, explicando que con el mismo se corre el riesgo de mantener una concepción acrítica y legitimadora de cualquier forma de actuación penal, como método de control social de la desviación, lo que no es aceptable. Por lo cual señala "...cuando en una sociedad democrática – con sus correspondientes mecanismos de representación de los diversos sectores sociales y de control del poder, incluyendo el poder punitivo- El Derecho penal interviene en la mayoría de los casos intentando prevenir y luchar contra delitos cuya calificación como tales está materialmente justificada, es decir, contra graves ataques a las condiciones básicas para la convivencia de los ciudadanos o de su conjunto." Cfr. Luzón Peña, D.M., *Curso de derecho penal, parte general I*, Madrid, Ed. Universitas, 1996, pp. 71.

<sup>61</sup> Roxin, Claus, *Política criminal...*, *op. cit.*, p. 33, "el camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar decisiones valorativas político-criminales en el sistema del derecho penal, en que su fundamentación legal, su claridad y legitimación, su combinación libre de contradicciones y sus efectos no estén por debajo de las aportaciones del sistema positivista formal proveniente de Liszt".

<sup>62</sup> Mir Puig, Santiago, "Sociedad, norma y persona", en Jakobs, *op. cit.*, p. 133.

<sup>63</sup> Tamariit, *op. cit.*, p. 46.

el desarrollo del individuo<sup>64</sup> y el mantenimiento de la sociedad<sup>65</sup>, acogiendo como guía de ruta los valores plasmados en el contrato social<sup>66</sup> valores que deben situarse en el modelo de Estado que la evolución del pensamiento político y el consenso social han expresado en la Constitución,<sup>67</sup> dando un importante sustrato penal al sistema social en que se desarrollan,<sup>68</sup> sin olvidar que esta construcción social tiene fundamento sólo en la medida en que se corresponde con los intereses de la vida humana en sociedad.<sup>69</sup>

Lo que nos lleva de vuelta a Roxin cuando enseña: “Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante político-criminalmente, sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo”,<sup>70</sup> siendo los bienes jurídicos “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”.<sup>71</sup>



<sup>64</sup> Zúñiga, *Política criminal*, op. cit., p. 24, señala: “el fin general en que se enmarca toda Política Criminal tendrá que ser necesariamente el modelo de Estado personalista de realización positiva de los derechos fundamentales y limitado negativamente por el respeto de los mismos por encima de cualquier interés general”. Desde esta perspectiva, el bien jurídico es sin lugar a dudas el lugar de encuentro donde convergen la dogmática y la política criminal.

<sup>65</sup> Luzón Peña, *Curso de derecho penal, parte general*, op. cit., p. 327, en igual sentido véase Bustos Ramírez, *Política Criminal e injusto*, op. cit., p. 166, quien expresa de forma afortunada la necesidad de buscar las raíces del bien jurídico en las relaciones sociales señalando: “el estudio del hombre en cuanto ente social y su actuación dentro de una realidad social determinada, luego a la concreción, a la inducción, a la constante interacción del hombre y su medio, a la determinación de las estructuras sociales. A señalar entonces que lo que le interesa proteger al derecho son las relaciones sociales determinadas, y, por tanto, las posiciones que en ellas tienen los individuos y su indeterminación como objetos y entes con las interacciones consecuenciales que surgen entre ellos. (...) Lo que interesa salvaguardar entonces son las relaciones sociales mismas, la posición concreta que en ella ocupan los individuos, su intermediación con objetos y entes, y sus transformaciones por la interacción social. Los bienes jurídicos lo que hacen es plasmar ese complejo social que interesa proteger”.

<sup>66</sup> Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad*, op. cit., pp. 44 y ss, señala: “En el contrato social las partes contratantes, obligadas a vivir en sociedad, renuncian a una parte de su libertad natural, consiguiendo así que la libertad de todos quede garantizada. La libertad y la reciprocidad de esta renuncia a la libertad son los elementos propios de este contrato social. Sin su equilibrio el modelo teórico democrático degenera en el dominio de uno sobre otros”.

<sup>67</sup> Luzón Peña, *Curso de derecho penal parte general*, op. cit., p. 88, señala: “no se puede separar el ‘fundamento funcional’ del ‘fundamento político (constitucional)’ del *Ius Puniendi* (aspecto que destacan Canallies o Mir)...”.

<sup>68</sup> Roxin, Claus, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, trad. de Carmen Gómez Rivero, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 70. “Conforme a la situación jurídica y constitucional actual la política criminal no tiene por objeto la lucha contra la criminalidad a cualquier precio, sino la lucha contra el delito en un marco de un Estado de Derecho.”

<sup>69</sup> Hassemer, “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, op. cit., p. 281.

<sup>70</sup> Roxin, *Derecho penal...*, op. cit., p. 55.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 56.

Esta concepción democrática plantea que el Estado no debe convertirse en un fin en sí mismo,<sup>72</sup> sino que el poder estatal debe estar al servicio del ser humano<sup>73</sup> y la humanidad, tomando al ser humano en su triple condición de individuo, ser social y eslabón de la cadena generacional,<sup>74</sup> protegiendo de forma consecuente como lo advierte Luzón Peña todas aquellas condiciones básicas para el funcionamiento del sistema social y para el desarrollo y participación del individuo en dicho sistema.<sup>75</sup>

De esta forma se revitalizan los postulados de Von Liszt que, como sostiene el profesor Berdugo,<sup>76</sup> “propugnaba el bien jurídico como un bien de los hombres, que ya es valorado y determinado por tanto su contenido en cada sociedad, en cada grupo o en cada momento histórico. Es decir, que es objeto de valoraciones sociales previas a la decisión del legislador penal”. Concepto material liberal (previo al derecho)<sup>77</sup> que para ser vinculante, acogiendo los planteamientos de Rudolphi,<sup>78</sup> debe enmarcarse en los valores positivos, plasmados en la Carta fundamental, los cuales propenden por la salvaguardia de una vida social próspera, apoyada en la libertad y responsabilidad del individuo y que son vinculantes para el legislador.



<sup>72</sup> Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad...*, op. cit., p. 44. “Las instituciones del Estado encuentran su justificación cuando posibilitan la coexistencia de los contratantes en una situación jurídica, manteniendo los límites de la renuncia de la libertad de forma igualitaria para todos. El ciudadano no queda, pues, funcioanlizado en aras del Estado, sino que es el Estado el que se funcionaliza al servicio del ciudadano. En este marco, el derecho penal cumple una función estabilizadora de las condiciones del contrato social, es el derecho que castiga y, por tanto, pretende evitar lesiones de la libertad”.

<sup>73</sup> Valle Muñiz, *El elemento subjetivo de justificación*, op. cit., p. 24, señala: “El monopolio de la fuerza en manos del Estado se justifica en el compromiso de los coasociados en orden a preservar las máximas parcelas de libertad posibles en la vida en sociedad. Mediante el contrato social, por tanto, se legitima la existencia del Estado en su carácter funcional-utilitario de maximización de la libertad. La funcionalización del Estado por el individuo y no a la inversa, debe ser una idea clave en la explicación del sistema penal”, en el mismo sentido, Hassemer, *Rasgos y crisis del derecho penal moderno*, trad. de E. Larrauri, Anuario de derecho penal y ciencias penales, 1992, p. 238. “Para la doctrina clásica el derecho penal es un instrumento de la libertad ciudadana. Debe controlarse no independizarse. No es ningún *pasigepartout*, sino el último medio para solucionar problemas sociales” citado por Valle Muñiz, *El elemento subjetivo de justificación*, op. cit., p. 24.

<sup>74</sup> Zúñiga Rodríguez, *Política criminal*, op. cit., p. 24. “Se parte de una consideración del Estado social y democrático de derecho y de los derechos fundamentales que lo sustentan, como principios guía a partir del cual se legitima la coerción de los poderes públicos y toda su actuación pública, por tanto, también todas sus actuaciones políticas y jurídicas.”

<sup>75</sup> Luzón Peña, *Curso de derecho penal, parte general*, tomo I, op. cit., pp. 327-328 y ss, señala: “sólo se puede considerar bien si se le añade la consideración valorativa, o sea, entendiendo como objeto valioso (por su cualidad de condición necesaria para el desarrollo de la vida individual o social)”.

<sup>76</sup> Berdugo Gómez de la Torre, Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico, ejemplar dactilografiado, abril 15 de 1990, p. 3.

<sup>77</sup> En igual sentido se expresa Bustos Ramírez al advertir: “El problema está en que las raíces del bien jurídico no están en el campo del derecho, como decía Von Litz”, sino es necesario remitirse “al estudio del hombre y su medio, a la determinación de las estructuras sociales”. Cfr. Bustos Ramírez, *Política criminal e injusto...*, op. cit., p. 166.

<sup>78</sup> Rudolphi, *Los diferentes aspectos del concepto...*, op. cit., p. 338. Para este importante autor, la única forma de materializar el concepto de bien jurídico es encontrando una armonía entre los conceptos metodológico-teleológico y el liberal, el primero se traduce en un criterio jurídico positivo.

El dar relevancia jurídico-penal a aquellas condiciones necesarias para la subsistencia del individuo en sociedad<sup>79</sup> nos permite aterrizar el concepto de bien jurídico a la realidad, acercándonos cada vez más a las verdaderas necesidades que los asociados requieren para su desarrollo, y permitiendo a los mismos la facultad de criticar aquellos intereses tutelados que se alejen de esas necesidades empíricas;<sup>80</sup> de igual forma, la remisión a los valores derivados de un Estado social y democrático de derecho son un límite de *lege ferenda* que debe acatar el legislador al momento de plasmar la voluntad popular al incriminar o desincriminar una determinada conducta.<sup>81</sup>

En armonía con lo expuesto, el individuo debe ser un criterio teleológico<sup>82</sup> (toda norma imperativa es legítima si se dirige a disminuir los obstáculos más graves para el libre desarrollo del individuo en sociedad)<sup>83</sup> sobre el cual se legitima la intervención del *ius puniendi*,<sup>84</sup> lo que nos permite sostener que el concepto de daño en el derecho penal es referido a las personas, lo que no excluye que se protejan



<sup>79</sup> Gómez Benítez, José Manuel, "Sobre la teoría del bien jurídico", *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, otoño de 1983, pp. 85-111; si lo interpreto bien, el autor propone una teoría totalmente funcionalista, donde el bien jurídico debe tener un contenido social, otorgándole su elaboración teórica una relevancia total al desvalor de acción, señalando que el perjuicio social se refiere a peligros para los bienes jurídicos y no a su efectiva lesión. Posición de la que me alejo, por considerar que el injusto de un delito normal debe albergar un doble contenido susceptible de valoración jurídica negativa; un desvalor de acción y un desvalor de resultado; el propender sólo por la primera como criterio de criminalización desembocaría necesariamente en un derecho que caería en una extravaloración de la actitud interna, rechazando los elementos externos del delito, suprimiendo garantías, por lo cual considero el desvalor de resultado como esencial ya que cumple una función limitadora del *ius puniendi*, siendo necesarios ambos (desvalor de acción y resultado) en el estudio del injusto.

<sup>80</sup> Berdugo, Arroyo, García Rivas, Ferré Olive, Serrano Pie de Casas, *Lecciones de derecho penal*, parte general, 2 edición, Barcelona, La ley, 1999, pp. 6 y ss. "merecerían la consideración de bienes jurídicos aquellos intereses necesarios para el mantenimiento de un determinado sistema social. Pero además, se requiere un criterio complementario que garantice la orientación hacia al individuo del contenido del bien jurídico y evite caer en un desnudo funcionalismo".

<sup>81</sup> Wolter, Jürgen, "Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo de derecho penal", trad. de Francisco Baldó Lavilla, en *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal*, Barcelona, José Maris Bosch Editor, 1995, p. 39, señala: "Tan pronto como los Derechos fundamentales reclamen una validez absoluta, el Derecho penal no poseerá función alguna respecto al Autor y los intereses represivos. El Estado no puede, pues, para reprimir hechos punibles, formular normas de comportamiento jurídico-penalmente relevante, a costa de la dignidad humana".

<sup>82</sup> Bustos también interpreta al individuo como elemento teleológico del sistema al advertir: "los bienes jurídicos relativos al funcionamiento del sistema están en relación teleológica con aquellos que constituyen sus bases y condiciones, es decir, tienden a asegurar una libertad e igualdad material de los sujetos". Cfr. Bustos Ramírez, *Los bienes jurídicos colectivos*, op. cit., pp. 201-202.

<sup>83</sup> Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos*, op. cit., p. 232.

<sup>84</sup> Valle Muñiz, *El elemento subjetivo de justificación*, op. cit., p. 28. Este importante autor señala: "En el contexto de un ordenamiento jurídico que tiende a la tutela de los derechos y libertades de la persona, desarrollando de manera dinámica los presupuestos para alcanzar las máximas costas de la autonomía (libre desarrollo de la personalidad), las normas jurídico penales sólo pueden justificarse en la medida en que reducen al mínimo imprescindible la violencia social y estatal".

de forma autónoma todos aquellos bienes sociales o colectivos que revisten la categoría de esenciales, en cuanto están ligados a las necesidades básicas de los asociados,<sup>85</sup> permitiendo satisfacer el desarrollo de la vida en conjunto de los ciudadanos, asegurando la convivencia pacífica.<sup>86</sup>

De esta forma el concepto de bien jurídico debe representar la confianza en el respeto de aquellas expectativas a las que le corresponde un papel clave en la constitución de la auto-organización de la persona<sup>87</sup> en sociedad y la protección de la sociedad misma como único habitat en el cual se pueden satisfacer las necesidades individuales.

Pero no todo bien jurídico es merecedor de tutela jurídico-penal (el *Ius puniendi* debe ser la extrema *ratio*) porque los objetos de protección del derecho en general y del derecho penal en particular, no son idénticos,<sup>88</sup> razón que obliga a completar la noción de bien jurídico con la de bien jurídico-penal.<sup>89</sup>

Atendiendo a lo expuesto, el objeto de protección debe determinarse desde la esfera del individuo en relación con la comunidad,<sup>90</sup> de modo que sólo se incriminen conductas socialmente dañosas e insoportables,<sup>91</sup> que frustren las posibilidades de participación del individuo en



<sup>85</sup> Tiedemann Claus, *Poder económico y delito, introducción al derecho penal económico y de la empresa*, trad. Amelia Matilla Villegas, Barcelona, Ariel, 1985, p. 13, donde refiriéndose al derecho penal económico señala: "...salvaguardia del conjunto de bienes protegidos por el derecho económico y el derecho penal económico se puede hacer referir, en última instancia, a la protección del individuo, por cuya causa el Estado existe. Pero, al igual que el Estado y otras instituciones intermedias de la economía, así como los intereses de una y otras, no pueden identificarse y confundirse sin más, es inadmisibles e injusto negar la autonomía, en todo caso parcial, de los intereses protegidos por el derecho (penal) económico."

<sup>86</sup> Luzón Peña, *Curso de derecho penal parte general*, op. cit., p. 79.

<sup>87</sup> Kargl, Walter, "Protección de bienes jurídicos mediante la protección del derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena". Título original "Rechtsgüterschutz durch Rechtsgüterschutz", trad. de Ramón Ragués i Vallés, en *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Comares, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. Española) 2000, pp. 57 y ss.

<sup>88</sup> Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, 1975, p. 71.

<sup>89</sup> Mir Puig, Santiago, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 161 y ss.; Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal...*, op. cit., p. 275.

<sup>90</sup> MIR Puig, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal*, Montevideo, Buenos Aires, B. de F., 2003, p. 116, donde señala: "Una concepción político-criminal, dotada de intención limitadora, del bien jurídico tiene que arrancar del principio de que sólo puede considerarse 'bien jurídico' como objeto de protección jurídico-penal, aquello que sea necesario para la subsistencia, en ciertas condiciones de la sociedad. Ya se comprende que en esta perspectiva la calificación de 'bien jurídico' no depende de la efectiva tutela por parte del derecho positivo —eso impediría al bien jurídico servir de límite al derecho positivo—, sino del interés social en que se proteja jurídico-penalmente".

<sup>91</sup> Es necesario acoger el planteamiento de Von Liszt, cuando persiguió un concepto material del bien jurídico que sirviese como frontera máxima de lo punible. Ello creía poderse conseguir trasladando el bien jurídico a un momento previo del derecho positivo, concretamente al de la realidad social. Ésta, y no el legislador, debía decidir qué objetos merecen protección penal. *Ibid.*, p. 113.

los procesos de interacción social, lo que enseña que la conducta criminalizada debe tener la potencialidad de colocar en peligro o lesionar de manera intolerable las bases de la convivencia social.<sup>92</sup>

De conformidad con este concepto,<sup>93</sup> los bienes jurídicos merecedores por principio de protección son (partiendo de fundamentos epistemológicos) aquellos que sitúan a las personas en condiciones de desarrollar sus facultades de percepción y su capacidad de comunicación, esto es, de crear su autonomía y a partir de ésta poder interactuar en la comunidad.<sup>94</sup>

Se reivindican por tanto los fines del derecho penal, legitimando la intervención punitiva cuando esté dirigida a garantizar y restablecer las condiciones de existencia que satisfagan las necesidades vitales<sup>95</sup> en condiciones de igualdad, dignidad<sup>96</sup> y libertad.

En armonía con lo desarrollado, comprendemos el bien jurídico como una institución que cumple una función de garantía de carácter cognoscitivo, dirigida a salvaguardar todos aquellos valores o intereses que protegen las relaciones sociales esenciales en un momento histórico determinado,<sup>97</sup> que sirven al desarrollo del individuo dentro de un sistema democrático,<sup>98</sup> institución que por su función debe ser dinámica para poder afrontar de forma idónea los obstáculos que ofrecen las nuevas realidades dentro de una sociedad del riesgo.<sup>99</sup>



<sup>92</sup> Gimbernat, ¿Tiene futuro la dogmática penal? *op. cit.*, p. 151.

<sup>93</sup> Kargl, Walter, "Protección de bienes jurídicos", *op. cit.*, p. 57.

<sup>94</sup> Pérez Álvarez, Fernando, *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, Barcelona, Praxis, 1991, p. 28.

<sup>95</sup> Roxin, Claus, "Sentido y límites de la pena estatal, recopilación de artículos", en *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Reus, p. 21.

<sup>96</sup> García Herrera, "Principios generales de la tutela de los derechos y libertades en la Constitución Española", en RFDUC, No. 2, 1979, p. 101 señala: "La recepción de la dignidad de la persona en la Constitución significa un reconocimiento capital: La positivización de una concepción que centra el sistema en torno a la superación de la persona y funcionaliza el orden político y social al servicio de una visión humanista, que sanciona el principio personalístico como eje vital de funcionamiento de los poderes públicos (...). Ello significa, sin duda, afirmar la supeditación del Estado al individuo y no a la inversa, la imperatividad de la disposición que eleva el nivel máximo la aceptación del valor dignidad como inspiración última de acción política, como enunciado pedagógico, como principio de integración", citado por Valle Muñiz, *El elemento subjetivo de justificación*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>97</sup> Advierte Hormazábal: "para el cumplimiento de sus funciones el concepto de bien jurídico ha de expresar superando los aspectos puramente formales, lo que real y concretamente se protege en cada norma penal de una determinada sociedad en un determinado momento histórico. Cfr. Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, *op. cit.*, p. 139.

<sup>98</sup> La democracia supone una comprensión de la sociedad como un entramado en el que se interrelacionan los diferentes grupos sociales, situados en un plano de igualdad, grupos que responden a la propia libertad del ser humano y que, a la par, proporcionan a éste la posibilidad de desarrollar libremente y en plenitud su personalidad. Cfr. Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 116.

Lo anterior permite informar al individuo y a la sociedad sobre qué se está salvaguardando con el derecho penal,<sup>100</sup> enseñando las bases sobre las que se sienta esa protección, permitiendo realizar una revisión crítica de las mismas.<sup>101</sup>

Esto me lleva a concluir que todas aquellas políticas incriminatorias que no se enmarquen en la protección de derechos individuales<sup>102</sup> y de igual forma no estén dirigidas a propiciar el correcto funcionamiento del sistema social democrático<sup>103</sup> en relación con todos sus miembros, no pueden catalogarse como bienes jurídicos-penales, enmarcándose la conducta incriminada fuera de la órbita de protección del derecho penal,<sup>104</sup> contradiciendo el legislador prin-



<sup>99</sup> La "sociedad del riesgo", según Beck, es aquella que no se encuentra protegida ni podrá estarlo porque las amenazas que le aguardan son incalculables, no se pueden dominar ni precisar y, por último, porque no se pueden achacar a nadie en forma determinada. Cfr. Beck, Ulrich; *La irresponsabilidad organizada*, trad. Elisa Renal; [www.ccoo.es/arcadia/are01-bec.html](http://www.ccoo.es/arcadia/are01-bec.html); citado por De la Cuesta Aguado, Paz M., "Sociedad tecnológica y derecho penal del riesgo"; en *Revista de derecho penal y procesal penal*, No. 4, España, 2000, p. 133, en este mismo sentido Cfr. Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, op. cit., p. 29.

<sup>100</sup> Luzón Peña, *Curso de derecho penal parte general*, op. cit., p. 326, en relación con la función cognoscitiva del bien jurídico señala: "Esta perspectiva permite limitar el *Ius Puniendi*, exigiendo que sólo se creen tipos penales cuando se vean afectados concretos bienes jurídicos personales o sociales, y no simplemente cuando una conducta sea inmoral o desviada respecto de las pautas sociales mayoritarias, y criticar y pedir la reforma del derecho positivo cuando la ley haya creado tipos que realmente no protegen ningún bien jurídico concreto. También permite interpretar restrictivamente algunos tipos penales en aquellos casos en que una interpretación amplia, que admitiría su tenor literal, incluiría conductas que no sólo afectan a un bien jurídico, sino también conductas que no afectan al mismo; en ese caso procede la exclusión de estas últimas del ámbito de la tipicidad. Y por último, esta perspectiva puede poner de manifiesto que hay casos de intereses u objetos valiosos, individuales o colectivos, que merecerían protección jurídica-penal y sin embargo carecen de ella, para en este caso reclamar que efectivamente se les otorgue reconocimiento y protección jurídica o incluso jurídico-penales"

<sup>101</sup> Gimbernat, *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*, op. cit., p. 153, advierte: "... se abusa de mí si se me impone un padecimiento inútil que no sirve al fin de la convivencia social- bien porque el comportamiento ejecutado no necesita ser reprimido, bien porque no necesita ser reprimido con tanta severidad"; en igual sentido cfr. Bustos Ramírez, Juan J., *Política criminal e injusto*, op. cit., p. 167.

<sup>102</sup> Baratta Alessandro, "Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)", trad. de Beatriz Lenzi, en *Doctrina penal*, año 10, 1987 pp. 623 y ss, donde explica: "Un concepto histórico-social de los derechos humanos permite incluir como posibles objetos de tutela penal, además de aquellos intereses individuales, también aquellos intereses colectivos, como la salud pública, la ecología, las condiciones laborales. Estos objetos abarcan también la tutela de las instituciones, pero, únicamente, en caso de que éstas no sean consideradas como un fin en sí mismas; o en función de la autorreproducción del sistema social, sino como reflejo de las necesidades reales de la persona."

<sup>103</sup> Como advierte Bustos, el fundamento del injusto se encuentra en el bien jurídico, concretizándolo en las relaciones sociales estimadas democráticamente como esenciales para la subsistencia del sistema elegido. Cfr. Bustos Ramírez, Juan J. "Los bienes jurídicos colectivos", en *Control social y sistema penal*, Barcelona, PPU, 1987, p. 187; en igual sentido cfr. Zúñiga Rodríguez, *Política criminal*, op. cit., p. 24, en el que señala la necesidad de establecer cuál es el fin en que se enmarca nuestra sociedad, concluyendo: "...que la dirección social de nuestras sociedades posindustrializadas en las que ya se ha logrado un mínimo de bienestar general y se han consagrado los derechos fundamentales formales en las cartas constitucionales, debe orientarse a la realización plena de la democracia, esto es, a la vigencia de los derechos fundamentales ahí reconocidos".

<sup>104</sup> Gimbernat Ordeig, *¿Tiene futuro la dogmática penal?*, op. cit., p. 151, donde advierte de forma afortunada "...precisamente porque la aplicación del aparato punitivo supone una intervención tan radical en la vida del ciudadano, hay que exigir del Estado el más exquisito, delicado y cuidadoso manejo de la 'fuerza destructiva'

cipios básicos como los de última *ratio*, proporcionalidad y lesividad, siendo imperativo que el Estado maneje ese conflicto por medios diferentes al derecho penal.<sup>105</sup>

### 3.2 El orden social constitucional

La Constitución es el reflejo de un proceso de consenso en donde la sociedad interactúa encontrando un marco común en el cual se sobrepone el interés general, salvaguardando de forma idónea la soberanía popular (medio idóneo de participación dialéctica entre los asociados y sus dirigentes) y los derechos humanos,<sup>106</sup> los cuales enaltecen la condición del individuo sobre los intereses de la sociedad.<sup>107</sup> Este consenso está condicionado a las necesidades históricas y, consecuentemente, es susceptible de modificación.

Como acertadamente enseña Octavio de Toledo,<sup>108</sup> la Constitución no es una norma pasiva, creada para no ser cambiada, por el contrario, es una norma que está vinculada a las transformaciones materiales de la sociedad, estando abocada a cambiar cuando la misma impida el desarrollo social. Por lo cual, cuando nace el conflicto entre la necesidades de la sociedad y las relaciones jurídicas, obligará a cambiar el precepto positivo, que se adaptará necesariamente a las transformaciones sociales.<sup>109</sup>



de la pena El Estado debe estar siempre en situación de dar cuenta sobre la punición de un comportamiento: su potestad penal está justificada en tanto en cuanto haga un recto uso de ella".

<sup>105</sup> Fernández D., Gonzalo, *Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*, Buenos Aires, Montevideo, B de F., 2004, p. 122.

<sup>106</sup> Zúñiga Rodríguez, *Política criminal*, op. cit., p. 25. "La estricta legalidad o legalidad material, condicionada por los vínculos de contenido que le impone los derechos fundamentales, se presenta así como el baremo para distinguir entre un derecho vigente, pero inválido, entre un derecho que 'es' pero que no respeta 'el deber ser', entre legitimidad formal y legitimidad material o sustancial, entre racionalidad formal y racionalidad material de las normas jurídicas y de la actuación política que respeta esa legalidad".

<sup>107</sup> Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Trota, 1998, p. 196.

<sup>108</sup> De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio, "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1990, p. 11.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 12. El autor de forma acertada señala la evolución y posterior comprobación de la transformación y dinamismo de la Carta Fundamental, señalando: "Las transformaciones materiales de la sociedad se corresponden con las sucesivas mutaciones del modelo de Estado. Y que consecuentemente, hay una correspondencia paralela entre la sucesión de estos modelos de Estado y los avances progresivos que experimentan las normas jurídicas creadas por cada uno de ellos. Lo que evidentemente tiene su reflejo en las modificaciones que se van produciendo en el terreno de los intereses protegidos por esas normas jurídicas".

Pero esta dimensión social<sup>110</sup> debe tener como centro de acción el individuo, asegurándole los medios idóneos de participación en el sistema social, defendiendo los valores propios de cada sociedad<sup>111</sup> y del modelo de Estado en que se inscribe.<sup>112</sup> Como acertadamente afirma Carbonell, “no se trata de configurar un liberalismo al estilo de las constituciones del siglo XIX, sino tan sólo de situar al ciudadano y al ejercicio de la libertad en el eje de la organización estatal”.<sup>113</sup> La potestad punitiva, al igual que cualquier otra, debe asumir la tutela jurídica de los derechos y libertades<sup>114</sup> en armonía con los límites que impone la Constitución entendiendo el legislador que “el sistema social que en ella aparece recogido, es un sistema abierto al que se aspira llegar”.<sup>115</sup>

La Constitución, como norma básica, representa la voluntad general, acoge unos objetivos que la convierten en una institución teleológica-dinámica. Cada día tiene un papel más activo en las



<sup>110</sup> Caparrós, Eduardo A. Fabián, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Colex, 1998, p. 165, explica: “La afirmación del concepto social del bien jurídico, trascendente y previo al Derecho, implica consecuencias de importancia crucial. Entendido de este modo, el bien jurídico se constituye en punto de partida e idea que rige el establecimiento de las distintas figuras delictivas. Por ello la ausencia de un bien jurídico que preservar despoja a la norma penal de todo contenido material y, con ello, también de toda legitimidad, de manera que cualquier tipificación resulta imposible o bien ‘arbitraria’ si no se construye sobre la base de su preexistencia”.

<sup>111</sup> Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, op cit., p. 114, advierte “La cláusula ‘Estado de Derecho’ ha encerrado un conjunto de convicciones y creencias, esto es, un orden axiológico determinado. El Estado de Derecho fue ante todo un Estado garante de la libertad y seguridad individuales. (...) esa cláusula no sólo no ha perdido su vertiente valorativa, sino que, bien al contrario, ésta se ha convertido en su elemento nuclear. El Estado de Derecho se legitima en tanto en cuanto se asienta en un conjunto de valores, en un orden valorativo al que debe responder, y que ha de impregnar el conjunto del ordenamiento jurídico. Es por ello mismo por lo que bien dice De Vega, la Constitución no es puro nombre, sino un código de valores a los que se pretende dar un contenido histórico o político. Así lo ha venido a entender igualmente nuestro Tribunal Constitucional al poner de relieve (STC 9/1981, de 31 de marzo) que ‘La Constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de la convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico’”.

<sup>112</sup> González, Cusacc, José Luis, “Derecho penal y teoría de la democracia”, en *Cuadernos Jurídicos*, año 3, No. 30, mayo de 1995, p. 13.

<sup>113</sup> Carbonell, Mateu, “Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida. Dos cuestiones: subsidio y aborto”, en *Cuaderno de política criminal*, No. 45, 1991, p. 661.

<sup>114</sup> Roxin, Claus, *Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997, p. 55, señala que: “...el concepto de bien jurídico vinculante político criminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la ley fundamental”. Véanse también Mir Puig, Santiago, *Derecho penal parte general*, 5 edición, Barcelona, 2002, p. 93; Silva Sánchez, *Aproximación...*, op. cit., p. 274; Terradillos, *Satisfacción de necesidades...*, op. cit., pp. 133 y ss.

<sup>115</sup> Berdugo, Gómez de la Torre, *El delito de lesiones*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, p. 68; en este mismo sentido, Bustos Ramírez, J., *Manual de derecho penal. Parte general*, 4 edición, corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée, Barcelona, PPU, 1994, p. 118, señala; “las consecuentes y necesarias relaciones entre los bienes jurídicos y los valores consagrados en la constitución, (...) en un Estado de derecho democrático resulta un recurso ineludible y especialmente significativo por el carácter y naturaleza de la Carta Constitucional.”

sociedades modernas, gracias a la dinamización que realizan de ella los tribunales o cortes constitucionales, defendiendo valores o principios superiores que deben inspirar en todo momento la actuación de los poderes públicos.

La profunda relevancia social que han acogido los jueces constitucionales ha hecho que poder y derecho se encuentren en la Carta Fundamental, condicionando al primero a las exigencias del segundo, enriqueciendo los contenidos del contrato social, ampliando la función de la Constitución de limitarse a describir el procedimiento acordado que va a legitimar el ejercicio de la fuerza, extendiendo su función a perseguir la efectiva realización de los principios y derechos que en la misma se consagran.<sup>116</sup>

### **3.3 La Constitución como límite negativo**

El compartir un sistema funcionalista valorativo obliga a reconocer la complejidad y profunda mutualidad de la sociedad, lo cual no entra en contradicción con el respeto a los valores que se representan en la Carta fundamental. Por el contrario, afirmar una propensión al cambio hace que los criterios de la misma se revitalicen de acuerdo con las nuevas exigencias del individuo en sociedad.

Es entonces necesario reconocer la potestad exclusiva del legislador para delimitar los intereses dignos de protección penal, extrayendo los bienes jurídicos de la realidad social, facultad que le permitirá tener una política criminal acorde con las necesidades de la comunidad.

Lo anterior enseña que la Constitución sólo es un límite negativo que representa todos aquellos derechos adquiridos de carácter fundamental que no pueden ser desconocidos por el *ius puniendi*, pero esta función no la puede convertir en una barrera infranqueable para la progresiva democratización de la intervención punitiva del Estado. Por el contrario, el Estado vive en una constante confronta-



<sup>116</sup> Zúñiga Rodríguez, *Política criminal*, op. cit., p. 57, "La jurisprudencia viene a ser 'el derecho penal vigente' el que acerca verdaderamente el mundo de los principios con el de la realidad, y al revés. La verdadera penetración de los problemas sociales en el derecho se realiza definitivamente en decisiones judiciales. De ahí que el diálogo entre jurisprudencia y doctrina deba revitalizarse, con el fin de que la primera ayude a la segunda en la tarea de acercar la ciencia a la realidad, y la segunda ayude a la primera en su labor de resolver los problemas penales con las garantías y la racionalidad científica que le otorgan las categorías y principios construidos históricamente y plasmados en la Constitución".

ción dialéctica con las necesidades que exige la sociedad y el individuo y la regulación positiva que poseen para afrontarlas. Diálogo que es útil para conocer la correcta o incorrecta implementación de la política criminal acogida; es por esto que la función punitiva desborda el marco establecido por la Carta Fundamental, rechazando una concepción formalista de derecho, para acoger una concepción material de bien jurídico<sup>117</sup> en la cual se protejan las relaciones sociales que en ese momento histórico son consideradas esenciales y sirven para remover todos aquellos obstáculos que se presentan al individuo para desarrollarse libremente dentro de un sistema democrático.

Es así como la Constitución<sup>118</sup> ofrece consecuentemente un criterio de delimitación negativo<sup>119</sup> (aquello que no puede ser considerado como delito en la normativa penal y que, por el contrario, se debe proteger, como los principios de igualdad,<sup>120</sup> dignidad humana,<sup>121</sup> etc..), siendo la carta fundamental una herramienta de delimitación a la hora de consagrar el objeto de protección jurídico penal.

En este sentido se ha expresado el Tribunal Constitucional Español al resaltar la libertad del legislador para afrontar político-criminalmente las nuevas necesidades de incriminación o desincriminación de intereses penalmente tutelables:

en el ejercicio de su competencia de selección de bienes jurídicos que dimanen de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios



<sup>117</sup> Bustos Ramírez en este mismo sentido advierte que la Constitución, en cuanto marco jurídico-político, es un valor inapreciable, ya sea como elemento interpretativo del Código Penal o como fundamento para postular una nueva política criminal y encaminada a la reforma del Código, o por lo menos a planteamientos de *lege lata*. Pero de igual forma la Constitución no se puede convertir en un cerco para la progresiva democratización de la intervención punitiva del Estado; ello sólo sería posible dentro de una concepción totalmente formal y piramidal del derecho en la que la participación ciudadana no tiene lugar. Justamente, la concepción material del bien jurídico rompe este esquema formal piramidal, pues sólo es concebible desde y en la participación de los miembros de la sociedad. La Constitución es ciertamente el marco de referencia fundamental del sistema; pero no puede cerrar el sistema, pues ello contravendría las bases mismas democráticas del sistema. Por eso es la fuente de origen y legitimación material del ilícito y, al mismo tiempo, base garantista frente a la intervención del Estado, que es el bien jurídico, no puede quedar cortado en su desarrollo y evolución por la Constitución. Cfr. Bustos Ramírez, *Los bienes jurídicos colectivos*, op. cit., p. 191.

<sup>118</sup> Artículo 2º, Constitución Política de Colombia: "son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución;..."

<sup>119</sup> De Toledo y Ubieto, "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", op. cit., p. 9.

<sup>120</sup> Cfr. Corte Constitucional colombiana, sentencia C-0016 del 21 de enero de 1993.

<sup>121</sup> En relación con la salvaguardia del principio de dignidad humana en el proceso penal, cfr. Corte Constitucional colombiana, sentencia C-542 de 24 de octubre de 1996, T-796 de 14 de diciembre de 1998, entre otras.

contra ellos (...) el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad, margen de libertad que se deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática.<sup>122</sup>

De ahí que se sostenga que el sistema de libertades plasmado en la Constitución establece los límites<sup>123</sup> por los que debe transitar el poder punitivo del Estado, proporcionando directivas interpretativas que hacen que el derecho penal sea un medio de control formalizado, interiorizando dentro de sus fines la prevención de conductas que vulneren bienes jurídicos-penales y el respeto coetáneo a las garantías de la intervención jurídica.

Lo anterior nos lleva a concluir que existe la necesidad de que el legislador interprete el bien jurídico penal a la luz de los preceptos constitucionales,<sup>124</sup> resaltando de nuevo la vital importancia del Tribunal o Corte Constitucional, por cuanto a través de sus manifestaciones determina el sentido y alcance de las regulaciones constitucionales, limitando negativamente el poder legislativo y al intérprete de la norma penal.<sup>125</sup>

Lo expuesto nos enseña que no es necesario cercenar los derechos de los individuos en sociedad para poder defender los medios de participación de los asociados en la misma, respetando la legitimidad del legislador para afrontar políticas que le permitan prevenir ataques a bienes jurídicos penales, asumiendo la criminalización de nuevas conductas, pero siempre respetando los preceptos que la sociedad acoge como carta de ruta para su funcionamiento en la Constitución.



<sup>122</sup> SIGTC 55/1996, del 28 de marzo, FJ 6; 88/1996, de 23 de mayo, FJ.7; 161/1997, del 2 de octubre, FJ.10.

<sup>123</sup> Mir Puig, *El derecho penal en el Estado social...*, op. cit., p. 163 señala: "El reconocimiento de bienes y derechos que se efectúa en la Constitución tiene ante todo por objeto fijarlos como límites que deben respetar los poderes públicos"; en este mismo sentido Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal*, op. cit., p. 117, señala: "La función primordial de la constitución no es regular el comportamiento de los ciudadanos entre sí, sino establecer las claves fundamentales del ejercicio del Poder Político. El reconocimiento de bienes y derechos que se efectúa en la Constitución tiene ante todo por objeto fijarlos como límites que deben respetar los poderes públicos".

<sup>124</sup> Díez Ripollés, J. L., "El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista", en *Jueces para la democracia*, No. 30, noviembre de 1997, pp. 16-17, señala: "resultará ilegítima cualquier decisión legislativa que se oponga frontalmente a lo dispuesto en la ley básica que estructura el consenso social alcanzado, sea en preceptos concretos sea en sus principios inspiradores, pero la Constitución carece de potencialidad para ir más allá de una predeterminación negativa de un buen número de decisiones de política legislativa criminal". Cfr. Roxin, *Derecho penal parte general, fundamentos*, op. cit., p. 55, "El punto de partida correcto es reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la constitución". Cfr. Méndez Rodríguez, Cristina, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, Ministerio de Justicia, Universidad Complutense de Madrid, 1993, p. 27; Terradillos Basoco, J., *La satisfacción de necesidades*, op. cit., pp. 141-142.

<sup>125</sup> Méndez Rodríguez, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, op. cit., p. 27.

#### 4. PRINCIPIOS LIMITADORES DE LA INTERVENCIÓN PENAL

El no compartir una absolutización del criterio funcional, admitiendo límites externos a la prevención, nos lleva a propender por un derecho funcional garantista de acuerdo con criterios de orden teleológico racional.

En armonía con lo expuesto, el ordenamiento punitivo no puede hallar en sí mismo el porqué de su existencia, trascendiendo necesariamente más allá de sus límites y respondiendo de forma adecuada a las necesidades de la sociedad en cada momento histórico.

El legislador, al momento de ejercer su función de determinar los objetos dignos de protección penal, debe cumplir con los principios<sup>126</sup> que encuentran su origen esencialmente en la Constitución y los derechos del hombre, como son la libertad, la dignidad humana y la vida, como valores fundamentales dentro de un Estado social y democrático de derecho.<sup>127</sup>

A la hora de incriminar una conducta es necesario examinar *la lesividad* de la misma, exigiendo que el comportamiento afecte de forma directa las necesidades del individuo en el sistema social,<sup>128</sup> y que sus consecuencias puedan ser constatadas en la misma realidad, permitiendo una valoración por las ciencias empírico-sociales; sólo cuando se demuestra esta necesidad, encuentro legítima la expansión del derecho penal, ya que es imposible no reconocer que las estructuras sociales cada vez son más complicadas<sup>129</sup> (la criminalidad organizada, bienes escasos como lo es el medio ambiente, el derecho informático), el derecho penal no puede retroceder ante la tarea de luchar contra riesgos que resultan más peligrosos para la sociedad y para el individuo que la criminalidad clásica.<sup>130</sup>



<sup>126</sup> Díez Ripollés, "El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista", *op. cit.*, p. 15.

<sup>127</sup> Artículo 1º, Constitución Política de Colombia, "Colombia es un Estado social de derecho (...) democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

"El Estado social de derecho no solamente propende por los derechos de igualdad y libertad legal, como simple reconocimiento pregonado por los modelos liberales sino que busca hacer efectivos los derechos ..."

<sup>128</sup> Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad*, *op. cit.*, pp. 45 y ss, señala: "Sólo la lesión de las libertades aseguradas por el contrato social pueden considerarse un delito. El concepto de bien jurídico se transforma así sistemáticamente en un criterio negativo que impide la criminalización ilegítima: allí donde no haya una lesión de un bien jurídico no debe haber delito".

<sup>129</sup> Roxin, Claus, *Dogmática penal y política criminal*, trad. de Manuel A. Abanto Vásquez, Lima, Idemsa, 1998, p. 448.

<sup>130</sup> Roxin, Claus, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, trad. de Carmen Gómez Rivero, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 90.

Si esta expansión del derecho penal se dirige a conductas que no albergan una gravedad cualificada y en consecuencia no colocan en peligro bienes jurídicos penales relevantes para el individuo y la sociedad, el derecho penal dejará de cumplir con su función de motivación,<sup>131</sup> comunicando a la sociedad que éste no está cumpliendo con su función preventiva, convirtiéndose en un instrumento simbólico que se erigirá por consideraciones de oferta y demanda de sentimientos momentáneos que más temprano que tarde enseñará que al mismo escapan los criterios de certeza y severidad del castigo, llevando a una deslegitimación del mismo.<sup>132</sup>

De este principio de *lesividad* se derivan otros principios que es necesario que no sean desconocidos por nuestros legisladores.

El principio *in dubio pro libertate* enseña que la libertad como principio estructural de todo sistema social debe prevalecer cuando el legislador tenga dudas de la verdadera lesividad social de la conducta que pretende prohibir, obligando al poder legislativo a realizar estudios criminológicos y sociológicos serios de la necesidad de su intervención, esta limitación permite una mayor vinculación de la sociedad, la cual le enseñará si lo que pretende proteger es un interés fundamental para la vida social.

El principio de *ponderación de daños y ventajas* enseña que no basta que el bien jurídico-penal tutelado posea la suficiente importancia social, como quiera que un estudio que valora los efectos dañosos adicionales o complementarios que produce una decisión de inculpar o desinculpar, en ocasiones puede ser de mayor relevancia que los beneficios que la inculpar o desinculpar comportan.<sup>133</sup>

Estas exigencias permitirán que el legislador dirija sus energías a materializar los intereses de protección en los requerimientos sociales, convirtiéndose el bien jurídico-penal en un juicio de valor positivo funcional al sistema, ya que siempre albergará la potencialidad de responder a la realidad social.



<sup>131</sup> Gimbernat, *¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?*, op. cit., p. 152, advierte: "... la pena —y esto reside en la naturaleza de las cosas— no se puede aplicar derrochadora, sino cautelosamente; en otro caso se introduciría el desconcierto en los mecanismos humanos de control y sólo se conseguiría la destrucción del efecto de la pena de ser un importante medio de encauzamiento de conductas"; en el mismo sentido cfr. Silva Sánchez, *Aproximación...*, op. cit., pp. 386 y ss, citando a Mir Puig, señala: "Si la función del derecho penal en un Estado social y democrático de derecho ha de ser la prevención (limitada) de delitos, la norma penal debe tratar de motivar a la evitación de conductas delictivas".

<sup>132</sup> Silva Sánchez, *Expansión...*, op. cit., p. 77.

<sup>133</sup> Díez Ripollés, "El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista", op. cit., p. 15.

El ámbito social es el sustrato que nos permite, en consecuencia, materializar el concepto de bien jurídico, haciendo funcional al sistema y a las exigencias plasmadas por éste en la Constitución, la facultad de poder constatar las consecuencias de una determinada conducta por medio de un modo empírico, socialmente constatable.

Con base en lo sostenido, es totalmente coherente con el sistema la introducción de bienes jurídicos difusos, sociales o colectivos, característicos de la expansión del derecho penal,<sup>134</sup> bienes jurídicos que demuestran que la sociedad no es estática y que debido a esta cualidad es necesario que el derecho se desarrolle con ella.

El bien jurídico debe estar impregnado del Estado liberal en el cual fue concebido, como medio idóneo para asegurar el orden social en un contexto de garantías formales de convivencia, y avanzar hacia un Estado que además es social y por ello aspira a lograr la convivencia pacífica por medio del aseguramiento a todos los ciudadanos de determinados presupuestos materiales.<sup>135</sup>

Esto nos lleva a concluir que el derecho penal debe adaptar sus instituciones, dinamizándolas frente a las nuevas exigencias de protección y seguridad que requiere la sociedad moderna, pero sin renunciar a las garantías y principios que protegen al ciudadano como núcleo esencial de la sociedad, ya que éste no es un medio para que funcione la sociedad, sino un fin en sí mismo que no debe y no puede instrumentalizarse en un Estado social y democrático de derecho.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Baratta, Alessandro, "Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal", trad. de Beatriz Lenzi, en *Doctrina penal*, año 10, 1987, pp. 623-649.

Berdugo Gómez de la Torre, *El delito de lesiones*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982.

\_\_\_\_\_, Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico, ejemplar dactilografiado, abril 15 de 1990.



<sup>134</sup> Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal...*, op. cit., p. 23.

<sup>135</sup> Díez Ripollés, "El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista", op. cit., p. 18.

- Berdugo, Arroyo, García Rivas, Ferré Olive, Serrano Pie de Casas, *Lecciones de derecho penal parte general*, 2da. ed., Barcelona, La Ley, 1999.
- Bernate Ochoa, Francisco, "La legitimidad del derecho penal", en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Universidad del Rosario, Bogotá, abril de 2004.
- Bustos Ramírez, J., *Manual de derecho penal. Parte general*, 4 ed., corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée, Barcelona, PPU, 1994.
- Caparrós, Eduardo A. Fabián, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Colex, 1998.
- Carbonell, Mateu, "Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida. Dos cuestiones: subsidio y aborto", en *Cuaderno de política criminal*, No. 45, 1991, p. 661.
- Díez Ripollés, J. L., "El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista", en *Jueces para la democracia*, No. 30, noviembre de 1997.
- \_\_\_\_\_, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Valencia, 1990.
- Fernández D. G., *Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*, Buenos Aires, Montevideo, B de F, 2004.
- Fernández Segado, F., *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992.
- García Amado, J. A., "¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal", en *Doxa*, No. 23, 2000.
- García Cotarelo, R., *Crítica a la teoría de los sistemas*, Madrid, 1979.
- Gimbernat Ordeig, E., *Estudios de derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1990.
- Giménez Alcover, P., *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Barcelona, Bosch, 1993.
- Gómez Benítez, José Manuel, "Sobre la teoría del bien jurídico", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, otoño de 1983, pp. 85-111.
- González Cusacc, José Luis, "Derecho penal y teoría de la democracia", en *Cuadernos jurídicos*, año 3, No. 30, mayo de 1995, pp. 10-14.
- Habermas, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998.
- Hassemer, W., *Fundamentos del derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, Bosch, 1984.
- \_\_\_\_\_, "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico". Título original "Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre",

- trad. de Patricia S. Ziffer, en *Doctrina penal*, año 12, abril-sept., 1989, pp. 275-285.
- \_\_\_\_\_, "Rasgos y crisis del derecho penal moderno", trad. de E. Larrauri, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1992, p. 238.
- \_\_\_\_\_, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en el derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde y Ma. del Mar Díaz Pita, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- Hormazábal Malarée, H., *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho, el objeto protegido por la norma penal*, Barcelona. PPU. 1991.
- Jakobs, Günter, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1995.
- \_\_\_\_\_, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid, Civitas, 1996.
- \_\_\_\_\_, ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? Título original *Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?* (manuscrito), trad. de Manuel Cancio Meliá, Universidad Autónoma de Madrid, *El funcionalismo en el derecho penal, libro homenaje al profesor Günter Jakobs*, Eduardo Montealegre Lynett (coord.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- \_\_\_\_\_, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid, Thonson Civitas, 2003.
- \_\_\_\_\_, *Derecho penal del enemigo*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, Thonson Civitas, 2003.
- Kargl, Walter, "Protección de Bienes jurídicos mediante la protección del derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena". Título original "Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz", trad. de Ramón Ragués i Vallés, en *La insostenible situación del derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), Área de derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. Española) Granada, Comares, 2000, pp. 57 y ss.
- Laurenzo Copello, Patricia, *El enfoque teleológico funcional en el sistema del delito*, en *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Gonzalo Quintero Olivares, Fermín Morales Prats (coords.), Navarra, Aranzadi, 2001, pp. 437-450.

- Luhmann, N., *Fin y racionalidad en los sistemas. Sobre la función de los fines en los sistemas sociales*, trad. de Jaime Nicolás Muñiz, Madrid, Editora Nacional, 1983.
- , *La ciencia de la sociedad*, trad. de Silva Pappe, Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura, bajo la dirección de Javier Torres, México, Universidad Iberoamericana, 1996.
- Méndez Rodríguez, Cristina, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, Ministerio de Justicia, Universidad Complutense de Madrid, 1993.
- Mir Puig, Santiago, “Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del ius puniendi”, en *Revista de Estudios penales y criminológicos*, XIX, 1991, pp. 205-215.
- , *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
- , *Derecho penal, parte general*, 5 edición, Barcelona, 2002.
- , “Sociedad, norma y persona en Jakobs”, en revista *Derecho penal contemporáneo*, No. 2, Legis, enero-marzo, 2002.
- , *Introducción a las bases del derecho penal*, 2 edición, B de F, Montevideo, Buenos Aires, 2003.
- Montealegre Lynett, E., “Estudio introductorio a la obra de Günter Jakobs, en *El funcionalismo en el derecho penal, Libro homenaje al profesor Günter Jakobs*”, Eduardo Montealegre Lynett (coord.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1975.
- , *Derecho penal y control social*, Jerez, Fundación Universitaria de Jerez, 1985.
- , *La norma jurídico penal*, 1985.
- , “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del derecho penal”, en *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Gonzalo Quintero Olivares, Fermín Morales Prats (coords.), Navarra, Aranzadi, 2001.
- Pérez Álvarez, Fernando, *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, Barcelona, Praxis, 1991.
- Roxin, Claus, “El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo”, en *Doctrina penal*, 1979.
- , “Sentido y límites de la pena estatal, recopilación de artículos”, en *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976.

- \_\_\_\_\_, *Política criminal y estructura del delito*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, Barcelona, PPU, 1992.
- \_\_\_\_\_, *Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997.
- \_\_\_\_\_, *Dogmática penal y política criminal*, trad. de Manuel A., Abanto Vásquez, Lima, Idemsa, 1998.
- \_\_\_\_\_, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, trad. de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- \_\_\_\_\_, Rudolphi Hans Joachim, "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico", trad. de Enrique Bacigalupo, en *Nuevo pensamiento penal*, año 4, Buenos Aires, 1975, pp. 329-347.
- Shünemann, B., "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", en *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid 1991.
- \_\_\_\_\_, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, trad. de Manuel Cancio Melia, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch Editor, 2002.
- \_\_\_\_\_, "Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites", en *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- \_\_\_\_\_, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 2001.
- \_\_\_\_\_, "Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito", en *El sistema integral del derecho penal*, VV. AA., Madrid, Marcial Pons, 2004.
- Soto Navarro, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, 2003.
- Tamarit Sumalia, José M., "Fundamentos y orientación de un sistema penal teleológico-garantista", en *Revista Actualidad Jurídica*, No. 5, Aranzadi, 2001, pp. 37-59.
- Terradillos Basoco, J., "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 de Madrid*, No. 63, 198.
- Tiedemann Claus, *Poder económico y delito, introducción al derecho penal económico y de la empresa*, trad. Amelia Matilla Villegas, Barcelona, Ariel, 1985.

- Valle Muñiz, José Manuel, *El elemento subjetivo de la justificación y la graduación del injusto penal*, Barcelona, PPU, 1994.
- Wolter, Jürgen, “Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo de derecho penal”, trad. de Francisco Baldó Lavilla, en *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal*, Barcelona, José Marís Bosch Editor, 1995.
- Zúñiga Rodríguez, Laura, *Política criminal*, Madrid, Colex, 2001.