

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

Polít. crim. Vol. 7, N° 14 (Diciembre 2012), Art. 5, pp. 378 - 453.

[http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A5.pdf]

Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra*

Federico León Szczaranski Vargas

Abogado, Universidad de Chile

Magister en Derecho Penal, Universidad de Talca y Universidad Pompeu Fabra.

Centro de Estudios Penales y Penitenciarios, Facultad de Derecho Universidad Mayor.

f.szczaranskiv@gmail.com

Resumen

El autor recorre la historia y evolución del concepto del bien jurídico, analizando la relación entre aquel y la pregunta por la legitimidad de las normas penales. Así, se repasan los inicios del concepto en el trabajo de Birnbaum y se exponen las principales corrientes dogmáticas relativas al contenido del bien jurídico. En consecuencia, se explican tanto las distintas teorías que se pueden identificar con una visión crítica o material del bien jurídico, en la que la protección de éstos se constituye en requisito de legitimidad; como aquellas en las que dicho concepto se identifica con la *ratio legis* y según las cuales la función del derecho penal se encuentra en reafirmar la vigencia de la norma infringida.

Luego de analizar las teorías que recurren a nuevos criterios y principios de legitimación que buscan complementar el rol del bien jurídico, se concluye intentando hacer patente el dilema que enfrenta la teoría del bien jurídico: sin contenido independiente del legislador no puede limitarlo, pero con contenido independiente se constituye en una barrera contramayoritaria que afecta principios democráticos.

Palabras clave

Bien jurídico, legitimidad, límites, legislador, principios

Abstract

The author reviews the history and evolution of the legal good, analyzing its relationship with inquiry regarding the legitimacy of penal norms. The origins of the concept in Birnbaum's work are thus reviewed and the main dogmatic positions regarding the legal good's content are explained. Consequently, both the diverse theories related to a critical or material vision of the legal good –where the legal goods' protection is a condition of legitimacy- as well the theories in which said concept is identified with the *ratio legis* and according to which the function of Penal law is to reaffirm the validity of the infringed norm.

After analyzing the theories that use new criteria and principles of legitimacy that seek to complement the role of the legal good, the article concludes attempting to show the

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

dilemma facing the legal good theory: without independent content provided by the legislator it cannot be limited, but with independent content it rises as a countermajoritarian barrier that affects democratic principles.

Key words

Legal good, legitimacy, limits, legislator, principles

Introducción

El estudio de la teoría del bien jurídico se enlaza con diversos tópicos de la dogmática penal, siendo tal vez el principal de ellos aquel referido a la posibilidad de limitar mediante este concepto el ámbito de lo legítimamente criminalizable. Esta necesidad de limitar al legislador se explica en el temor a que el poder de Estado destruya la libertad que debe resguardar:

“El problema de orden social más importante es la limitación efectiva del poder. El gobierno es indispensable para la formación de tal orden, solo para proteger a todos contra la coerción y la violencia por parte de los demás. Pero tan pronto como, para conseguirlo, el gobierno adquiere el monopolio de la coerción y la violencia, se convierte a su vez en la principal amenaza a la libertad individual”.¹

Para evitar que el legislador pueda excederse en la criminalización de conductas, una formulación tradicional del principio de lesividad supedita el establecimiento de la responsabilidad penal a la lesión de un bien jurídico, de manera que éstos son concebidos como fuentes de validez material.² En línea con esta función limitadora, es posible encontrar un grupo de teorías en las que se seleccionan, con independencia de lo dispuesto en la norma penal positiva, ciertos bienes cuyas características éticas, sociológicas, políticas o constitucionales, los hacen acreedores del estatus de bien jurídico, de forma tal que sólo ellos podrán ser legítimamente protegidos por la norma penal.³

En una corriente paralela a la anterior se encuentran aquellas teorías que definen el bien jurídico a partir de la misma norma penal, es decir, lo entienden como aquel interés (o bien) efectivamente protegido con la norma, relacionando directamente al concepto con la *ratio legis*. En estas concepciones, afirmar que el derecho penal debe proteger bienes

*El artículo corresponde, salvo modificaciones menores, a la tesis que defendí para optar al grado de Magister en Derecho Penal de la Universidad de Talca, la cual fue dirigida por Alex van Weezel, a quien agradezco por sus valiosos comentarios, ideas y orientación. Agradezco también a Francisco Maldonado, con quien conversé varios de los temas acá tratados. Muchas virtudes de este trabajo son imputables a ambos profesores, no así sus errores. Finalmente agradezco a Juan Ignacio Rosas y Juan José Rondón por sus observaciones, y a Paulina Gálvez y José Luis Szczaranski por su apoyo moral e intelectual.

¹ HAYEK, Friedrich, “El ideal democrático y la contención del poder”, *Estudios públicos* n°1 (1980), p. 47.

² BUSTOS, Juan; HORMAZÁBAL, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal, Tomo I*, Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 41.

³ LASCURAIN, Juan Antonio, “Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 22, n° 2 (1995), p. 254.

jurídicos es una tautología, puesto que será bien jurídico justamente aquello que el derecho penal proteja, y por lo mismo, éstas no sirven para ofrecer un criterio de lo legítimamente criminalizable.⁴

La tensión entre ambas corrientes –materiales o trascendentes las primeras, formales o inmanentes las segundas– se condice con la tensión existente entre una teoría trascendente de bien jurídico que busque limitar efectivamente al legislador y los principios de la democracia liberal.

En este marco, caracterizado por el intento de afirmar una teoría que pueda coherentemente restringir el ámbito de lo criminalizable, el recurso al contrato social como fundamento de un límite a lo punible juega un rol destacado que se analizará brevemente antes de entrar al análisis de las distintas tesis sobre el bien jurídico.

1. Sobre el contrato social y sus límites.

Considerando que en palabras de Schünemann, la teoría del contrato social de la ilustración ha afirmado un concepto material de delito seguido de forma más o menos directa desde Beccaria hasta Birnbaum,⁵ parece razonable iniciar el presente estudio haciendo un breve repaso a distintas teorías contractuales, remarcando que no cualquier concepción del contrato social tendrá la capacidad de fundamentar una teoría del bien jurídico que pueda cumplir su objetivo de constituirse en un baremo que permita medir las decisiones del legislador con “criterios justos y claros, utilizándolos al mismo tiempo para su justificación y crítica”.⁶

Así, si entendemos que con el contrato lo que se hace es abandonar un estado de guerra permanente, en el que no existen derechos, y que ello se hace mediante la entrega total del poder al soberano ajeno al contrato, entonces no podremos afirmar límites al poder estatal, ya que la soberanía o es total, o no evita que la guerra se retome. Por ello, para Hobbes no es admisible la resistencia al soberano, ya que se reintroduciría el *bellum omnium contra omnes*. A pesar de lo anterior, dicho autor sí reconoce un ámbito en el cual el soberano no podría involucrarse: el culto interno a cuestiones de fe y milagros, con lo que el único límite a lo criminalizable se encontraría en aspectos del fuero interno de los súbditos, lo que malamente podría servir para fijar un límite aceptable al legislador.

⁴ DE TOLEDO, Emilio, “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo XLIII, Fascículo I (1990), p. 6. Igualmente: BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá: Editorial Temis S.A., 1996, p. 9.

⁵ SCHÜNEMANN, Bernd, “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y su interpretación”, Trad.: MARTÍN LORENZO, María; FELDMAN, Mirja, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 207. En el mismo sentido: FRISTER, Helmut, *Derecho Penal. Parte General*, Trad.: DE LAS MERCEDES GALLI, María, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, p. 80.

⁶ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 105.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

En contra de este modelo, Locke entiende que en el estado de naturaleza ya hay ley natural y derechos, existiendo entonces una sociedad civil previa al Estado. Es en dicha sociedad que se ceden al Estado sólo los derechos necesarios para la conservación del orden, siendo por ello posible la resistencia legítima en reclamo de los derechos anteriores al contrato.⁷ Así, con Locke el derecho a castigar se funda en el carácter eterno de la ley natural, de forma tal que con la estructuración de la sociedad civil, el poder punitivo –derivado de la obligación natural de los individuos a no lesionar la vida, salud, libertad o propiedad ajena– se transmite a la comunidad, consintiendo los individuos en su propia punición en caso de infringir el contrato mediante delito, con lo que el delincuente se convierte en traidor a la patria.⁸

Podemos encontrar un fundamento diverso en una concepción del contrato que tenga de base una teoría de derecho natural de corte racionalista, en que los deberes se ordenan en función de la razón humana. Así, la legitimidad de la ley depende de aquellos sometidos a ella y se enjuicia según su coincidencia con un entendimiento de los ciudadanos como personas que racionalmente deciden todos ceder parte de su libertad para poder convivir.⁹ En éste sentido Roxin afirma que, conforme al pensamiento de la ilustración, se ceden al legislador sólo aquellas facultades requeridas para asegurar existencia libre y pacífica con los medios más suaves posibles.¹⁰ Hassemer indica que en este marco, el Estado está allí para garantizar que se respete el contrato, y puede el mismo violarlo si restringe la libertad más de lo autorizado. Por lo anterior, no se funcionaliza a la persona en aras del Estado, sino que éste es un medio para asegurar libertades cuya vulneración constituye delito.¹¹ Conforme a ello, para Alcácer las normas jurídico penales sólo deben dirigirse a asegurar condiciones esenciales de libertad, de forma tal que se justifica la prohibición de aquellas conductas que dañen esas condiciones.¹² En sentido similar, Schünemann afirma que en base al contrato social se ha sostenido un concepto de delito que se define por el daño social ocasionado a bienes naturales o sociales de los miembros de la sociedad. El autor agrega que en razón del contrato, y del deber del Estado de asegurar condiciones de desarrollo, surgen coordinadas de lo protegible mediante derecho penal que contarían con respaldo constitucional, por cuanto toda Constitución supone al contrato social.¹³ Esta

⁷ ZAFFARONI, Raúl, *El leviatán y el derecho penal*, en: <http://www.geocities.ws/cindeunsch/doc/public/Zaffa04.pdf>

⁸ ESER, Albin, “Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima”, *Cuadernos de conferencias y artículos* n° 18 (1998), p. 57. Trad.: CANCIO, Manuel.

⁹ GÜNTHER, Klaus, “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un ‘cambio de paradigma’ en el Derecho Penal?”, Trad.: SILVA SÁNCHEZ, Jesús, en: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT Y ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA, *La insostenible situación del derecho penal*, Granada: Editorial Comares, 2000, p. 490.

¹⁰ ROXIN, Claus, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, Trad.: ORTIZ DE URBINA, Íñigo, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 446 y 447.

¹¹ HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Trad.: MUÑOZ CONDE, Francisco; DIAZ PITA, María, Santa fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999, pp. 3 y ss. y 18.

¹² ALCÁCER, Rafael, *Sobre el concepto de delito: ¿lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2003, pp. 77 y 78.

¹³ SCHÜNEMANN, “El principio de protección”, cit. nota n°5, pp. 207 y 208.

misma base racional lleva a que la reacción estatal sólo deba servir a su cometido de asegurar los derechos individuales y los propios que se han atribuido para garantizar la convivencia.¹⁴ Ahora bien, ante esto, Amelung hace ver que en el contrato social de la ilustración el delito no sólo vulnera el derecho que debe garantizar el Estado, sino que también lesiona el estatuto organizativo mismo.¹⁵

Un caso aparte es el de la teoría de John Rawls –variante de la teoría kantiana–, conforme a la cual se puede fundamentar un límite a la actuación del Estado en base a los principios que se elegirían en la “posición original” caracterizada por el “velo de ignorancia”: 1° a cada uno le corresponde el esquema más amplio de libertades que sea compatible con uno semejante para los demás; y 2° las desigualdades sociales y económicas se conforman de modo tal que: a) se espere que sean convenientes a todos, b) se refieran a empleos y cargos accesibles para todos. Así, Rawls afirma que “la única razón para circunscribir los derechos que definen la libertad y hacer menos extensivas las libertades básicas, es que de otra manera estos derechos, como están institucionalmente definidos, interfieran unos con otros”.¹⁶

Ahora bien, a pesar de lo anterior, sería un error considerar que en la *Teoría de la Justicia* es el contrato el que establece límites a lo criminalizable. Resulta que Rawls justamente retira a las normas penales del ámbito que es objeto del contrato, de forma tal que no es la racionalidad de los agentes manifestada en los principios indicados lo que determina aquello que debe ser protegido por el derecho penal. Por el contrario, en el párrafo 48 del libro en comento, el autor sostiene que:

“En una sociedad razonablemente ordenada, los que son castigados por violar leyes justas normalmente ha hecho algo malo. Esto se debe a que el propósito del derecho penal es sostener los deberes naturales básicos, aquellos que nos prohíben dañar a otras personas en su vida y salud, o privarlas de su libertad o de sus propiedades, y los castigos tratan de conseguir este fin”.¹⁷

Así, la pena en Rawls no se fundamenta en un juicio racional, sino que constituye un castigo a un demérito pre-social, encontrándose el delito ya en el estado de naturaleza. Por ello, si se buscara un límite al derecho penal, entonces no corresponde acudir al contrato o a la razón, sino que a deberes naturales anteriores.

2. Las distintas tesis y la evolución del concepto.

¹⁴ POLAINO, Miguel, *El bien jurídico en el derecho penal*, Sevilla: Publicaciones Universidad de Sevilla, 1974, p. 107.

¹⁵ AMELUNG, Knut, “El concepto de <bien jurídico> en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, Trad.: ORTIZ DE URBINA, Íñigo, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 260.

¹⁶ RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Trad.: GONZÁLEZ, María, México: Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 25, 67 a 71 y 150.

¹⁷ RAWLS, *Teoría de la Justicia*, cit. nota n° 16, p. 291.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

Existe consenso en ubicar el inicio de la teoría del bien jurídico en la obra de Birnbaum. Su concepto de delito busca hacer frente a la hasta entonces dominante teoría de Feuerbach que comprendía el delito como “lesión de derecho”. En Feuerbach, la unión de voluntades importa la fundación de la sociedad civil, la cual, al organizarse constitucionalmente y someterse a la voluntad común, constituye al Estado.¹⁸ Éste asegura mediante leyes los derechos anteriores al mismo,¹⁹ garantizando así la libertad. Luego –y entendiendo que el núcleo del delito se encuentra en la esfera individual de la libertad para el desarrollo–,²⁰ para Feuerbach el delito se comprende como lesión de alguno de los derechos anteriores al Estado que se encuentra protegido por una ley penal,²¹ de forma tal que sólo en la medida que dichas leyes protejan efectivamente la libertad, se podría llamar “crimen” a la vulneración de aquellas (aún cuando al referirse a los sujetos del crimen, el autor defina a éste simplemente como “infracción a una ley”²²). De esta forma, entendemos que el delito en Feuerbach se encuentra constituido tanto por un aspecto sustantivo y principal (la lesión de derechos anteriores al Estado), como por otro que podemos considerar formal y accesorio al primero (que dicho derecho se encuentre protegido por norma penal). En esta medida, el delito rompe la igualdad entre autor y víctima, produciéndose una lesión de la libertad garantizada estatalmente,²³ y subordinándose el concepto de delito al principio material de preservación de la libertad individual.²⁴ En este marco, el rol del derecho penal consiste en proteger la esfera negativa de libertad de los ciudadanos; y la pena, entendida como consecuencia jurídica de una lesión, resulta necesaria para preservar derechos externos.²⁵

En este sentido, la finalidad del Estado consistente en que no tengan lugar lesiones jurídicas,²⁶ no puede entenderse como finalidad de evitar infracciones a leyes.²⁷

¹⁸ FEUERBACH, Anselm, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, Trad.: ZAFFARONI, Raúl; HAGEMEIER, Irma, Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1989, p. 58.

¹⁹ Al respecto: ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “La legitimación del control penal del los ‘extraños’”, en: CANCIO MELIÁ, Manuel; GOMEZ-JARA, Carlos, *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid: Edisofer S.L., 2006, p. 1138.

²⁰ ESER, “Sobre la exaltación”, cit. nota n° 8, p. 57. En el mismo sentido: HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit. nota n° 6, p. 107. Igualmente Klaus, quien afirma que en Feuerbach, puesto que el derecho es una forma de aseguramiento coactivo de la compatibilización recíproca de libertades iguales, el delito es vulneración de derechos subjetivos iguales de libertad que gozan de estatus pre-positivo, garantizados por contrato estatal y asegurados por ley penal; en: GÜNTHER, “De la vulneración de un derecho”, cit. nota n° 9, pp. 489 a 491.

²¹ FEUERBACH, *Tratado*, cit. nota n° 18, p. 64.

²² FEUERBACH, *Tratado*, cit. nota n° 18, p. 69.

²³ ALCÁCER, *Sobre el concepto de delito*, cit. nota n° 12, p. 77.

²⁴ TAVARES, Juárez, *Bien jurídico y función en Derecho Penal*, Trad.: CUÑARRO, Mónica, Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 18.

²⁵ ALCÁCER, *Sobre el concepto de delito*, cit. nota n° 12, p. 119.

²⁶ FEUERBACH, *Tratado*, cit. nota n° 18, p. 58.

²⁷ Esto no se ve modificado por el hecho que Feuerbach acepte prohibiciones de conductas que no sean en sí mismas antijurídicas, ya que sólo habrá derecho a establecer esas prohibiciones en la medida que ellas puedan ser consideradas necesarias para asegurar el objetivo de evitar lesiones de derechos; en: FEUERBACH, *Tratado*, cit. nota n° 18, p. 64.

Ante este escenario, Birnbaum argumenta que la privación de un bien sobre el que se tiene derecho en nada afecta al derecho mismo, y por ello, la acción prohibida no puede ser entendida como “lesión de derechos”. Por el contrario, siguiendo a Henrion de Panfeu, el objeto de la ciencia penal es preservar beneficios de la asociación política, y el crimen consiste en conductas realizadas para quitar o menoscabar esos beneficios.²⁸ De allí se afirma que la esencia del delito debe ser la lesión de un bien y no de un derecho.²⁹

Respecto de estos bienes, el autor sostiene que ellos corresponderán a aquellos cuyo disfrute debe garantizar el Estado y que se dan al hombre por naturaleza o desarrollo social;³⁰ distinguiendo además entre acciones que lesionan a personas determinadas en alguno de estos bienes, y acciones que afectan a la colectividad toda, dentro de las cuales incluye al conjunto de ideas religiosas.³¹

Conforme a lo dicho, en Birnbaum se debe considerar “delito o punible en el Estado, según la naturaleza de la cosa o conforme a la razón, toda lesión o puesta en peligro, imputable a la voluntad humana, de un bien que el poder público ha de garantizar parejamente a cada cual, siempre que no quepa conseguir una garantía general sino a través de la conminación de una pena determinada y la ejecución de la amenaza legal contra cualquier infractor”,³² con lo que se reconoce un principio de *ultima ratio* que puede morigerar la extensión de lo punible producida por la introducción del concepto de “bien”.³³ Su tesis, además de esta

²⁸ Al respecto, Pérez del Valle remarca cómo esta oposición entre Birnbaum y Feuerbach consiste en el intento por parte del primero de recuperar el *suum qui que* frente a la restricción del derecho al *neminem laede* por parte del segundo; en: PÉREZ DEL VALLE, Carlos, “En el punto de mira. La crítica a la teoría de los bienes jurídicos”, *InDret* n° 379, 4/2006, p. 3.

²⁹ BIRNBAUM, Franz, *Sobre la necesidad de una lesión de derecho para el concepto de delito*, Trad.: GUZMÁN DALBORA, José; Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2010, pp. 54 a 57. Además, Birnbaum (p. 59) agrega que con esta configuración del delito es posible distinguir correctamente entre tentativas y consumaciones, lo que no era posible en la teoría de Feuerbach: a diferencia de lo que ocurría en la tentativa, Feuerbach no consideraba que al escapárseme un tiro y casi herir a alguien se pudiera hablar de lesión de derechos. Pero, si la “lesión de derechos” debe entenderse como “acción contraria a ese derecho”, entonces también en el descuido hay delito, ya que la prohibición de lesionar incluye a la de no poner en peligro, y el peligro está presente igualmente en el descuido (pp. 53 y 62). Además de afirmar que no habría lesión de derecho en infracciones de policía, y que el derecho no puede ser lesionado, Birnbaum también critica a Feuerbach la insuficiencia de sus tesis en relación a la necesidad de los jueces de contar con elementos generales para reconocer aquello que el Estado contempla como delito; en ese sentido: GÜNTHER, “De la vulneración de un derecho”, cit. nota n° 9, p. 495.

³⁰ De lo que se sigue una división entre delitos naturales y sociales.

³¹ BIRNBAUM, *Sobre la necesidad*, cit. nota n° 29, pp. 58 y 59.

³² BIRNBAUM, *Sobre la necesidad*, cit. nota n° 29, p. 60. Se agrega que lo castigable, entonces, no puede depender de la arbitrariedad del legislador (p. 82).

³³ Se argumenta que el paso desde la lesión de derechos a la lesión de bien supone una ampliación de lo criminalizable, ya que se carece de una exigencia de dañosidad social derivada de la lesión de derechos. Tavarez insiste en ello al señalar que la finalidad de Birnbaum era adecuar la teoría del delito a las normas de derecho vigente de forma que se pudiera contemplar como delito aquellos actos contrarios a la religión; en: TAVARES, *Bien jurídico*, cit. nota n° 24, pp. 18 y 20. Günther sostiene que al no resolverse quien, ni bajo qué criterios decide lo que debe ser protegido en cuanto “bien”, se produce una expansión de lo que puede ser objeto de delito, y se relaja la correlación entre derecho subjetivo de libertad y deber negativo. Al afirmar Birnbaum que la antijuridicidad -en cuanto relación con la ley estatal- es el elemento común de todos los delitos, abre la puerta a la protección de intereses comunitarios, lo que corresponde a una de las metas del autor, quien entiende que si el derecho penal se ocupa de ideas morales o religiosas, es suponiendo que la

limitación al legislador, reconoce una al juez, ya que si bien afirma que por concepto “jurídico natural de delito” se debe entender aquello que conforme a la naturaleza del derecho penal puede ser considerado punible en la sociedad civil -y por lo tanto es correcto hablar de un concepto de delito preexistente a la ley- ello no autoriza al juez a penar a falta de norma.³⁴

Por lo anterior, el concepto de “bien” en Birnbaum, al igual que el de “derecho” en Feuerbach, es previo al derecho positivo³⁵ e indisponible para el legislador.³⁶ Por lo mismo, en ambas teorías, es posible establecer un límite a lo criminalizable que resulta, al menos en principio, independiente de la concreta configuración del ordenamiento jurídico. En Feuerbach ello ocurrirá en base a los derechos anteriores a la constitución de la sociedad civil, mientras que en Birnbaum el centro se encuentra en el ordenamiento social centrado en el bienestar individual del hombre.

En el extremo opuesto a la tesis de Birnbaum, la teoría de Binding –quien entiende el delito como infracción culpable de una norma amenazada con pena–³⁷ utiliza una base jurídico-positiva para establecer el bien jurídico, directamente y en todo caso, en el contenido mismo de cada norma.³⁸ De esta forma, recurre al derecho positivo y extrae los bienes del ordenamiento, determinando su extensión en base a los objetos que para el legislador son importantes. Así, el bien jurídico se conceptualiza como aquello que el legislador considera valioso³⁹ como condición de vida sana y en cuyo mantenimiento la comunidad –en opinión del legislador– tiene interés;⁴⁰ reduciéndose el bien jurídico a un elemento de la propia norma⁴¹ y siendo concebido como *ratio legis*.⁴²

ofensa se dirige contra bienes comunes del pueblo en: GÜNTHER, “De la vulneración de un derecho”, cit. nota n° 9, pp. 496 a 498. Al respecto, Eser señala que la ampliación de lo jurídico-penalmente protegible que se hace posible con Birnbaum, no importa una despersonalización del delito; en: ESER, “Sobre la exaltación”, cit. nota n° 8, p. 58. Bustos, por su lado, afirma con Birnbaum hay una limitación a lo punible ya que su concepto de bien se encuentra más allá del derecho, por lo que al Estado sólo le queda reconocerlo, identificándolo entonces con una teoría trascendente; en: BUSTOS, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona: PPU, 1994, pp.100 y 101.

³⁴ BIRNBAUM, *Sobre la necesidad*, cit. nota n° 29, pp. 39 y 81.

³⁵ BUSTOS, *Manual*, cit. nota n° 33, p. 100. En el mismo sentido: STRATENWERTH, Günther, *Derecho Penal Parte General I. El hecho punible*, Trad.: CANCIO, Manuel; SANCINETTI, Marcelo, Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 64.

³⁶ SCHÜNEMANN, “El principio de protección”, cit. nota n°5, p. 207, agregando que dicha limitación, en un Estado Constitucional, podría imponerse por el Tribunal Constitucional.

³⁷ ESER, “Sobre la exaltación”, cit. nota n° 8, p. 59. Igualmente: POLAINO, *El bien jurídico*, cit. nota n° 14, p. 108, en donde se señala que las normas penales anidan en su esencia misma el concepto del objeto de tutela.

³⁸ BUSTOS, *Manual*, cit. nota n° 33, p. 101. El autor indica que en Binding la infracción de la norma supone negar obediencia al querer del Estado, lesionando así el derecho subjetivo de sometimiento conjuntamente con el bien jurídico.

³⁹ Fernández afirma que en dicho juicio de valor, conforme a la teoría de Binding, el legislador no se encuentra limitado de manera alguna; en: FERNÁNDEZ, Gonzalo, *Bien jurídico y sistema del delito*, Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 19. Zaffaroni agrega que dicho juicio de valor puede recaer en personas, cosas o estados, correspondiendo al legislador dar el criterio selectivo; en: ZAFFARONI, Raúl, *Tratado de derecho penal parte general III*, Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 249.

⁴⁰ ESER, “Sobre la exaltación”, cit. nota n° 8, p. 59.

⁴¹ TAVARES, *Bien jurídico*, cit. nota n° 24, p. 23

Por lo anterior, en Binding se afirma que toda norma tiene bien jurídico, y que éste es lesionado en toda contravención a la misma, con lo que el delito es siempre infracción del deber de obediencia al Estado,⁴³ resultando entonces que todo injusto material punible es también injusto formal.⁴⁴ De esta forma, la infracción de ley, que en Feuerbach era necesaria para la configuración del crimen, pero secundaria y dependiente de la lesión de derechos conocibles mediante la razón, es ahora con Binding directamente el núcleo del delito, sin que haya nada relevante detrás de ella.

En base a las dos teorías recién vistas es ya posible distinguir entre dos corrientes en las que se podrán agrupar a los autores siguientes. Así, junto a Birnbaum, por un lado estarán von Liszt y Welzel, los cuales también conciben al bien jurídico como un concepto independiente de la legislación; y por otro, tendremos a Binding, Honig y Mezger, para quienes no tiene sentido hablar de que el derecho penal “deba” proteger bienes jurídicos, sino que aquello que el derecho penal proteja será considerado bien jurídico. Actualmente, Jakobs (al afirmar que el bien jurídico se corresponde con el objeto de protección de la norma o los procesos valorados positivamente que gozan de protección jurídica, y al concebir el injusto de una forma alejada del mundo empírico) es un representante de éste último grupo; mientras que –por regla general– los autores que sostienen como misión del derecho penal la protección de bienes jurídicos, pueden ser vistos como continuadores de los primeros.

Como resulta evidente, sólo en la medida que se conciba al bien jurídico como independiente de la norma –al menos en su sustrato–, éste puede constituirse en un factor legitimante o limitador de la criminalización por parte del legislador.⁴⁵

Conforme a lo dicho, y dentro de las corrientes neokantianas –según las cuales las ciencias del espíritu se deben regir por normatividad y en referencia a valores–⁴⁶ la tesis de Honig

⁴² SCHÜNEMANN, “El principio de protección”, cit. nota n°5, pp. 101 y 102.

⁴³ FERNÁNDEZ, *Bien jurídico*, cit. nota n° 39, pp. 18 y 19. En este sentido se afirma que el derecho se constituye por normas deducibles de la ley penal, y anteriores a ella consistentes en imperativos, importando el delito una contravención a esa norma, configurándose a su vez como lesión del derecho subjetivo del Estado a mandar.

⁴⁴ POLAINO, *El bien jurídico*, cit. nota n° 14, p. 111. En ese sentido se sostiene que el derecho protege los intereses que le parecen relevantes mediante tuteladas constituidas por normas prohibitivas de lesiones de bienes, o por normas sancionatorias de la desobediencia a mandato legal (pp. 108 y 109), criticándose la existencia de injustos exclusivamente formales (p. 111). En el mismo sentido: POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿Dos funciones excluyentes?”, en: JAKOBS, Günther; POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel, *Bien Jurídico, vigencia de la norma y daño social*, Perú: ARA Editores, 2010, pp. 38 y 39, señalando que en Binding la lesión formal de las normas prohibitivas o de mandato constituyen ya el objeto de protección.

⁴⁵ BACIGALUPO, Enrique, “Concepto de bien jurídico y límites del derecho penal”, en: MONTEALEGRA, Eduardo; CARO, José Antonio, *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 21.

⁴⁶ FERNÁNDEZ, *Bien jurídico*, cit. nota n° 39, p. 25. Se abandona entonces una noción material de bien jurídico a favor de una concepción de valor cultural hipotético, cuyo origen se encuentra en los imperativos y prohibiciones de la norma. En el mismo sentido: TAVARES, *Bien jurídico*, cit. nota n° 24, p. 26. Eser, por su parte, señala que en tanto se concibe al delito como afectación de derechos de terceros, se posibilita un rol más

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

ve el bien jurídico como un valor identificado con la finalidad de la norma,⁴⁷ de forma tal que el concepto mismo pierde cualquier contenido real y concreto.⁴⁸ Así, no hay un bien o valor que merezca protección y en virtud del cual se genera una norma, sino que la norma determina un objeto protegido conocible en razón de la finalidad perseguida por el legislador, consistiendo el bien jurídico simplemente en el fin perseguido por el legislador en cada tipo. En esta teoría no se recurre a la naturaleza de bienes o valores,⁴⁹ sino que se espiritualiza el concepto⁵⁰ y se renuncia a toda autonomía del objeto de tutela respecto de la voluntad del legislador, por lo que no hay posibilidad de que cumpla función garantista alguna.⁵¹

A diferencia de Honig, en el trabajo de von Liszt el bien jurídico corresponde a una realidad previa al derecho que recibe de éste un reconocimiento que lo eleva desde la categoría de interés a la de bien jurídico. En este sentido, se afirma que la pena, como acción adecuada a un fin cuya previsión pasa a ser su motivo, reconoce en la protección de condiciones de vida del individuo y del grupo a su finalidad. Así, al objetivizar la pena las condiciones de vida de la comunidad estatal y de los individuos miembros del grupo, aquellas son “fijadas, sopesadas recíprocamente, declaradas intereses protegidos, elevadas a bienes jurídicos”, todo ello mediante imperativos generales: “no debes matar, ni hurtar, ni cometer adulterio, ni llenar de insidia la vida de tu príncipe”, etc.⁵²

Por ello, luego de reflexionar sobre la imposibilidad de fundar metafísicamente la medida de la pena, von Liszt recurre al bien jurídico como baremo para fijar su magnitud justa, afirmando que si la pena protege bienes jurídicos⁵³ mediante la lesión de los mismos,

protagónico de la víctima, lo que sin embargo es moderado por la previsión de una consecuencia “estatal” al delito: la pérdida de ciudadanía; en: ESER, “Sobre la exaltación”, cit. nota n° 8, p. 56.

⁴⁷ TAVARES, *Bien jurídico*, cit. nota n° 24, p. 27.

⁴⁸ BUSTOS, *Manual*, cit. nota n° 33, p. 105. En el mismo sentido: ESER, “Sobre la exaltación”, cit. nota n° 8, p. 62, quien señala que Honig no concibe el bien jurídico como algo real y concreto, sino como un elemento categorial, un mero principio rector de la configuración conceptual. También: ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, cit. nota n° 39, p. 249.

⁴⁹ POLAINO, *El bien jurídico*, cit. nota n° 14, p. 145 y ss., agregando que conforme a lo dicho, lo protegido por la norma no corresponde a un bien jurídico en sí mismo, sino que sólo en relación a conductas determinadas.

⁵⁰ BUSTOS, *Manual*, cit. nota n° 33, p. 105. Igualmente: POLAINO, *El bien jurídico*, cit. nota n° 14, p. 146. También: FERNÁNDEZ, *Bien jurídico*, cit. nota n° 39, pp. 25 y 26, quien señala que con Honig se elude el problema del sustrato material mediante la formalización del concepto y otorgándole el valor de un principio teleológico. En la distinción entre un concepto material y uno espiritualizado, Alcácer señala que en el primer caso el bien jurídico se configura como el objeto valorado, mientras que en el segundo se remite a la valoración del objeto: una cosa es la situación fáctica de ausencia de impedimentos a la libertad, y otra es la valoración positiva respecto de la libertad. Una versión material entiende que lo protegido es la vida en concreto de cada ciudadano, en tanto realidad positivamente valorada; mientras que la visión espiritualizada entiende que lo protegido es el valor social vida (ALCÁCER, *Sobre el concepto de delito*, cit. nota n° 12, pp. 82 y 83).

⁵¹ FERNÁNDEZ, *Bien jurídico*, cit. nota n° 39, p. 25.

⁵² VON LISZT, Franz, *La idea de fin en el derecho penal*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 84 a 89.

⁵³ Lo que se materializa por motivación y neutralización mediante secuestro; en: VON LISZT, *La idea de fin*, cit. nota n° 52, pp. 111 y 112.

entonces se debe exigir la mayor economía en su uso, y por tanto corresponde aplicar en cada caso la pena necesaria para proteger el mundo de los bienes jurídicos.⁵⁴

En la línea de Birnbaum, para von Liszt los bienes no tienen su origen en el ordenamiento jurídico, sino que en la vida,⁵⁵ y dependen de las necesidades de los seres humanos.⁵⁶ Con esta configuración independiente del derecho, el bien jurídico es apto para señalar límites al legislador.⁵⁷ Respecto del centro de gravedad de su concepto, éste no prioriza entre las condiciones de subsistencia del sistema y las del individuo.

En el trabajo de Mezger,⁵⁸ y a diferencia de lo que ocurre con von Liszt, se entiende que el bien jurídico “es una *figura ideológica*, la *valoración objetiva* en su forma más sencilla, que el bien protegido lleva en sí o la síntesis realizada en ideas de lo que el tipo abarca en conjunto de acuerdo con su sentido”. De esta forma, el bien jurídico se corresponde con el objeto de protección de la ley o el objeto de ataque del delincuente, sin que recaiga necesariamente en un objeto concreto del mundo exterior. Por lo mismo, y debido a que el autor distingue claramente entre objeto de acción y objeto de protección, su concepto de bien jurídico es marcadamente espiritualizado, abarcando a los medios y modalidades de la acción -como la tranquilidad doméstica o la seguridad pública- en la medida que la ley los mencione especialmente o que dicha calidad sea posible de deducir en base a una interpretación sistemática.

Así, conforme a la visión de Mezger el bien jurídico depende directamente del legislador⁵⁹ y por lo mismo, no puede servir de criterio limitador a su actuar.

En contraposición al rol que von Liszt le asigna a los bienes jurídicos (en tanto objetos a ser directamente protegidos) y con lejanía a las ataduras materiales, en la tesis de Welzel se entiende que la finalidad positiva y ético-social del derecho penal se encuentra en el

⁵⁴ VON LISZT, *La idea de fin*, cit. nota n° 52, p. 106.

⁵⁵ En este sentido: BUSTOS, *Manual*, cit. nota n° 33, p. 103. Igualmente: ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, cit. nota n° 39, p. 249.

⁵⁶ Al respecto: ESER, “Sobre la exaltación”, cit. nota n° 8, p. 60. Eser afirma que a consecuencia de esta base previa al juicio de valor jurídico, el bien se desmaterializa producto de la distinción entre aquel y el objeto de ataque, generándose un interés de protección espiritual, en contraposición a una acción extremadamente física, con lo que no cabría entender el bien jurídico como la vida concretamente afectada, sino que en referencia a la protección de la vida en general. Al respecto, Polaino Navarrete señala que en von Liszt lo que el derecho penal protege son intereses humanos procedentes del mundo de los valores sociales y que conforman el contenido de la norma; en: POLAINO NAVARRETE, “Protección de bienes”, cit. nota n° 44, pp. 38 y 39.

⁵⁷ POLAINO, *El bien jurídico*, cit. nota n° 14, p. 114. Igualmente: MIR, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*, Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 113.

⁵⁸ MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Libro de estudio. Parte general*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, pp. 148 a 159. Conforme a este autor, el derecho es una ordenación objetiva de la vida que se materializa en una norma objetiva de valoración, la cual puede referirse a una conducta externa o interna, y de la cual a su vez se deduce una norma de determinación en forma de mandatos o prohibiciones (p. 134).

⁵⁹ En este sentido: FERNÁNDEZ, *Bien jurídico*, cit. nota n° 39, pp. 28 y 29; también: TAVARES, *Bien jurídico*, cit. nota n° 24, p. 27.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

amparo de los valores elementales de la vida en comunidad,⁶⁰ y sólo de forma indirecta y como consecuencia de ello, en tanto misión negativa, policial y preventiva, se alcanza la protección de los bienes jurídicos.⁶¹ Así, Welzel sostiene que la única forma de lograr un amparo duradero de los bienes jurídicos es mediante el aseguramiento de valores. El bien jurídico en este esquema es un bien vital para el grupo o el individuo, que en razón de su significación social es amparado jurídicamente, sin que se requiera su corporeidad. Con este concepto amplio, se entiende que el orden social en su conjunto se constituye por la suma de todos los bienes jurídicos. La lesión de éstos es en general esencial para caracterizar el injusto, pero nunca suficiente por sí sola, por cuanto se requiere además que el autor imprima su sello en el hecho mediante un contenido de voluntad.⁶²

Dentro de su concepción, el bien jurídico tiene un anclaje fuera del derecho y en la realidad social,⁶³ correspondiéndose con una situación o estado,⁶⁴ y por ello en principio podría servir para construir una limitación al actuar estatal: se podría argumentar que en determinado caso se está amparando un bien que no resulta vital para el grupo o individuo.⁶⁵

Conforme a lo visto, la idea de Birnbaum –según la cual el bien jurídico es externo al derecho– es compartida por Welzel y von Liszt, no obstante lo cual estos últimos lo conciben en una dimensión más social que el primero. Así, en los trabajos de Welzel y von Liszt se incluyen sin problemas dentro del concepto a aquellos bienes vitales para el grupo y a las condiciones de vida de la comunidad; mientras que en Birnbaum, por cuanto la calidad de bien jurídico supone afirmar que se está ante un bien que debe garantizar el Estado a todas las personas por igual, las características fundamentales de su concepto son

⁶⁰ WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte general*, Trad.: FONTÁN BALESTRA, Carlos, Buenos Aires: Roque De Palma Editor, 1956, p. 1. Esta función ético social no tiene lugar respecto de delincuentes habituales, ya que respecto de ellos el Derecho penal no logra dar sostén a la moral, debiendo por tanto combatirse mediante una media de seguridad que logre la efectiva protección de bienes jurídicos, sin necesidad de establecer tipos claros, o fijar la pena en relación con la culpabilidad. Respecto de ellos el Derecho penal se presenta como protección de bienes jurídicos mediante acción preventiva, y se trabaja con el concepto de peligrosidad social, aplicando penas de duración indeterminada (pp. 11 y ss.).

⁶¹ WELZEL, *Derecho penal*, cit. nota n° 60, p. 3. Esta misión negativa se lleva a cabo prohibiendo conductas y asegurando con ello la vigencia de valores que se encuentran detrás de las prohibiciones, y cuyo contenido, por regla general, se resumen en la prohibición de daño (p. 6). Idéntica relación tiene lugar en la tesis de Bernardo Feijoo (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo código penal de 1995*, Madrid: Editorial Colex, 1997, p. 83).

⁶² WELZEL, *Derecho penal*, cit. nota n° 60, pp. 3 a 6, y 70.

⁶³ MÜSSIG, Bernd, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*, Trad.: CANCIO MELIÁ, Manuel, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 19.

⁶⁴ FERNÁNDEZ, *Bien jurídico*, cit. nota n° 39, p. 40.

⁶⁵ Sobre el potencial limitador de la teoría de Welzel, Mir afirma que al entender el bien jurídico como aquel concreto objeto empírico del mundo que resulta lesionado por el delito, la tesis de Welzel no puede limitar al legislador (MIR, *Introducción*, cit. nota n° 57, p. 114). Bustos, por su lado, afirma que si bien Welzel debe entenderse como continuador de Binding (ya que lo significativo es la norma y el deber en ella implícito), de todas formas coincide también con Von Liszt, puesto que en su tesis el bien jurídico se encuentra más allá de la norma, del derecho y del Estado, en base a lo que le atribuye un giro liberal; en: BUSTOS, *Manual*, cit. nota n° 33, pp. 106 y 107.

primordialmente personales. Es por esta razón que, como hace ver Schünemann, los delitos contra la religión y la moralidad resultan comprendidos un tanto a la fuerza en su teoría, reconociendo que “en sentido estricto (serían) ajenas al verdadero fundamento del derecho penal”.⁶⁶

En base a estas diferentes formas de comprender el bien jurídico, –ya sea en con mayor énfasis en el sistema social, o en relación estrecha con los intereses individuales, o como *ratio legis*– es posible intentar una clasificación de las teorías que a continuación veremos en tres grupos: teorías sociales, teoría personal individual y teoría funcional de derecho penal. Ahora bien, no siendo posible demarcar rígidamente los límites entre unas y otras, se clasificarán las teorías en base a si las características principales del concepto se encuentran referidas a la persona o a la sociedad, aún cuando la limitación precisa del bien jurídico suponga considerar otros factores.

2.1. Teorías sociales del bien jurídico.

Todas las teorías aquí agrupadas encuentran su base en la idea de que el derecho penal tiene como finalidad el proteger a la sociedad. Desde este punto, las diferencias entre los autores radican en la forma en que dicha finalidad –en relación con criterios policriminales, principios y fundamentos del estado de derecho o requisitos de legitimidad suprapositivos– se ve reflejada en un concepto de bien jurídico. Así, mientras que Rudolphi, Mir y Bustos definen al bien jurídico como proceso de interacción social, o relación o función social; Kindhäuser y Silva lo relacionan con las propiedades o medios que permiten participar en procesos sociales o políticos. Gimbernat y Maurach, por su lado, recurren al concepto de interés. De esta forma, el primero –recogiendo la idea de “interés reconocido y elevado” de von Liszt– lo define como interés legítimo no opuesto a derecho subjetivo; y el segundo, lo hace depender de las convicciones generales de la comunidad.

2.1.1. El bien jurídico como interés.

La teoría de Maurach y Zipf sobre el bien jurídico tiene su origen en la afirmación de que la soberanía reside en el Estado. Puesto que esto es así –se argumenta–, la función de la pena se encuentra referida a la relación entre éste y el ciudadano. En este sentido, siendo el primero un instrumento para beneficiar al segundo –posibilitando el cumplimiento de tareas importantes y complejas– resulta imprescindible que el Estado mismo cree “un orden comunitario capaz de conservar su existencia”, para poder efectivamente servir al hombre. De ésta forma, la infracción de su orden estructural mediante lesión de sus mandatos debe ser castigada para asegurar la observancia de sus normas elementales de conducta, y con ello mantener la estructura comunitaria.⁶⁷

⁶⁶ SCHÜNEMANN, “El principio de protección”, cit. nota n°5, pp. 206 y 207. El autor concluye afirmando que “Birnbäum se encontraba en un *atolladero* respecto a los delitos contra la moral y contra la religión”.

⁶⁷ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, Trad.: BOFILL GENZSCH, Jorge; AIMONE GIBSON, Enrique, Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma; 1994, pp. 104 y ss.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

En base a esta justificación de la pena, se afirma que el estado sólo puede castigar aquellas conductas que afectan la estabilidad de la vida social, es decir, aquellas que por incidir de forma inaceptable en la “capacidad de mantener la estabilidad y funcionalidad de la vida social” generan dañosidad social.⁶⁸

A su vez, la mayor perturbación social tiene lugar cuando las acciones afectan “intereses que para la convicción general de la comunidad (...) aparecen como particularmente valiosos y, por lo mismo, especialmente necesitados de protección”. Estos intereses son bienes jurídicos.⁶⁹ Ahora bien, para los autores, sólo pueden regir como bienes jurídicos los intereses que son reconocidos por la totalidad o al menos la mayoría social. Por ello, se sostiene que regirán de forma más genérica como bienes jurídicos los intereses más cercanos a los “derechos naturales del individuo y de la comunidad”.⁷⁰

Al depender los bienes jurídicos de las valoraciones generales, se entiende que la pena protege los “valores comunitarios más elementales e importantes”,⁷¹ los cuales son seleccionados mediante decisión legislativa.⁷² Ahora bien, que se sostenga ese concepto material de delito, no niega la obligación del juez de respetar la ley, incluso si aquel fuere en un caso concreto interpretado erróneamente.⁷³

En términos similares, Gimbernat sostiene que la finalidad de la pena se encuentra en la protección de intereses sociales, y en tanto ésta constituye una intervención intensa, debe ser dejada como última instancia de protección y recaer sólo respecto de bienes jurídicos de máxima envergadura, lo que dependerá del valor que la cultura le atribuya.⁷⁴ En un sentido similar al de von Liszt, Gimbernat concibe el bien jurídico como interés que, por constituir un derecho subjetivo o por ser socialmente legítimo, es valorado positivamente

⁶⁸ MAURACH/ZIPF, *Derecho penal*, cit. nota n° 67, p. 213.

⁶⁹ MAURACH/ZIPF, *Derecho penal*, cit. nota n° 67, p. 333.

⁷⁰ MAURACH/ZIPF, *Derecho penal*, cit. nota n° 67, p. 336. No obstante que los bienes jurídicos dependen de valoraciones sociales, su titularidad puede corresponder tanto a individuos como a la comunidad (p. 337).

⁷¹ MAURACH/ZIPF, *Derecho penal*, cit. nota n° 67, p. 212. En términos similares se manifiestan Jescheck y Weigend: afirman que el derecho penal protege la convivencia social, la cual depende tanto del orden social – conformado por normas preexistentes a las jurídicas– como del ordenamiento jurídico (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Trad.: OLMEDO, Manuel, Granada: Editorial Comares, 2002, pp. 2 y 3). Para otorgar esta protección, se seleccionan los valores del orden social que resultan imprescindibles para la convivencia, los cuales corresponde a relaciones entre las personas y sus intereses, pudiendo incluirse las convicciones valorativas de la misma sociedad (pp. 274 y ss.). El bien jurídico entendido como relación social se analiza en el punto siguiente.

⁷² MAURACH/ZIPF, *Derecho penal*, cit. nota n° 67, p. 106.

⁷³ MAURACH/ZIPF, *Derecho penal*, cit. nota n° 67, p. 216.

⁷⁴ GIMBERNAT, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Madrid: Editorial Tecnos, 1999, pp. 25 a 27. En Chile, Matus parece seguir un camino similar: se identifica el bien jurídico con un interés relevante y protegido por norma; agregando que dichos intereses sólo podrán derivarse de la “vida en sociedad y de las relaciones interpersonales que ello conlleva”. Con esto, entendemos que en la configuración de los bienes jurídicos al legislador sólo le cabe reconocerlos y que la naturaleza de los mismos depende de la estructura social. en: MATUS, Jean Pierre, *La ley penal y su interpretación*, Santiago: Ediciones Jurídicas Congreso, 1994, pp. 125 y 127.

por el ordenamiento. Ahora bien, al señalar el autor que sólo podrá hablarse de bien jurídico en la medida que el interés en cuestión no se oponga a “un interés preponderante constitucionalmente protegido”, se puede entender que su concepto de bien jurídico es relativo, por cuanto la consideración como tal de un interés requiere que se juzgue si en el caso concreto éste se encuentra en colisión con otro interés predominante.⁷⁵ Para Gimbernát, entonces, un sentimiento puede constituir bien jurídico en tanto se trate de uno legítimo que no se ve opuesto a ningún derecho subjetivo.⁷⁶

Según lo anterior, y en la medida que el legislador sea quien define los derechos subjetivos, la teoría parece no poder ofrecer un límite a la creación de normas penales. Así, se señala como sentimiento legítimo –y por ello protegible– el de angustia generada por los accidentes de tránsito, en virtud de lo cual se justifica la sanción del no uso de cinturones de seguridad, ya que con ella se protegen dichos “sentimientos comprensibles”.⁷⁷ Sin embargo, y hasta antes de que se prohibiera el no uso del cinturón, era correcto afirmar que les asistía a los conductores el derecho a no usar el implemento de seguridad. De acuerdo a lo anterior, cuando se objeta el delito consistente en la negación del holocausto,⁷⁸ indicando que el interés en no verse ofendido por esos comentarios se opone a la libertad de expresión de los autores, se podría argumentar que –de la misma manera que el derecho a no utilizar cinturón de seguridad desaparece cuando esa conducta es penada– deja de haber derecho a proferir esas expresiones desde que se dispone el castigo de ellas.

Por lo anterior, en la tesis de Gimbernát debe entenderse como ilegítima aquella protección de intereses que se opone, no a lo que se encuentra de hecho amparado por un derecho subjetivo, sino que a lo que *debería* estar amparado por uno. Ahora bien, para que esto no suponga traspasar la incertidumbre desde la pregunta por aquello que debe constituir un bien jurídico a la pregunta por aquello que debe ser amparado por un derecho subjetivo, sería necesario ofrecer un criterio para delimitar lo que debería constituirse en derecho subjetivo.

2.1.2. El bien jurídico como elemento estructural de lo social.

Un buen punto de partida para esta concepción del bien jurídico se encuentra en la tesis de Rudolphi. Lo que él busca es dar con una concepción que concilie aspectos tanto de las corrientes materiales como de las formales: por un lado, su teoría pretende constituir un límite al legislador, para lo cual su concepto debe ser previo a la norma penal; pero por otro lado, y al mismo tiempo, busca que dicho límite sea vinculante, por lo que no podrá obtenerlo ni del derecho natural ni de relaciones sociales preexistentes al derecho. De esta

⁷⁵ GIMBERNAT, Enrique, “Presentación”, Trad: ROBLES, Ricardo, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 14 y ss.

⁷⁶ GIMBERNAT, “Presentación”, cit. nota n° 75, p. 19

⁷⁷ GIMBERNAT, Enrique, “Origen de las penas”, en: *Beccaria 250 años después – Dei delitti e delle pene*, Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2011, p. 27.

⁷⁸ En el mismo sentido: LASCURAIN, Juan Antonio, “Bien jurídico y objeto protegible”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LX (2007), p. 161.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

forma, se intenta combinar características de un concepto metodológico junto con las propias de un concepto liberal.⁷⁹

Para ello, el autor recurre a la Constitución, afirmando que en tanto ésta ordena la República como un Estado de Derecho, es posible vincular legalmente al Estado mismo con la finalidad de alcanzar justicia material, de lo que se sigue la necesidad de respetar la libertad personal, la protección de ella, y la moderación y juridicidad de todo el ejercicio del poder.⁸⁰

En base a ello, Rudolphi infiere que el derecho penal debe limitarse a proteger, de manera razonable, las condiciones de vida de una sociedad estructurada sobre la base de la libertad.⁸¹ Esta idea es utilizada como punto valorativo de partida, de origen constitucional, a partir del cual se construye el concepto de bien jurídico. Este último se concreta mediante un “rastreo” de los fenómenos sociales que, siendo presupuestos de una próspera vida en común de ciudadanos libres, son lesionados por comportamientos humanos.⁸² Así, el autor afirma que, en tanto el Estado no es estático, sino que se transforma y reproduce impulsado por fuerzas y situaciones sociales, los presupuestos de la vida social deben concebirse como unidades funcionales vivientes. De lo anterior, Rudolphi extrae una concepción de los bienes jurídicos en la que éstos corresponden a funciones sociales que –conforme a una Constitución particular y al momento histórico concreto– son valiosas en la estructura social.⁸³

En la concepción de Mir, al igual que con Rudolphi, es a partir de la estructura del Estado que se afirman los límites al derecho penal. En este caso, se sostiene que en un Estado social el fundamento del derecho penal es la protección de la sociedad,⁸⁴ por lo que su intervención debe traducirse en la evitación de delitos. Esta protección, a su vez, será coherente con la lógica del Estado social en tanto se lleve a cabo con la menor lesión de derechos individuales posibles. Luego, el derecho penal deberá limitarse en su ejercicio al castigo de las conductas más peligrosas realizadas contra los intereses sociales más relevantes,⁸⁵ los cuales constituirán bienes jurídicos.⁸⁶

⁷⁹ RUDOLPHI, Hans Joachim, “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”, *Nuevo pensamiento penal*, Trad.: BACIGALUPO, Enrique, n° 5 a 8 (1975), p. 338.

⁸⁰ RUDOLPHI, “Los diferentes aspectos”, cit. nota n° 79, p. 338.

⁸¹ RUDOLPHI, “Los diferentes aspectos”, cit. nota n° 79, p. 339.

⁸² RUDOLPHI, “Los diferentes aspectos”, cit. nota n° 79, p. 341.

⁸³ RUDOLPHI, “Los diferentes aspectos”, cit. nota n° 79, pp. 344 y 345.

⁸⁴ MIR, Santiago, *Derecho penal parte general*, Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2004, p. 129.

⁸⁵ El autor señala expresamente que el derecho penal se legitima sólo si protege a la sociedad, y que en dicha empresa, es la economía social la que impone la obligación de optar, en la medida de lo posible, por mecanismos menos lesivos para los derechos de las personas; en: MIR, *Derecho penal*, cit. nota n° 84, pp. 125 a 128.

⁸⁶ MIR, *Introducción*, cit. nota n° 57, pp. 109 y 110. En idéntico sentido: MIR, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona: BOSCH casa editorial, 1982, p. 63.

Ahora bien, para concretar el contenido del concepto, se debe atender a aquello que en ciertas condiciones es necesario para mantener el funcionamiento de la estructura social;⁸⁷ en particular, se deberá atender a aquellos “procesos de interacción social que a corto o largo plazo, son requeridos para la subsistencia o mínimo funcionamiento” de ella.⁸⁸ Luego, y entendiendo la estructura social como distribución de posibilidades de participación, los bienes jurídicos deben consistir precisamente posibilidades de participación del individuo en esta.⁸⁹

De conformidad con ello, se afirma que en una sociedad plural la existencia democrática supone renunciar a imponer exigencias meramente éticas, limitándose a evitar lesión de bienes sociales.⁹⁰ Mir sostiene que ya que en el Estado social el derecho penal se justifica como sistema de protección social, los intereses puramente morales no pueden ser considerados bienes jurídicos.⁹¹

El autor agrega que entender el bien jurídico como interés o valor distinto de la realidad en que descansa, supone una espiritualización que conlleva a su evaporación por pérdida de anclaje en objetos concretos, confundiendo con *finalidad de ley*, es decir, volviendo el bien jurídico a una concepción como la de Binding, Mezger o Honig, las cuales no tienen capacidad de limitar la creación legislativa. Sin embargo, Mir afirma que el bien jurídico es algo más que la cosa en que recae y no sólo ella, insistiendo en que los objetos reales le importan al derecho penal en la medida que constituyen una necesidad social que condiciona posibilidades de participación del individuo en sistemas sociales.⁹²

A efectos de limitar aún más aquello que debe ser considerado bien jurídico, el autor sostiene que se requiere suficiente importancia social y que exista a su respecto necesidad de protección penal, debiendo tratarse de mandatos y prohibiciones fundamentales de la vida social y sin que sea suficiente con que se trate de un bien constitucional. Al respecto, Mir agrega que en la medida que la pena también lesiona derechos, nos encontramos ante una ponderación de intereses que la Constitución no resuelve, de forma tal que no basta atender sólo al bien en cuestión, ya que su configuración como tal dependerá también del ataque particular que se produzca en cada caso.⁹³

En una línea similar a las anteriores, para Bustos los bienes jurídicos son entendidos como aquellos aspectos centrales del sistema democrático, los cuales son destacados y protegidos mediante el proceso de auto-constatación que constituye la pena -proceso a través del cual

⁸⁷ MIR, *Introducción*, cit. nota n° 57, p. 135.

⁸⁸ MIR, *Introducción*, cit. nota n° 57, p. 135.

⁸⁹ MIR, *Derecho penal*, cit. nota n° 84, p. 130. Expresamente, Mir rechaza un entendimiento del bien jurídico como realidad naturalística o como valor ético-individual, en: MIR, *Función de la pena*, cit. nota n° 86, p. 63.

⁹⁰ MIR, Santiago, *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*, Barcelona: editorial Ariel, 1994, pp. 116 y ss.

⁹¹ MIR, *Derecho penal*, cit. nota n° 84, p. 129.

⁹² MIR, *Derecho penal*, cit. nota n° 84, pp. 168 y 169.

⁹³ MIR, *El derecho penal en el estado social*, cit. nota n° 90, pp. 162 a 166. Sobre el rol de la Constitución, Mir hace ver que la función primordial de la Constitución no es regular comportamientos entre ciudadanos, por lo que los bienes en ella contenidos tienen como objeto fundamental fijar los límites al poder político.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

el Estado expresa su existencia-. Así, los bienes jurídicos se encuentran en la base de la fundamentación y legitimidad de la pena, siendo condición *sine qua non* de ella⁹⁴ y estando ligados a las condiciones de existencia del sistema.⁹⁵

Luego, en tanto que el bien jurídico depende del sistema social, Bustos –siguiendo a von Liszt– afirma que aún cuando aquel es determinado por el ordenamiento jurídico –por lo que se ubica dentro de éste–, su contenido se proyecta hacia el cuerpo social, entendiéndolo entonces como una síntesis normativa de una relación social determinada y dinámica que ha sido seleccionada por el derecho.⁹⁶ De ésta forma, el autor señala que lo central será determinar aquello que sirve de base al bien jurídico, o dicho de otra manera, precisar los elementos de la realidad social que al derecho penal le interesa proteger.⁹⁷

Para concretar esto, Bustos sostiene que un concepto crítico de bien jurídico –que permita limitar todavía más el principio conforme al cual la intervención estatal sólo debe tener lugar en tanto sirva para mantener la “organización política dentro de una concepción hegemónica democrática”–⁹⁸ debe girar en torno a la persona humana en tanto ente de una sociedad democrática. Por ello, y afirmando que lo propio a un ser social en democracia es una relación social concreta y determinada,⁹⁹ el autor entiende que el objeto de protección está constituido precisamente por relaciones sociales correspondientes a procesos de comunicación y participación que tienen lugar entre individuos, o entre éstos y objetos; concibiendo materialmente el injusto como afectación de la posición de la persona en la sociedad o de la relación social.¹⁰⁰ De ésta forma, serán esas relaciones sociales las cuales deben ser recogidas por el ordenamiento jurídico de forma concreta y simbólica, constituyéndose entonces en bienes jurídicos.¹⁰¹

2.1.3. El bien jurídico como medio para la participación social.

A diferencia de las teorías anteriores, en que el bien jurídico se consideraba como una relación o proceso característico y estructural de la organización social, acá se le concibe como condiciones o posibilidades que permitirían a los individuos participar en la organización social.

Para llegar a ese concepto, Silva parte preguntándose por los fines que *debe* cumplir el derecho penal para que su actuación sea legítima, indicando que a este respecto el derecho positivo entrega sólo un marco en el que se deben mover las construcciones doctrinales, el cual podría servir para excluir algunas fundamentaciones, pero no alcanza a indicar la

⁹⁴ BUSTOS, Juan, *Obras completas. Control social y otros cambios. Tomo II*, Santiago: Ediciones Jurídicas, 2007, p. 19.

⁹⁵ BUSTOS, *Manual*, cit. nota n° 33, p. 113.

⁹⁶ BUSTOS, *Obras completas*, cit. nota n° 94, p. 84.

⁹⁷ BUSTOS, *Obras completas*, cit. nota n° 94, p. 101. Así, el autor afirma que la génesis, significación y legitimidad de lo que se protege no surge del bien jurídico –el cual es sólo la forma sintética concreta de lo que se protege–, sino que de los presupuestos del bien jurídico: de relaciones sociales.

⁹⁸ BUSTOS, *Manual*, cit. nota n° 33, p. 96.

⁹⁹ BUSTOS, *Manual*, cit. nota n° 33, p. 112.

¹⁰⁰ BUSTOS, *Obras completas*, cit. nota n° 94, p. 94.

¹⁰¹ BUSTOS, *Obras completas*, cit. nota n° 94, p. 19.

fundamentación correcta. Por ello, Silva señala que los fines que justifican el derecho penal deben elaborarse de forma incondicionada por el derecho positivo.¹⁰² En este sentido, se sostiene que la misma la idea de teoría jurídica del delito contiene una finalidad garantista no escrita y supra legal que impide penar conductas que parecen ser punibles pero que no superan los filtros de la misma teoría.¹⁰³

De esta forma, y sin estar limitado por el texto positivo, se afirma que en tanto la pena no es la única consecuencia del derecho penal, los fines del mismo no deben reducirse a la protección de bienes jurídicos, sino que conjuntamente con la finalidad de prevención se debe considerar la finalidad de reducir la propia violencia estatal.¹⁰⁴ De lo que se trata, en el fondo, es de disminuir la violencia total de la sociedad relacionada con el derecho penal, y no sólo prevenir delitos y reacciones informales.¹⁰⁵ Ahora bien, para poder disminuir la violencia generada por el mismo derecho, se debe incorporar el principio de mínima intervención y aplicar principios de garantía.¹⁰⁶ Dentro de estos últimos, la protección exclusiva de bienes jurídicos constituye un principio elemental del derecho penal moderno. En este punto, el autor afirma que un puro concepto funcionalista que comprenda al bien jurídico como condiciones necesaria para conservación del orden social, puede llevar a perjudicar a los individuos, evitar la evolución social y no da un quantum mínimo de dañosidad que justifique la intervención penal. En base a ello, propone unir el concepto de dañosidad social con una referencia individual, entendiendo como bien jurídico a las condiciones que hacen posible un libre desarrollo del individuo a través de su participación en la vida social. La dañosidad pasa por privar de medios para actuar en sociedad, correspondiéndose con conductas que dificulten o imposibiliten participar en procesos de distribución o producción de riqueza.¹⁰⁷ Con ello, y a diferencia de Mir, el bien jurídico no es concebido como proceso de interacción, sino que en referencia a los medios o condiciones para poder ser parte de dichos procesos.

¹⁰² SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2010, pp. 314 y ss.

¹⁰³ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit. nota n° 102, pp. 311 y 312.

¹⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit. nota n° 102, p. 302. En el mismo sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús. “Prevención del delito y reducción de la violencia”, *Ita Ius Esto*, n° 8, p. 28. También en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús, “Función de la pena, prevención y reducción de la violencia en sociedad”, en: MINISTERIO DE JUSTICIA DE CHILE, *Congreso Internacional: Violencia, delincuencia y política criminal*, Santiago: Unidad de Comunicaciones del Ministerio de Justicia, 2007, p. 70.

¹⁰⁵ En una línea similar: LASCURAIN, “Bien jurídico y objeto protegible”, cit. nota n° 78, pp. 145 a 147.

¹⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit. nota n° 102, pp. 340 y 341.

¹⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit. nota n° 102, pp. 430 y ss. De forma similar, Carnevali adopta una concepción sociológica organizada en torno a la dañosidad social, entendiendo como bienes jurídicos aquellas condiciones de conservación del orden social que presenten referencia individual, debiendo vincularse a los medios necesarios para que el individuo se realice dentro del contexto social. Igualmente, el autor distingue entre bien jurídico y bien jurídico penal, afirmando que a la hora de juzgar si la lesión del bien debe ser tipificada como delito es necesario evaluar aspectos relativos al merecimiento -por repercutir su afectación de forma intensa en la esfera social- y necesidad de pena -referente a la posibilidad de protección del bien mediante otros mecanismos-, criterios que serían exigibles y vinculantes para el legislador. En: CARNEVALI, Raúl, “Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 27 N° 1 (2000), pp. 138 y 139.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

Para concretar este concepto, en opinión de Silva no basta con recurrir a la Constitución, ya que el marco de acción seguirá siendo muy amplio: no todo objeto de protección por el derecho es a la vez objeto de protección penal, lo que queda de manifiesto en el hecho de que “el derecho penal dispone de normas primarias propias y que lo que convierte en ‘penal’ a una infracción no es su sanción con una pena, sino que determinadas características materias de la propia infracción”.¹⁰⁸ Así, se debe recurrir a criterios de necesidad y subsidiariedad, con lo que la teoría del bien jurídico penal resulta de la superposición a la teoría del bien jurídico del principio utilitarista de mínima intervención, y de efectuar también evaluaciones de principio relativas al merecimiento de protección, con lo que se introducen consideraciones sobre la importancia del bien y la gravedad de la infracción.¹⁰⁹

Dentro de su concepción entonces, la protección de bienes jurídicos corresponde a un principio de garantía que debe limitar el ejercicio de violencia estatal, lo que constituye a su vez una finalidad de un derecho penal moderno. Ahora bien, la configuración de los bienes jurídicos en este esquema debe ser tal, que efectivamente asegure una disminución tan intensa como sea posible sin afectar la finalidad de prevención. En la medida que ello no ocurra, se podrá afirmar la ilegitimidad del derecho penal en su forma concreta, con independencia del derecho positivo.

Kindhäuser, por su lado, deriva los bienes jurídicos desde las bases de la culpabilidad penal, la cual a su vez, se encuentra referida a los supuestos de la estructura política. Al respecto, el autor sostiene que la culpabilidad material se encuentra referida a las razones por las cuales se debe penar el no seguir una norma. Sobre el particular, Kindhäuser indica que en una teoría contractualista, en la cual el fundamento del contrato social se encuentra en el cálculo racional según el cual la conveniencia de renunciar a una parte de la propia libertad radica en que con ello se favorecen los intereses de todos –en contra de una racionalidad tendiente a maximizar los intereses propios, ya que con esa base no es posible reprochar el incumplimiento del contrato en los casos en que ello importe beneficio individual– no sólo se está suponiendo una racionalidad anterior a la sociedad misma, sino que además se está afirmando que hay una particular razón por la que el individuo en concreto debió haber seguido la norma –el cálculo racional de conveniencia a los intereses comunes–, y por ello se violenta el principio liberal de irreflexión sobre los motivos para cumplir con ella,¹¹⁰

¹⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit. nota n° 102, p. 438.

¹⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit. nota n° 102, p. 441 y 442.

¹¹⁰ KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad”, Trad.: MAÑALICH, Juan Pablo, en: KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho*, Perú: ARA Editores, 2009, pp. 79 a 84. El mismo problema se opone al comunitarismo, en tanto que pretende obediencia como virtud ciudadana (p. 89). En este sentido, el autor afirma que el derecho legitimado democráticamente debe ser neutral respecto de los motivos para seguir sus normas: no hay fuerzas racionalmente vinculantes en la argumentación, sólo se exige consenso en el resultado, y no consenso en las razones para ese resultado. Por ello, la culpabilidad no puede consistir en un reproche relativo a ceguera moral (p. 106). Ahora bien, en relación con la *Teoría de la Justicia* de Rawls (RAWLS, *Teoría de la Justicia*, cit. nota n° 16) no resulta acertado indicar que hay una razón de conveniencia en la no infracción de normas penales: si bien el autor sostiene que el principio de diferencia llevaría a no atribuir ni

Este problema no encontraría solución satisfactoria en Jakobs, ya que conforme a su trabajo no se afirma ninguna vinculación entre el destinatario de la norma y la norma, por lo que la pregunta respecto del *por qué* se debe penar la falta de motivación para el seguimiento de la norma es una pregunta sin respuesta.¹¹¹

Ante esto, el autor argumenta que si los límites de las libertades se afirman en un proceso de entendimiento que coordina intereses mediante lenguaje,¹¹² entonces se debe contar con una lealtad que supone reconocer en otros autonomía comunicativa individual, consistente en capacidad y autorización recíprocamente atribuidas para participar en la comunicación.¹¹³

En este modelo, el reproche por falta de motivación para seguir la norma se fundamenta en la autonomía y la lealtad comunicativa, las cuales son entendidas como presupuestos del derecho. Dicho con otras palabras, si las normas son generadas mediante la autonomía de sus creadores –entre los que se encuentra el mismo autor del delito–, entonces es legítima la expectativa de fidelidad al derecho, y por lo mismo, es reprochable la defraudación de aquella. De esta manera, se puede reprochar el no reconocimiento de la norma en la medida que es válida la expectativa de su seguimiento, lo cual tiene lugar en tanto la creación de la norma se reconduce a la libertad comunicativa del mismo agente. Esta libertad, a su vez, tiene como contrapartida el deber de lealtad comunicativa, según el cual un desacuerdo del sujeto con la norma sólo puede expresarse institucionalmente.¹¹⁴

Así, se entiende que al quebrar la norma el autor niega el entendimiento en el que ésta descansa, sin que sea relevante su consideración sobre lo justo o irracional del entendimiento: genéricamente, entonces, culpabilidad es déficit de lealtad comunicativa. En la base de este reproche se encuentra que la prohibición de desprecio por la autonomía

mérito ni demérito por dotes naturales, posición social o rasgos de carácter, de manera que ni riqueza ni bienes deben distribuirse conforme a merecimiento moral –con lo que se sigue un criterio de *merecimiento institucional*, lo que supone afirmar que se merece aquello a cuyo respecto hay una expectativa institucional de recibir (p. 287)–, se hace una excepción respecto de las normas penales, afirmando –como vimos en el punto 1 de éste trabajo– que ellas deben sostener “deberes naturales básicos” (p. 291). Con ello, Rawls hace ver que en su teoría sí hay un elemento de merecimiento externo al acuerdo y referido a actos moralmente malos con independencia de las instituciones. Esto significa que sí se será responsable por la vulneración de deberes naturales básicos, habiendo merecimiento en relación con un “carácter perverso”. Entonces, la razón por la que se deben cumplir normas penales no se encuentra en la conveniencia, sino que en deberes naturales. Con esto no sólo se afirma una idea de culpabilidad ajena a los acuerdos políticos, sino que se da paso a un concepto material de delito referido a la infracción de deberes.

¹¹¹ KINDHÄUSER, “La fidelidad al derecho”, cit. nota n° 110, p. 86.

¹¹² KINDHÄUSER, “La fidelidad al derecho”, cit. nota n° 110, p. 93.

¹¹³ KINDHÄUSER, “La fidelidad al derecho”, cit. nota n° 110, pp. 100 y 101. En contra de la posibilidad de fundar el derecho penal –en particular, la de fundar la norma secundaria– en la ética del discurso: FERNÁNDEZ, José Ángel, “Legitimación de las leyes penales. Reflexiones desde la ética procedimental”, *Revista de Derecho Universidad Austral*, Vol. XXII, n°2 (1999), pp. 178 y ss.

¹¹⁴ MAÑALICH, Juan Pablo, “La pena como retribución”, *Estudios Públicos* n° 108 (2007), p. 187. Igualmente: MAÑALICH, Juan Pablo, “Pena y ciudadanía”, *Revista de estudios de la justicia*, n° 6 (2005), pp. 65 y ss.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

comunicativa de los demás debe tenerse por norma fundante del derecho, en tanto que sólo mediante entendimiento se posibilita una integración social no violenta.¹¹⁵

Por lo anterior, se afirma que la tarea del derecho penal es proteger condiciones elementales de integración social orientada al entendimiento, o los “fundamentos jurídicos de la sociedad”.¹¹⁶ Luego, son bienes jurídicos las propiedades de personas, cosas e instituciones que posibilitan o aseguran la participación libre e igual en el entendimiento normativo.¹¹⁷ La protección de bienes jurídicos es así protección de “principios para el desarrollo del individuo en el aspecto de su participación igualitaria en la interacción social orientada al acuerdo”, principios que representan la identidad de la sociedad y sus presupuestos de reproducción.¹¹⁸

En base al concepto dado de bien jurídico, el valor de los mismos depende de su función de posibilitar la libertad. Por ello, se distinguen distintas hipótesis en las que el valor del bien jurídico disminuye: al menoscabarse la sustancia del bien (delitos de lesión), cuando el bien se encuentra en una situación en la que dependen sólo de la casualidad si es o no menoscabado en su sustancia (peligro concreto) y por faltar las condiciones de seguridad necesarias para su utilización racional (peligro abstracto).¹¹⁹ De esta forma, la protección recae no sobre el bien mismo, sino que la relación entre aquel y su titular, y se materializa mediante reglas que en caso de ser seguidas evitan daños.¹²⁰

En consecuencia, para Kindhäuser aquello que constituye un bien jurídico resulta indisponible para el legislador democrático pero no es común a todo ordenamiento jurídico: en aquellos regímenes en los que no se pudiera afirmar que hay acuerdo en

¹¹⁵ KINDHÄUSER, “La fidelidad al derecho”, cit. nota n° 110, pp. 107 a 109.

¹¹⁶ KINDHÄUSER, Urs, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Trad.: LÓPEZ DÍAZ, Claudia, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 67.

¹¹⁷ KINDHÄUSER, “La fidelidad al derecho”, cit. nota n° 110, p. 110. En el mismo sentido, se afirma que en una legitimación de normas por universalización, éstas aseguran la forma más ventajosa de compatibilizar libertades, sin que se tolere ganancia particular de libertad. En base a ello, se concibe al bien jurídico como aquello que merece ser protegido para asegurar el esquema más ventajoso de libertad, correspondiendo así a propiedades de seres humanos, cosas e instituciones que resultan beneficiosas para el desenvolvimiento individual. En dicho esquema, por mi renuncia a la afectación de dañar libertades concretas ajenas, obtengo renuncia ajena a dañar mi libertad más preciada, de forma tal que libertad es entendida como bien existente por mutua renuncia a su afectación, y no como existencia fruto de trabajo en conjunto; en: KINDHÄUSER, Urs, “Personalidad, culpabilidad y retribución. De la legitimidad y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal”, Trad.: MAÑALICH, Juan Pablo, en: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho*, Perú: ARA Editores, 2009, pp. 19 a 21. El autor agrega que la teoría personal del bien jurídico ha conservado una idea original de Feuerbach, consistente en que el bien jurídico debe contribuir al libre desarrollo del individuo; en: KINDHÄUSER, Urs, *Teoría de las normas y sistémica del delito*, Trad.: PASTOR, Nuria, Perú: ARA Editores, 2008, p. 47.

¹¹⁸ KINDHÄUSER, *Derecho penal de la culpabilidad*, cit. nota n° 116, pp. 67 y 68.

¹¹⁹ KINDHÄUSER, *Teoría de las normas*, cit. nota n° 117, pp. 51, 55 y 57. Se sostiene que hay bienes que no existen como tales en sustancia, sino que son generados institucionalmente de forma permanente, en cuyo caso lo que corresponde es protegerlos mediante el aseguramiento de las condiciones bajo las cuales son creados (p. 60). También sobre las distintas formas de daño a bienes jurídicos: KINDHÄUSER, *Derecho penal de la culpabilidad*, cit. nota n° 116, pp. 70 a 85.

¹²⁰ KINDHÄUSER, *Derecho penal de la culpabilidad*, cit. nota n° 116, p. 65.

confiar al entendimiento la organización de intereses, no habría fundamento para sostener la naturaleza señalada de los bienes jurídicos.

Finalmente, debemos señalar que su concepto, ya que se sustenta en la finalidad de asegurar el marco de una estructura social (la integración social basada en entendimiento), se corresponde con un concepto afirmado desde el prisma social y no individual.

2.2. Teorías personales del bien jurídico.

En contraposición a las doctrinas recién vistas, ahora indicaremos los aspectos centrales de una teoría del bien jurídico centrada en la persona y no en el funcionamiento del sistema. En estos casos, se parte de los intereses individuales o las condiciones de desarrollo personal y sobre ellos se va construyendo el concepto. En este punto es posible distinguir entre teorías que ofrecen un concepto unitario de bien jurídico, referido siempre a la persona y a partir del cual se puede llegar a incluir bajo su alero ciertos bienes de la comunidad, y otras en las cuales se propone una estructura de bien jurídico en la que, por un lado se consideran las circunstancias relativas al desarrollo individual, y por otro se incluyen los presupuestos de funcionamiento del sistema social. Así, y siguiendo en esto a Gómez Benítez, en las primeras teorías la lesión de bienes jurídicos supondrá siempre un daño social indirecto y mediatizado, mientras que en las segundas, se podrá hablar de un daño social directo en los casos de lesiones a bienes propiamente comunitarios.¹²¹

Además, como veremos, tanto para Roxin como para Schünemann y Zaffaroni, la exigencia de bien jurídico puede hacerse valer ante tribunales, aunque ello se fundamenta de maneras distintas en cada caso.

2.2.1. Teoría unitaria personal.

En la obra de Hassemer y Muñoz Conde se defiende una concepción unitaria del bien jurídico centrada en la persona. Para los autores, quienes consideran que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico corresponde a un elemento central en la determinación del merecimiento de pena,¹²² una prohibición o mandato penal se justifica únicamente cuando protege un interés calificable como bien jurídico penal.¹²³

Dichos bienes, a su vez, son producto del acuerdo social basado en evidencia, de forma tal que el legislador “no los *saca* de la realidad social”, sino que los configura mediante una función política y un proceso constitutivo. Ahora bien, “precisamente es este proceso constitutivo el que hace que el concepto de bien jurídico aparezca con perfiles difusos”. Al respecto, Hassemer indica que un concepto de bien jurídico debe adecuarse a la realidad,

¹²¹ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, “Sobre la teoría del <<bien jurídico>> (aproximación al ilícito penal)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n° 63 (1983), pp. 99 y ss.

¹²² HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit. nota n° 6, p. 68. Para ellos, el merecimiento de pena es entendido como cualidad normativa de una conducta, caracterizada por su desviación respecto de la norma, y que abarca todos los elementos del delito (p. 67)

¹²³ HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit. nota n° 6, pp. 69 y 70.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

tratándose de un puente hacia los verdaderos bienes actuales de las personas, que sea generalmente comprensible y que permita el control democrático al legislador.¹²⁴ Considerando lo anterior, los autores se inclinan por ofrecer una definición genérica y abierta del concepto, el cual definen como “interés humano necesitado de protección jurídico-penal”, a partir de la cual, se debe ir materializando el concepto “desde abajo”.¹²⁵

Dentro de ese contexto, Muñoz Conde y Hassemer se declaran partidarios de una teoría monista personalista,¹²⁶ conforme a la cual se funcionalizan los intereses generales, derivándose los derechos sociales desde la persona, de forma tal que los bienes de la comunidad se reconocen sólo si son a la vez intereses del individuo, agregando que sólo de esa manera se puede legitimar la acción del Estado desde el individuo.¹²⁷ Sternberg-Lieben llega a la misma conclusión indicando que tanto los derechos fundamentales como la cláusula del Estado de derecho limitan desde la Constitución la actividad del legislador, llevando a que el ordenamiento jurídico deba configurarse de modo que se tienda al libre desarrollo de la personalidad: puesto que el Estado existe para el ciudadano, y no al revés, la libertad sólo puede restringirse para asegurarla.¹²⁸

Conforme a ello, el punto de partida no corresponde a las condiciones de subsistencia del sistema social (aunque sean corregidas o desagregadas mediante referencia a la persona), sino a las condiciones en las cuales es posible la autorrealización humana; la cual, por tener lugar en convivencia con otros y requerir de presupuestos instrumentales mínimos, permite que sea posible la protección de bienes universales, pero siempre que la lesión de los mismos suponga a la vez la afectación del individuo.¹²⁹ No obstante ello, se reconoce que la referencia al sistema social y a sus necesidades juega un rol consistente en limitar la punibilidad de los atentados contra los intereses individuales sólo a aquellos casos en los

¹²⁴ HASSEMER, Winfried, “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, Trad.: SPÍNOLA, Beatriz, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 104.

¹²⁵ HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit. nota n° 6, p. 112.

¹²⁶ En contra de una teoría dualista -en la que se sostiene que hay dos tipos distintos de bienes jurídicos: los individuales y los colectivos-; y en oposición al monismo estatal -conforme al cual los bienes jurídicos individuales se conciben desde el Estado y como atribuciones jurídicas derivadas de funciones estatales-, grupo en el cual identifican la tesis de Santiago Mir y Juan Bustos (HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit. nota n° 6, pp. 107 y 108).

¹²⁷ HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit. nota n° 6, p. 109. En el mismo sentido: HASSEMER, Winfried, “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, *Doctrina penal. Teoría y práctica de las ciencias penales*, Trad.: ZIFFER, Patricia, año 12, n° 45 a 48 (1989), pp. 282 y 283.

¹²⁸ STERNBERG-LIEBEN, Detlev, “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal”, Trad.: ORTÍZ DE URBINA, Íñigo, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 106. En base a ello, el autor defiende una concepción personal del bien jurídico, afirmando que aquel corresponde a una situación real y susceptible de ser lesionada, que en un momento histórico es vista como condición y requisito de desarrollo personal (p. 109).

¹²⁹ En este marco, la distinción entre bienes individuales y colectivos pasa por analizar si se trata de presupuestos que afectan a un individuo en particular o a la comunidad toda; en: MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2001, p. 90. En el mismo sentido: STERNBERG-LIEBEN, “Bien jurídico, proporcionalidad”, cit. nota n° 128, pp. 110 y 111.

que la lesión de un interés humano genera efectos lesivos más allá del daño individual de la víctima.¹³⁰

En Sudamérica, Zaffaroni es también partidario de una teoría personal unitaria de bien jurídico, pero a diferencia de Hassemer y Muñoz Conde, el autor argentino ofrece un concepto más específico. Para él, los bienes jurídicos corresponden a entes cuya existencia es anterior y al margen del conocimiento o valoración del sujeto, respecto de los cuales el ordenamiento jurídico tiene interés en que sean preservados. Estos entes, a su vez, corresponden a relaciones que un individuo tiene con un objeto, de forma tal que puede distinguirse entre afectación del objeto mismo o afectación de la relación, lesionándose en ambos casos la disponibilidad sobre el objeto; es decir, el ámbito jurídico de libertad del individuo.¹³¹ Con ello, si bien el concepto de Zaffaroni –al igual que el de Bustos– se sustenta en la idea de relación, en el caso del autor argentino, dicha relación es de naturaleza personal y no social.

Así, el bien jurídico es un bien preexistente, que en los supuestos en los que el legislador considera necesaria una consecuencia jurídica especial para su afectación se constituye como bien jurídico penalmente tutelado.¹³²

La valoración realizada por el ordenamiento se manifiesta en una norma que prohíbe acciones que afectan al *ente* mediante su lesión o puesta en peligro. Dicha norma prohibitiva, al igual que el bien jurídico mismo, se antepone lógicamente a la ley penal, de forma tal que el bien jurídico caracteriza a la tipicidad, pero sin ser parte del tipo.¹³³

Esto lleva a que Zaffaroni sostenga que de no afectarse un bien jurídico no corresponda que el juez aplique una pena, aún cuando una conducta efectivamente contradiga la norma penal. En este sentido, se afirma que corresponde descartar la tipicidad en caso de no afectarse un bien jurídico y al mismo tiempo se sostiene que dicho bien no pertenece a la tipicidad –por lo que la afectación del bien jurídico no deberá ser abarcada por el dolo–. Zaffaroni explica esto argumentando que el “orden jurídico (...) presupone también un orden normativo, es decir, un orden entre las mismas normas prohibitivas”; por ello, la norma prohibitiva antepuesta al tipo legal debe considerarse en relación con las demás normas del ordenamiento. De esta forma, el juicio de antijuridicidad requiere analizar si la conducta es contraria no sólo a la norma aislada, sino que respecto del orden jurídico en su conjunto –o lo que será lo mismo, si la conducta contraviene la norma prohibitiva ‘conglobada’–. Esto quiere decir que se rechazará la tipicidad conglobada en aquellos casos en los que la conducta contraria al tipo legal no resulta antijurídica por cuanto se trata de comportamientos que el “orden normativo no prohíbe, precisamente porque las ordena o las fomenta o no las puede alcanzar, por exceder del poder represivo del Estado o por ser insignificante su lesividad”. Será en este análisis posterior –el cual opera como

¹³⁰ HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del derecho penal*, Trad.: MUÑOZ CONDE, Francisco; ARROYO ZAPATERO, Luis, Barcelona: Bosch, 1984, p. 38.

¹³¹ ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, cit. nota n° 39, pp. 220 y 239.

¹³² ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, cit. nota n° 39, p. 220.

¹³³ ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, cit. nota n° 39, p. 229.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

correctivo de la tipicidad legal– en el cual la no afectación de un bien jurídico llevará a negar la tipicidad ‘conglobante’ de la conducta.¹³⁴

Conforme a lo sostenido, y en tanto el bien jurídico corresponde a un “ente” previo al derecho, Zaffaroni le asigna una función no sólo teleológica sistemática, reduciendo los límites de la prohibición, sino que garantística, consistente en limitar lo que el legislador puede criminalizar.¹³⁵ Además, Zaffaroni señala que en un Estado de derecho no se puede considerar la moral como bien jurídico, ya que con ello se pasaría a ser un Estado represivo, pero aclara que si la mayoría admite ciertos valores, es posible tutelar el derecho de ésta a no ser ofendida, en cuyo caso se estará protegiendo el respeto mutuo y no los valores de la mayoría.¹³⁶

2.2.2. Teoría bipartita personal.

En una línea similar a la de Rudolphi, Roxin parte afirmando que la finalidad del derecho penal consiste en proteger bienes jurídicos,¹³⁷ y que en dicho cometido, la única restricción al legislador está dada por la Constitución. Así, el autor define los bienes jurídicos como circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre esa concepción de los fines, o para el funcionamiento del propio sistema, pudiendo abarcar tanto estados previamente hallados por el derecho, como deberes que emanan de normas creadas por el Estado. Este concepto de bien jurídico le viene dado al legislador, pero no es previo a la Constitución,¹³⁸ y se fundamenta en la auto-comprensión de las democracias parlamentarias representativas. Esta auto-comprensión supone que las normas serán legítimas en la medida que el legislador utilice los medios menos restrictivos para la libertad individual con el fin de procurar a los ciudadanos una existencia pacífica, debiendo garantizar las condiciones individuales y las instituciones estatales indispensables para esos fines.¹³⁹ Luego de dar su definición, el autor procede a enumerar una serie de casos en los que no es posible identificar un bien jurídico,¹⁴⁰ lo que sumado a la amplitud del concepto original hace de su concepción una de claro carácter negativo.

Como ya fue indicado antes, en su teoría se pueden distinguir dos categorías de bienes: aquellas consistentes en circunstancias útiles para el individuo y su libre desarrollo, por un lado; y las referidas al funcionamiento del propio sistema, por otro. De ambos grupos, sólo en el segundo es posible identificar una referencia directa a la estructura social, con lo que

¹³⁴ ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, cit. nota n° 39, pp. 232 a 236.

¹³⁵ ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, cit. nota n° 39, p. 250.

¹³⁶ ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, cit. nota n° 39, pp. 244 y 245.

¹³⁷ ROXIN, Claus, *Derecho penal parte general tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Trad.: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel; DE VICENTE REMESAL, Javier, Madrid: Editorial Civitas, 2003, p. 51.

¹³⁸ ROXIN, *Derecho penal*, cit. nota n° 137, p. 56. Roxin señala que “el derecho penal contemporáneo de la democracia parlamentaria es el único trasfondo de mi noción de bien jurídico”; en: ROXIN, “¿Es la protección de bienes”, cit. nota n° 10, p. 458.

¹³⁹ ROXIN, “¿Es la protección de bienes”, cit. nota n° 10, pp. 446 y 447.

¹⁴⁰ ROXIN, *Derecho penal*, cit. nota n° 137, pp. 56 y ss.

se evita formular un concepto global de bien jurídico con referencia social que pudiera alejarse de la dimensión liberal de la teoría, según la cual la criminalización se justifica en la protección de individuos.¹⁴¹

Al referirse a la posibilidad de anular leyes que sin ser arbitrarias protejan sólo la moral, Roxin rechaza el argumento según el cual la pura “ley moral” justifica una intromisión en la libertad individual. Por el contrario, Roxin insiste en que no es cometido de un Estado democrático de derecho el proteger ante la vulneración de una norma moral que no tiene repercusiones sociales. Por ello, y afirmando que la restricción de la criminalización a bienes jurídicos puede inferirse de bases filosófico políticas de la democracia, el principio de proporcionalidad debe llevar a que la norma penal que no proteja bienes jurídicos sea declarada nula.¹⁴² Lo anterior, claro está, no obsta a que Roxin defienda la punición de infracciones morales cuya observancia es necesaria también para la evitación de efectos nocivos.¹⁴³ Ahora bien, junto con afirmar que los límites señalados tienen consagración constitucional, agrega que dichos límites deben ser oponibles al legislador no sólo por este motivo; sino que también para evitar que los juristas queden a merced de los caprichos del congreso.¹⁴⁴

Conforme a lo anterior, en el trabajo de Roxin se hace presente que no basta con afirmar que los bienes jurídicos deban servir para la autorrealización humana, o que la protección de instituciones se justifica sólo en la medida que beneficia los intereses de los ciudadanos; sino que se remarca la necesidad considerar al marco constitucional para poder configurar adecuadamente los bienes jurídicos. De esta forma, la teoría de Roxin conduce a reconocer que los límites al legislador dependen en definitiva del margen que le entrega la Constitución para efectuar valoraciones. Dada esta dependencia del ordenamiento, Roxin afirma que “es cierto que del concepto de bien jurídico no se desprende nada que no se pudiera derivar ya de los cometidos del Estado y de los derechos fundamentales aun sin tal concepto”.¹⁴⁵

En términos muy similares, Schünemann señala que es posible sostener una limitación al legislador derivada del contrato social y del deber del Estado de asegurar condiciones de desarrollo, por lo que sólo serían protegibles mediante derecho penal los bienes requeridos para el libre desarrollo del individuo y aquellos necesarios para la próspera vida en común. Estas limitaciones, agrega Schünemann, serían oponibles al legislador, en tanto que el

¹⁴¹ Al respecto: GOMEZ BENITEZ, “Sobre la teoría”, cit. nota n° 121, p. 100. Para este autor, al no ofrecerse un criterio social generalizado en el concepto de bien jurídico, resulta imposible limitar realmente al legislador, por cuanto resultará posible prohibir acciones que no son socialmente dañosas, bastando que sean moralmente reprochables (p. 102). Ahora bien, al sostener una marcada distinción entre bien jurídico y objeto de acción, Roxin afirma que el bien jurídico en el homicidio no es la persona concreta cuya vida se afectará, sino que la vida como tal: el bien jurídico es el bien ideal incorporado en el objeto de ataque; en: ROXIN, *Derecho penal*, cit. nota n° 137, p. 63.

¹⁴² ROXIN, “¿Es la protección de bienes”, cit. nota n° 10, p. 453.

¹⁴³ ROXIN, *Derecho penal*, cit. nota n° 137, p. 63.

¹⁴⁴ ROXIN, “¿Es la protección de bienes”, cit. nota n° 10, p. 457.

¹⁴⁵ ROXIN, *Derecho penal*, cit. nota n° 137, p. 57. En sentido similar, FRISTER, *Derecho Penal*, cit. nota n°5, p. 87.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

contrato social se supone en toda Constitución y que la legitimidad del derecho penal supone el cumplimiento de mayores requisitos que los procedentes ante simples limitaciones a los derechos fundamentales.¹⁴⁶

El bien jurídico así concebido¹⁴⁷ opera también antes de enjuiciar la constitucionalidad de una norma, señalando Schünemann que en un primer momento el concepto permite determinar cuál es la conducta prohibida, razón por la que el autor lo considera immanente y crítico al proceso de interpretación.¹⁴⁸

2.3. Teoría funcional de derecho penal.

A diferencia de todas las posiciones anteriores, en las que se sostiene que la finalidad del derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos, centrándose las diferencias en la forma que dichos bienes son entendidos, ahora nos abocaremos a la teoría de Jakobs, conforme a la cual dispensar dicha protección no constituye la prestación que el derecho penal otorga a la sociedad.

Para Jakobs, la sociedad es una institución normativa y por ello es definida como construcción de un contexto de comunicación cuya identidad se determina por medio de reglas de configuración, es decir, por medio de normas,¹⁴⁹ las cuales son entendidas como expectativas normativas eventualmente contrafácticas.¹⁵⁰ La persona, por su parte, corresponde a una entidad determinada también por normas¹⁵¹ cuyo comportamiento no

¹⁴⁶ SCHÜNEMANN, “El principio de protección”, cit. nota n°5, pp. 208 a 211.

¹⁴⁷ Respecto del nivel de abstracción del concepto, el autor señala que a aquel se llega mediante ejemplos en los que hay consenso sobre el merecimiento de pena, en base a los cuales se formula un principio cuya extensión en su origen alcanza sólo a los casos tratados (SCHÜNEMANN, “El principio de protección”, cit. nota n°5, p. 200). Ante ello, parece más razonable preguntarse porque hay consenso en esos casos sobre el merecimiento de pena, y no por el principio surgido de su seno.

¹⁴⁸ SCHÜNEMANN, “El principio de protección”, cit. nota n°5, p. 199.

¹⁴⁹ JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Trad.: CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, Madrid: Editorial Civitas, 2000, p. 26. La sociedad tendrá lugar tan pronto como la relación con otro se defina por al menos una regla independiente de las preferencias individuales que sea posible invocar (p. 76). Sólo cuando dicha regla tenga realidad social, es decir, determinen comportamiento, la sociedad será también real; en: JAKOBS, Günther, *Terroristas como personas en derecho*, Trad.: CANCIO MELIÁ, Manuel, disponible en: <http://neopanopticum.wordpress.com/2008/08/30/%c2%bfterroristas-como-personas-en-derecho-g-jakobs/>

¹⁵⁰ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Trad.: CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, Madrid: Editorial Civitas, 2003, p. 20. En idéntica posición a Jakobs, Feijoo señala que por requerir el desarrollo de contactos sociales, se deben garantizar expectativas de comportamiento que nos adelanten como actuarán otros y qué es lo que se espera de nosotros: ya que los contactos sociales son anónimos, las posibilidades de interacción dependen de la confianza en que serán respetadas las normas (FEIJÓO, *El injusto penal*, cit. nota n° 61, p. 53).

¹⁵¹ JAKOBS, *Sobre la normativización*, cit. nota n° 150, pp. 19 y 20. En tanto que la comunicación se realiza conforme a normas, los partícipes de la sociedad deben reconocer al menos una, de lo contrario solo habrá un cúmulo casual de individuos humanos que al carecer de algo común de carácter vinculante no conocen mundo objetivo y por ello no pueden traspasar el marco de sus respectivas percepciones individuales, consistiendo en simples subjetividades aisladas que no pueden desarrollar perfiles. En un mundo así, no es posible la relación con otros por faltar un parámetro objetivo común independiente de las preferencias individuales que asigne significado; en: JAKOBS, *Sociedad*, cit. nota n° 149, pp. 32 y 53.

interesa en tanto conducta que ocasiona o no algo, sino como un comportamiento que contiene significado; desde un punto de vista jurídico-penal se trata del significado bajo la perspectiva de la vigencia de la norma.¹⁵²

Las normas que determinan la identidad social, a su vez, se clasifican en normas de trato con el entorno y normas sociales.¹⁵³ Mientras que las primeras se estabilizan por medio del fracaso de quien las desconoce; la vulneración de las segundas no recibe necesariamente castigo –no hay a su respecto necesariamente “pena natural” –.¹⁵⁴ En este segundo caso – puesto que es posible una sociedad configurada por una norma social diversa a la quebrantada–, se afirma que la actuación en base a suposiciones racionales (aunque resulten en último término equivocadas) tiene significancia comunicativa: la vulneración importa una afirmación por parte del infractor cuyo significado es la proposición de una configuración social distinta.¹⁵⁵

Ante esto, la sociedad debe contar con un mecanismo que evite la erosión de la identidad normativa derivada de la infracción a la norma, infracción que es entendida como comunicación defectuosa.¹⁵⁶ La pena, entonces, imputa al infractor el defecto y confirma la

¹⁵² JAKOBS, Günther, “La Omisión: el estado de la cuestión”, Trad.: SÁNCHEZ-VERA, Javier, en: ROXIN, C; JAKOBS, G; SCHÜNEMANN, B; FRISCH, W; KÖHLER, M, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid: Editorial Civitas, 2000, p. 153. El autor señala que el movimiento corporal, en tanto dato naturalista, es irrelevante para el derecho penal: sólo cuando es entendido como expresión de sentido de persona competente adquiere significado social; en: JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el derecho penal*, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1996, p. 71.

¹⁵³ JAKOBS, Günther, “El sistema de imputación jurídicopenal. Conocimiento y desconocimiento de la norma”, Trad.: SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier; SANCINETTI, Marcelo A.; CORDOBA, Fernando, en: JAKOBS, Günther; STRUENSEE, Eberhard, *Problemas capitales del derecho penal moderno*, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1998, pp. 35 y 36.

¹⁵⁴ JAKOBS, *Sociedad*, cit. nota n° 149, p. 27.

¹⁵⁵ JAKOBS, “El sistema de imputación”, cit. nota n° 153, p. 37. Si la sociedad se encuentra configurada por expectativas en base a normas, y el delito consiste en la defraudación de éstas, entonces el hecho del infractor muestra lo opuesto a la sociedad real por lo que el significado de su hecho es “no esta sociedad”; en: JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría de la pena*, Trad.: CANCIO MELIÁ, Manuel, Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 21. Dentro de este marco, la teoría de la imputación determinar cuándo una organización dada tiene como significado social el de desautorizar a la norma o defraudar una expectativa, lo que significa definir a una organización particular como causa determinante de un riesgo lesivo en desmedro de todas las demás –con lo que determina al mismo tiempo la existencia de una *acción* propiamente penal, ya que de faltar imputación el comportamiento solo será naturaleza-, requiriéndose infringir el rol que se ocupa (ya sea el genérico de “persona” o alguno especial del que se derivan deberes positivos). En este sentido, la teoría de la imputación se concibe como un esquema social de interpretación de conductas cuya configuración depende de la constitución de la sociedad; en: JAKOBS, Günther, *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad.: CUELLO CONTRERAS, Joaquín; SERRANO GONZALEZ DE MOURILLO, José Luís, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1997, p. 13; JAKOBS, *La imputación objetiva*, cit. nota n° 152, p. 15; y JAKOBS, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, Trad.: CANCIO MELIÁ, Manuel; PEÑARANDA RAMOS, Enrique, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1996, pp. 97 y 106.

¹⁵⁶ De lo contrario, toda divergencia será tomada como inicio de evolución social: en caso de no responderse a la defraudación, decrecerá la confianza en la norma y ella dejará de ser entendida como vinculante (FEIJÓO, *El injusto penal*, cit. nota n° 61, p. 58).

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

identidad de la sociedad¹⁵⁷ y por ello, no es un medio *para* mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo,¹⁵⁸ con independencia de los efectos psicológicos de intimidación que se alcancen.¹⁵⁹ En resumen, la defraudación de la norma provoca que se deba sancionar la infracción a costa del defraudante, y con ello se mantiene la expectativa contrafácticamente al expresar que en el conflicto entre la conducta contraria a la norma y las expectativas normativas lo incorrecto es la conducta del sancionado y no la expectativa de la sociedad.¹⁶⁰

Por ello, la misión del derecho penal es garantizar la identidad de la sociedad al declarar que la conducta defraudatoria no forma parte de la integración social que se debe tomar en cuenta,¹⁶¹ sin que sea su cometido el evitar lesiones a bienes jurídicos,¹⁶² sino que el bien a proteger será la firmeza de las expectativas esenciales de la sociedad.¹⁶³ De esta forma, en

¹⁵⁷ Lo que hace de forma negativa, señalando aquello que no es sociedad; en: CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO, Bernardo, “¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs”, en: JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, Trad.: CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO, Bernardo, Navarra: Civitas, 2006, p. 44.

¹⁵⁸ JAKOBS, *Sociedad*, cit. nota n° 149, p. 17. El autor agrega que entendiendo el delito como afirmación que contradice la norma y a la pena como respuesta que la confirma, es posible hallar entre ambas una relación ineludible y racional. En el mismo sentido, JAKOBS, Günther, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Trad.: SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, Madrid: Editorial Civitas, 2004, p. 75: “cuando la sociedad pena se niega a concebir un cambio de su configuración, el hecho punible, como un acto de evolución, como parte de sus posibilidades, sino que por el contrario se mantiene firme en el *statu quo*, en contra de la propuesta de cambio”.

¹⁵⁹ JAKOBS, *Sobre la teoría de la pena*, cit. nota n° 155, p. 25: la pena importa la constatación de la realidad social sin cambios.

¹⁶⁰ CANCIO MELIÁ/FEIJOO, “¿Prevenir riesgos”, cit. nota n° 157, pp. 21 y ss. En Jakobs, es la conciencia lo que le otorga un sentido determinado a un suceso; pero, puesto que dicho sentido se afirma por la consciencia – y no es que sea descubierto-, sólo podrá ser mantenido a efectos de contar con una sociedad consistente si se garantiza la marginación de aquellos que lo nieguen, lo que importa el mantenimiento de la vigencia de la norma que establece el sentido; en: JAKOBS, “El sistema de imputación”, cit. nota n° 153, p. 48. En el mismo sentido: FEIJOO, *El injusto penal*, cit. nota n° 61, pp. 55 a 58.

¹⁶¹ JAKOBS, “El sistema de imputación”, cit. nota n° 153, p. 34. En el mismo sentido: JAKOBS, *Sociedad*, cit. nota n° 149, p. 17. El autor agrega que el fin del Estado de derecho es la vigencia real del ordenamiento jurídico, y que para ello se requiere un apoyo cognitivo que pasa por la efectiva seguridad de bienes; en: JAKOBS, *Terroristas*, cit. nota n° 149.

¹⁶² A este respecto, el autor critica a la teoría monista individual su imposibilidad de fundarse en el contrato social, por cuanto –en sentido similar al apuntado por Kindhäuser- la celebración del mismo supone una preparación de los intervinientes que solo es posible mediante socialización; indicando que una estructura social previa es presupuesto no contractual de un contrato; así en: JAKOBS, Günther, “¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho Penal”, Trad.: POLAINO-ORTS, Miguel, en: JAKOBS, Günther; POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel, *Bien Jurídico, vigencia de la norma y daño social*, Perú: ARA Editores, 2010, pp. 20 y 22.

¹⁶³ JAKOBS, *Derecho penal parte general*, cit. nota n° 155, pp. 13 y 45. Así como Welzel, distinguía entre un derecho penal común y otro dirigido a delincuentes habituales, Jakobs distingue entre el derecho penal de ciudadanos, y aquel dirigido a enemigos, en el cual no se trata ya de confirmar la vigencia de expectativas normativas –los enemigos son tales precisamente por no ser destinatarios de éstas, ya que no prestan la seguridad cognitiva mínima requerida para ser tratado como persona- sino que de proteger bienes jurídicos, para lo cual –de forma análoga a Welzel- se relajarán garantías y se adoptará un enfoque preventivo (JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo*, Trad.: CANCIO MELIÁ, Manuel; Madrid: Editorial Civitas, 2003, p. 102).

contra de una visión del delito como atentado primordialmente a individuos, sostenida en base a una teoría de lesión a bienes personales, la tesis de Jakobs explica todo delito como daño social, señalando que si es el derecho el que hace que los bienes poseídos fácticamente por alguien sean comprendidos como algo que los demás deben respetar –con lo que el sujeto pasa a ser titular de derechos y el resto adquiere existencia jurídica mediante la obligación o deber de no lesionar ese derecho–, entonces la infracción a ese deber es delito en contra de la persona en tanto ser social. Por lo anterior, el delito mismo es perturbación de la estructura normativa de la sociedad, esto es daño social, que consiste en la contradicción entre una persona competente y la obligatoriedad de una institución, incluso cuando dicha institución es una pura norma.¹⁶⁴

Esto es lo que explica que la mayoría de las lesiones a lo que normalmente se entiende como bienes jurídicos (situaciones valoradas positivamente) no reciba atención ni respuesta del derecho penal, sino que sólo habrá intervención penal frente a ataques determinados, los cuales se caracterizarán no por dañar un objeto o cosa, sino que por contradecir la valoración positiva que subyace a la norma infringida, es decir, la validez de su contenido.¹⁶⁵

Más aun, el autor sostiene que en buena parte de los delitos no es posible afirmar la existencia de lesión a un bien jurídico.¹⁶⁶ puesto que el delito importa defraudar expectativas normativas que junto con definir la identidad de la sociedad también constituyen a la persona misma en tanto ser normativo, las posibilidades de infringir la norma se corresponden con los distintos roles que éstas pueden asignar a una persona en la sociedad. El rol genérico y común a todos es el de persona, cuyo principal deber derivado es negativo, consistente en no lesionar a otro y se encuentra fundado en el sinalagma esencial entre libertad de organización y responsabilidad derivada de ello.¹⁶⁷ Pero

¹⁶⁴ JAKOBS, “¿Daño social?”, cit. nota n° 162, pp. 24 y 25.

¹⁶⁵ JAKOBS, *Derecho penal parte general*, cit. nota n° 155, pp. 45 a 47. En el mismo sentido: JAKOBS, Günther, *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Trad.: CANCIO MELIÁ, Manuel, Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004, p. 14. Igualmente: FEIJÓO, *El injusto penal*, cit. nota n° 61, p. 82, quien agrega que la maximización de protección de bienes jurídicos lleva a la mutación de los ciudadanos en enemigos. Al respecto, Jakobs sostiene que el principio de protección de bienes jurídicos, que no tiene capacidad de auto-limitarse, favorece las anticipaciones de punibilidad, ya que por sí sólo lleva a desbordar el concepto de autor, el cual pasa a entenderse simplemente como enemigo del bien jurídico, resultando entonces coherente la punición de pensamientos. La irrelevancia social de los ámbitos internos podría erradamente entenderse fundada en razones naturales, el problema es que con ello se desconocería que para el derecho penal lo trascendente son referencias normativas. En este sentido, un ordenamiento de libertades reconoce en el autor a un ciudadano, el cual dispone de una esfera civil interna: lo que en ella reside no puede ser criminalizado sin negar al mismo tiempo la ciudadanía. La comunicación de los internos, en cambio, y en cuanto es proceso externo, puede criminalizarse en un ordenamiento de libertades. Este reconocimiento de privacidad no es necesario, sino que responde a una decisión política de reconocer ese ámbito, y de determinar sus dimensiones. JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho penal*, Trad.: PEÑARANDA RAMOS, Enrique, Madrid: Editorial Civitas, 1997, pp. 295 a 298.

¹⁶⁶ JAKOBS, *Derecho penal parte general*, cit. nota n° 155, p. 52. En el mismo sentido: JAKOBS, “¿Daño social?”, cit. nota n° 162, p. 26.

¹⁶⁷ Dicho deber, que es el mínimo que una sociedad debe imponer, puede consistir indistintamente en actuar (frenar) u omitir (no acelerar), en: JAKOBS, “La Omisión”, cit. nota n° 152, p. 131; también JAKOBS, “El sistema de imputación”, cit. nota n° 153, p. 45.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

conjuntamente con esto, también es posible que se genere responsabilidad penal por quebrantar un rol especial, propio de una institución que es para la sociedad tan esencial como el sinalagma indicado¹⁶⁸ y que genera el deber positivo de establecer un mundo en común.¹⁶⁹ En estos casos, el bien jurídico no corresponde a unidades funcionales ya existentes, sino que la unidad funcional será la institución que debe gestionar el autor, la cual será tal sólo si el autor desempeña su papel, de forma que la vulneración de este rol no vulnera la institución, sino que impide que ella exista como unidad funcional.¹⁷⁰

Además, incluso respecto de los delitos en que efectivamente hay lesión de bienes jurídicos, es más acertado comprenderlos también como infracción de rol: en tanto que conforme a la imputación objetiva no se prohíbe genéricamente la lesión de un bien, sino que siempre se hace referencia a una persona competente -y es competente aquel cuyo rol lo obliga a no lesionar un bien o a salvarlo-, el hecho natural de causar la pérdida no significa nada respecto de la competencia por ella, de forma tal que siempre que no se contradiga el rol (o lo que es lo mismo, no se defraude una expectativa) se actúa de forma socialmente adecuada.¹⁷¹

Dicho esto, el bien jurídico, en tanto objeto valorado, corresponderá al objeto de protección de la norma, quedando entonces definido y determinado de manera positivista. Así, los bienes serán situaciones, objetos, estados o procesos valorados positivamente, que serán jurídicos si gozan de protección jurídica. Al respecto, Jakobs afirma que si se busca relacionar el bien jurídico con la relación existente entre una persona y una situación, corresponderá concebir al bien jurídico como la posibilidad de la persona de usar y disfrutar de la situación positivamente valorada. El autor concreta el concepto de bien jurídico señalando que para ser tal, el objeto debe desempeñar una función para la sociedad o para uno de sus subsistemas, incluyendo al ciudadano, con lo cual se comparte el punto flaco de todo concepto de bien jurídico: no se logran designar cuales funciones son legítimas. Y ello ocurrirá siempre, puesto que no se puede demostrar la necesidad de asegurar un bien, ya que ello dependerá en todo caso del interés público, el cual no se referirá necesariamente a la conservación de bienes. Además, no hay bienes que gocen de protección penal absoluta, sino que la teoría de la imputación limita la protección a aquellos contactos sociales no permitidos.¹⁷²

¹⁶⁸ JAKOBS, Günther, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, Trad.: SÁNCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, Javier, Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 52 y 53: el fundamento de la responsabilidad no es una obligación originaria, ni un fundamento jurídico especial, sino que el mantenimiento de los elementos irrenunciables de la configuración social.

¹⁶⁹ Al respecto, Jakobs hace ver que también el pensamiento clásico comienza con el reconocimiento de la persona, y por ello nos hallamos ya ante un punto de partida positivo cimentado en la personalidad del otro; agregando que si el Estado debe garantizar una función jurisdiccional, a efectos de evitar que los derechos se conviertan en puras quimeras, entonces se está suponiendo necesariamente una unión institucional, es decir, un deber positivo; en: JAKOBS, “La Omisión”, cit. nota n° 152, p. 146

¹⁷⁰ JAKOBS, *Derecho penal parte general*, cit. nota n° 155, p. 53. En el mismo sentido: JAKOBS, *Fundamentos del derecho penal*, cit. nota n° 155, p. 100.

¹⁷¹ JAKOBS, *¿Qué protege el derecho penal*, cit. nota n° 165, pp. 25 y ss.

¹⁷² JAKOBS, *Derecho penal parte general*, cit. nota n° 155, pp. 48 a 57.

2.4. Teorías eclécticas.

En todos los puntos de vista que a continuación se estudian se reconoce como función del derecho penal el reafirmar la vigencia de la norma, centrándose las diferencias con la tesis de Jakobs en el valor otorgado a la producción de efectos psicológicos en la función de restablecimiento de vigencia, y especialmente, en el rol que se atribuye a otros objetivos que el profesor de Bonn considera secundarios o latentes. Así, mientras que en algunos trabajos se sigue una concepción inmanente del bien jurídico como *ratio legis*, hay otros en los que éste tiene un contenido material independiente de la norma misma, tanto de tinte personalista en algunos casos, como social en otros.

2.4.1. Concepción inmanente.

En ésta línea encontramos el trabajo de Polaino Navarrete, quien comparte que las normas sirven para definir la identidad social y que la pena importa reafirmar la vigencia de la norma vulnerada; no obstante lo cual critica al funcionalismo el segundo plano en que sitúa al contenido de la norma, señalando que ésta, al crear o reconocer una necesidad de tutela de determinados bienes frente a determinados ataques, convierte dichos bienes en bienes jurídicos, con lo que su lesión pasa a ser penalmente relevante.¹⁷³ Además, señala que los efectos positivos de la pena no se limitan a reafirmar la norma, sino que abarcan un aspecto tutelar preventivo mediante concesión de una garantía normativa (pena) respecto de bienes jurídicos seleccionados, consistente en proteger el respeto a los demás en tanto titulares de bienes.

De esta forma, el derecho penal protege bienes jurídicos mediante la evitación de delitos futuros, lo que trae como consecuencia que se reafirme la vigencia de la norma. Por ello, la protección de bienes jurídicos será la función y cometido inmediato del derecho penal, mientras que la confirmación de vigencia de la norma corresponderá solo a la consecuencia,¹⁷⁴ agregando que únicamente mediante esta consideración es posible explicar la menor penalidad del delito tentado, el cual tiene desvalor normativamente idéntico al consumado.¹⁷⁵

Una distinción hasta cierto punto similar es la que aborda Amelung, quien señala que es posible diferenciar entre el objeto protegido por la norma de conducta, por un lado; y al objeto protegido por la norma de sanción, el cual se identificará con el conjunto de normas de conducta que rigen un ámbito social, por el otro. Respecto del primer grupo, el autor señala que hay tipos que protegen un hecho bruto cuya existencia es independiente de

¹⁷³ POLAINO NAVARRETE, "Protección de bienes", cit. nota n° 44, pp. 48 y 52.

¹⁷⁴ POLAINO NAVARRETE, "Protección de bienes", cit. nota n° 44, pp. 49 a 52.

¹⁷⁵ POLAINO NAVARRETE, "Protección de bienes", cit. nota n° 44, p. 54. Ante lo afirmado por Polaino, vale hacer presente que la menor penalidad se explica en la teoría de Jakobs como consecuencia de que en la consumación el autor no sólo habrá significado algo, sino que también lo habrá configurado, razón por la cual la declaración de que su hecho no es pauta a seguir debe encontrarse objetivada en mayor medida que cuando sólo se afirma que la vida no debe respetarse sin que se proceda a su efectiva destrucción; en: JAKOBS, *Sobre la teoría de la pena*, cit. nota n° 155, p. 24 y 25.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

normas (la vida en tanto realidad biológica) y otros que protegen un estado de cosas de carácter social, constitutivos de posibilidades de acción que emergen de normas prohibitivas contenidas en la misma institución (la propiedad individual o la posibilidad de uso por el propietario).¹⁷⁶ En ambos casos, la norma de conducta se origina en base a una valoración por parte del legislador que identifica un determinado estado que debe ser mantenido, el cual se constituye así en bien jurídico. Mediante esta configuración del concepto, Amelung argumenta que la ausencia de un contenido que prejuzgue sobre los juicios de valor que deben convertir algo en bien jurídico, permite que este concepto sirva de puente entre el sistema dogmático y la política: la valoración, que en principio es “entorno” –y por ello ruido– para el sistema; es reconstruida por el sistema mediante el concepto de bien jurídico.¹⁷⁷

Por el contrario, en el caso del objeto protegido por la norma de sanción nos encontramos ante una institución que, precisamente por consistir en un conjunto de normas de conducta relativas a las relaciones con un objeto, no es protegible por la norma de conducta. Esta institución, a su vez, puede perder fuerza por la intervención de factores que la lleven a desaparecer por falta de seguimiento. Ante esto, el derecho impone un costo a la vulneración de la norma, con lo que se frena a personas que, de no mediar dicho costo, también la infringirían. Además de esta función, la sanción protege mediatamente los bienes jurídicos de la norma de conducta y la configuración de la institución que conforman.¹⁷⁸

Por último, Amelung (quien ve en los efectos de psicológicos la función de la pena¹⁷⁹) hace frente a la objeción referente a que la teoría de sistemas no considera a la persona,¹⁸⁰ señalando que con ella no se repara en que el sistema mismo no permite –en su ley

¹⁷⁶ Con esto no se niega que las normas determinen el tratamiento que recibe un “hecho bruto” (AMELUNG, “El concepto de <bien jurídico>”, cit. nota n° 15, pp. 241 y ss.). En base a ello, se sostiene que el objeto de la acción puede ser distinto del bien jurídico, pero a diferencia de Roxin, se entiende que dicha diferencia no es necesaria (p. 244).

¹⁷⁷ AMELUNG, “El concepto de <bien jurídico>”, cit. nota n° 15, p. 231. Sobre la reconstrucción del entorno por parte de un sistema autopoietico: GÓMEZ-JARA, Carlos, “Autoorganización empresarial y autoresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 08-05 (2006), p. 12

¹⁷⁸ AMELUNG, “El concepto de <bien jurídico>”, cit. nota n° 15, pp. 259 y 260.

¹⁷⁹ En el mismo sentido, Feijoo: la función primordial del derecho penal consiste en producir el efecto psicológico de mantener confianza y respeto a normas de convivencia, lo que tendrá como consecuencia la protección de bienes jurídicos, de forma tal que –si bien se afirma que la idea de bien jurídico por sí sola no ofrece garantías, pudiendo adecuarse a cualquier fin–, Feijoo atribuye a la teoría del bien jurídico el rol de juzgar la legitimidad de los tipos penales en particular, pero no de fundamentar el derecho penal; en: FEIJÓO, *El injusto penal*, cit. nota n° 61, pp. 80, 84 y 87. Estos aspectos psicológicos son abandonados por Jakobs en la segunda etapa de su teoría de la pena, y en cierto modo retomados en la tercera. Al respecto: CANCIO MELIÁ/FEIJÓO, “¿Prevenir riesgos”, cit. nota n° 157, pp. 27 y ss. También, sobre la evolución de la teoría de la pena en Jakobs, y en particular, sobre el rol de los efectos psicológicos a la hora de determinar la magnitud de la pena: SILVA SÁNCHEZ, Jesús, “Del derecho abstracto al derecho real”, *InDret* n° 377, 4/2006, p. 6.

¹⁸⁰ En dicho sentido: ROXIN, “¿Es la protección de bienes”, cit. nota n° 10, p. 457.

fundamental— que la persona se ponga en duda ante el funcionamiento del sistema;¹⁸¹ en otras palabras, el sistema ordena que se proteja a la persona.

Siendo esto así, resulta en parte redundante la corrección del criterio de perjuicio social mediante una referencia individual:¹⁸² la protección de una estructura cuyo elemento más importante es la persona no puede llevarse a cabo sin la protección de aquella.¹⁸³

2.4.2. Concepción crítica.

En el trabajo de Alcácer se reconoce que el delito importa algo más que un puro menoscabo de la libertad individual de la víctima, por cuanto con él se produce una afectación intersubjetiva que menoscaba la confianza en las normas; no obstante lo cual, niega que la criminalización de una conducta se pueda sostener sólo en el quebrantamiento o en el significado de aquella para el ordenamiento. Al respecto, el autor sostiene que la imagen del ciudadano del contrato social se opone a privaciones de libertad que no constituyan al mismo tiempo una protección de la esfera propia de libertad. Por ello, una concepción del delito coherente con la premisa liberal de “legitimar la acción del estado desde la persona” conduce a teoría personal del bien jurídico, conforme a la cual la privación de libertad se justifica en función de su relación con el interés protegido.¹⁸⁴

En éste sentido, se afirma que un concepto de bien jurídico exitoso en términos político-criminales debe englobar algunos de los presupuestos del programa ético político en que se fundamentan los juicios de valor que delimitan lo merecedor de protección penal. Al respecto, se defiende que un concepto de marcado carácter personalista, que acoja bajo su esfera de legitimación intereses vinculados a la persona, y que resalte el componente material del bien jurídico, es uno más resistente a la moralización y comunitarización del derecho. Dentro de esos términos, se podrán considerar las relaciones interpersonales que conforman la sociedad, sin circunscribir lo protegido al ámbito de lo ideal y evitando que se confunda con la norma de conducta. Al mismo tiempo, el autor indica como ventajas de una versión material del bien jurídico el que con ella no sólo se obliga al legislador a concretar los intereses a proteger, debiendo determinar los daños empíricos que se evitan con el respeto a la norma, sino que se evita que el merecimiento de pena quede definido —al igual que en la concepción del delito como puro quebrantamiento de vigencia de la norma— por la repercusión social derivada de la vulneración de un valor ideal y sin requerir lesión

¹⁸¹ AMELUNG, “El concepto de <bien jurídico>”, cit. nota n° 15, p. 261.

¹⁸² Ello es justamente lo que Gómez Benítez considera valioso de una teoría del bien jurídico: sin dicho concepto, el “perjuicio social” no puede limitar al ius puniendi, por lo que el bien jurídico se constituiría en una garantía individual. Es por ello que el autor celebra la concepción de Mir, en tanto que en ella el bien jurídico siempre tiene contenido social, pero se incorpora un límite mediante referencia individual; en: GÓMEZ BENÍTEZ, “Sobre la teoría”, cit. nota n° 121, pp. 108 y 109. Lo mismo es válido para la concepción de Silva.

¹⁸³ En esta configuración social, si bien sería correcto afirmar que se protege a la persona por cuanto ello cede en beneficio social, no sería posible sostener que en esa misma estructura social se podría dañar a la persona en un caso en que ello beneficiara a la sociedad, ya que la sociedad estaría estructurada de forma tal que esa hipótesis no existiría.

¹⁸⁴ ALCÁCER, *Sobre el concepto de delito*, cit. nota n° 12, pp. 111 y ss.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

de intereses de una persona.¹⁸⁵ Lo anterior no significa que Alcácer conciba el bien jurídico desvinculado de las relaciones de la vida social, por el contrario, el autor se muestra partidario de una concepción social en la línea de Santiago Mir, señalando que al comprenderlo como “posibilidad de participación en la sociedad” es factible no sólo relacionar el bien con la comprensión comunicativa de los procesos sociales, sino que también se facilita establecer una vinculación inmediata con la titularidad esencialmente personal de los intereses representados.¹⁸⁶ Así, Alcácer defiende la protección de los bienes cuya titularidad corresponda a la sociedad toda, por cuanto el libre desarrollo requiere que la libertad se proteja también mediatamente “a través de la tutela de estadios intermedios de la organización social”.¹⁸⁷

Conforme a lo anterior, para Alcácer la protección de la vigencia de la norma constituye un fin legítimo del derecho penal, ya que dicha vigencia misma es también condición de libertad del ciudadano. Con este complemento, Alcácer concluye señalando que la protección de bienes jurídicos es el fin último del derecho penal, mientras que la protección de la vigencia de la norma es un cometido específico de la pena. De esta forma, ambos se pueden distinguir como diferentes momentos materializados en norma de conducta y norma de sanción respectivamente.¹⁸⁸

Esta distinción entre funciones es reconocida también por Kindhäuser. En efecto, se afirma que la finalidad que se atribuye de forma generalizada a las normas de comportamiento es la protección de bienes jurídicos, pero que la finalidad de las reglas de imputación (aquellas que determinan cuando se puede atribuir a una persona responsabilidad por la infracción de la norma de comportamiento¹⁸⁹), y con ello la finalidad de la pena, se encuentra en declarar que la norma infringida “vale sin reservas”.¹⁹⁰

¹⁸⁵ ALCÁCER, *Sobre el concepto de delito*, cit. nota n° 12, pp. 80 a 90.

¹⁸⁶ ALCÁCER, *Sobre el concepto de delito*, cit. nota n° 12, p. 106.

¹⁸⁷ ALCÁCER, *Sobre el concepto de delito*, cit. nota n° 12, p. 114.

¹⁸⁸ ALCÁCER, *Sobre el concepto de delito*, cit. nota n° 12, pp. 144 a 147. En similar sentido, **Freund** distingue entre legitimación de la norma de conducta y de sanción, señalando que si conforme a la Constitución se legitima la intervención del derecho penal por la finalidad de proteger bienes jurídicos, entonces la única finalidad legítima de la norma de conducta será la protección de bienes jurídicos mediante la regulación de conductas; en cambio, la norma de sanción si podrá perseguir de forma directa el mantenimiento de vigencia de la norma de conducta, dirigiéndose a reforzar la idea de que la valoración detrás de tal norma de conducta sigue siendo correcta; en: FREUND, Georg, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal”, Trad.: RAGUÉS, Ramón, en: WOLTER, Jürgler y FREUND, Georg, *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 92 y 97. El autor agrega que sólo si se cumple una función que lo legitima, el derecho penal puede entenderse vigente *en tanto Derecho*: lo que no posee utilidad palpable para una prospera vida en común no merecerá ese apelativo (pp. 105 y 106).

¹⁸⁹ KINDHÄUSER, Urs, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, Trad.: MAÑALICH, Juan Pablo, en: KINDHÄUSER, Urs, *Crítica a la teoría de la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo*, Lima: Instituto peruano de ciencias penales, 2007, p. 20.

¹⁹⁰ KINDHÄUSER, Urs, “La lógica de la construcción del delito”, Trad.: MAÑALICH, Juan Pablo, *Revista de Análisis Especializado de jurisprudencia* n° 14 (2009), pp. 503 y 504. En sentido similar, FRISTER, *Derecho Penal*, cit. nota n°5, p. 84: el derecho penal protege los bienes jurídicos siempre de forma mediata, protegiendo normas cuya observancia evita lesiones a bienes jurídicos.

Por otro lado, en Kargl encontramos una teoría personal de bienes jurídicos que busca separarse drásticamente de todo anclaje naturalista.¹⁹¹ El autor entiende que los bienes se conforman a partir de lo que la moralidad considera condición de desarrollo individual de cada sujeto concreto, generándose la expectativa de que ello no sea dañado.¹⁹² Al plasmar las expectativas en normas –junto con declarar que pese a la defraudación la expectativa se mantiene intacta–¹⁹³ es posible afirmar que la defraudación es lesión de derecho¹⁹⁴ y lesión de moralidad.¹⁹⁵

Conforme a esto, si bien el autor entiende que la finalidad del derecho penal será asegurar expectativas plasmadas en normas,¹⁹⁶ ofrece criterios materiales de legitimación independientes de reconocimiento positivo. En primer lugar la legitimación de las normas dependerá de su conexión con la referencia a la moralidad de personas que ven en su desarrollo individual el “fin último”.¹⁹⁷ En segundo término, si el fin del derecho penal es proteger en el futuro aquellas expectativas definidas en el presente, entonces hay una limitación temporal a los hechos jurídicamente relevantes: no se deberían garantizar más expectativas que aquellas que con seguridad seguirán siendo amparadas en el futuro, por lo que el derecho penal debe limitar su aplicación sólo a los ataques violentos dolosos contra la vida, la integridad física, la libertad y la propiedad.¹⁹⁸

3. Recurso a nuevos criterios de legitimación.

A continuación veremos distintas teorías en las que se afirma un criterio sustantivo de legitimación de las normas penales, sin que se recurra al concepto de bien jurídico necesariamente.

El primer punto a considerar son principios de origen norteamericano que pueden cumplir una labor análoga a la del bien jurídico, y cuya aplicación supone analizar el delito desde la perspectiva de quien lo sufre. En segundo término, se estudia la tesis conforme a la cual el juicio de legitimidad depende no sólo de la protección de un bien jurídico, sino que en particular, de la relación entre dicho bien y la conducta prohibida. Finalmente, se presenta como criterio de legitimidad el que la norma sea concordante con el acuerdo normativo social.

¹⁹¹ Al cual atribuye la imposibilidad de explicar el sustrato normativo de la tentativa como una apelación a evitar conductas dañosas a condiciones concretas de vida, ya sea que se trate de intereses vitales individuales o colectivos. KARGL, Walter, “Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho”, Trad.: RAGUÉS I VALLES, Ramón, en: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT Y ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA, *La insostenible situación del derecho penal*, Granada: Editorial Comares, 2000, pp. 50 y 51.

¹⁹² KARGL, “Protección de bienes jurídicos”, cit. nota n° 191, pp. 54, 55 y 57.

¹⁹³ KARGL, “Protección de bienes jurídicos”, cit. nota n° 191, p. 57.

¹⁹⁴ KARGL, “Protección de bienes jurídicos”, cit. nota n° 191, p. 59.

¹⁹⁵ KARGL, “Protección de bienes jurídicos”, cit. nota n° 191, p. 53.

¹⁹⁶ KARGL, “Protección de bienes jurídicos”, cit. nota n° 191, p. 60.

¹⁹⁷ KARGL, “Protección de bienes jurídicos”, cit. nota n° 191, pp. 55 y 59.

¹⁹⁸ KARGL, “Protección de bienes jurídicos”, cit. nota n° 191, pp. 60 a 62.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

3.1. Nuevos principios de legitimación.

En el trabajo del filósofo estadounidense, Joel Feinberg, se recurre al *harm principle* como elemento clave a la hora de legitimar medidas estatales de coerción. En ese sentido, se afirma que prevenir un daño es un propósito legítimo, y por tanto una razón relevante para justificar la coerción legislativa.¹⁹⁹ Así, el paralelo con la teoría del bien jurídico es evidente, en tanto que mientras que en aquella se afirma como factor relevante para la determinación de la legitimidad de una norma penal el que ella proteja un bien jurídico, acá es la evitación del daño lo que ocupa ese rol, razón por la cual aquello que es dañado puede ser entendido como un equivalente del bien jurídico. Luego, la forma de entender el concepto “daño” que hace cierta la afirmación anterior es, para Feinberg, la de una afectación negativa de intereses que viole derechos, entendiendo por intereses a aquellos componentes distinguibles del bienestar personal.²⁰⁰ De conformidad con lo anterior, tener un interés es tener una “apuesta” respecto de un resultado o, dicho de otro modo, consiste en tener bienestar personal en juego en relación con algo.²⁰¹ A partir de ello, Feinberg hace ver que en la medida que algunos intereses al ser afectados impiden el desarrollo de otros intereses, es posible considerar a los primeros más vitales que a los segundos.²⁰²

En éste marco, y suponiendo que cada interés tiene una línea de partida desde la cual avanza o retrocede, el autor contempla distintas formas en las que es posible que se produzca la afectación negativa de intereses: *set back* consiste en ponerlos en peor condición de la que se encontraban, revirtiendo los progresos; *defeat* consiste en destruir las condiciones necesarias para que el interés avance, revirtiendo el progreso de forma definitiva; *thwart* supone hacer detener el progreso del interés, sin que necesariamente se le haga retroceder, evitando al menos temporalmente que se avance; *impede* es retrasar el avance del interés, sin detenerlo.²⁰³

Según lo anterior, alguien daña a otro cuando actúa de forma defectuosa respecto de los riesgos creados (ya sea porque quiere producir la consecuencia o porque es negligente o irresponsable respecto de esa consecuencia), sin defensa moral para su actuar (ni exculpación ni justificación), causando con ella un efecto en los intereses de otro (estado de daño) y constituyendo ese efecto una violación de derechos del afectado.²⁰⁴

¹⁹⁹ FEINBERG, Joel, “Harm to others – A rejoinder”, *Criminal Justice Ethics*, Winter/Spring (1986), p. 17. Coerción en la que se incluye tanto la prohibición de conductas que generan sólo responsabilidad civil, como aquellas que además importan responsabilidad penal (p. 20). Esta idea se puede encontrar ya la obra de John Stuart Mill (1859), siendo la principal diferencia entre ambos, el que en la teoría de Mill el principio del daño es la única buena razón para criminalizar, mientras que para Feinberg, dicho principio es sólo una de las buenas razones; al respecto: R.A. DUFF, “Harms and wrongs”, *Buffalo criminal law review*, Vol. 13, (2001-2002), p. 13.

²⁰⁰ FEINBERG, “Harm to others”, cit. nota n° 199, p. 26. Igualmente en: FEINBERG, Joel, “Wrongful conception and the right not to be harm”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 8 (1985), p. 58.

²⁰¹ FEINBERG, “Harm to others”, cit. nota n° 199, p. 26.

²⁰² FEINBERG, “Wrongful conception”, cit. nota n° 200, p. 58.

²⁰³ FEINBERG, “Wrongful conception”, cit. nota n° 200, pp. 58 y 59.

²⁰⁴ FEINBERG, “Wrongful conception”, cit. nota n° 200, p. 60. El autor acepta considerar como daño no sólo el empeoramiento de las condiciones actuales, sino que también el causar una situación peor a la que se habría causado en caso de actuar distinto (p. 62).

Finalmente, en caso de conflicto de intereses, argumenta Feinberg, se debe privilegiar el más importante, lo que dependerá de lo vital del interés en las redes del sujeto, el grado en el que se refuerza en otros intereses, su cualidad moral inherente -refiriéndose a casos en los que cualquier persona reconoce un interés como sádico y menos digno de protección- y la prioridad de las preferencias personales por sobre las externas.²⁰⁵

Así, en lugar de justificarse la coerción en la protección de bienes jurídicos, en Feinberg se recurre a la evitación de afectación de intereses, los cuales si bien son dependientes de las propias preferencias de cada sujeto,²⁰⁶ requieren para su afectación jurídicamente relevante el que se vulnere un derecho de la misma persona.

En términos semejantes se encuentra la propuesta de von Hirsch. Al igual que Feinberg, aquí se reconoce a la evitación del daño como una razón de justificación de las normas penales,²⁰⁷ pero el ámbito en el cual se lleva a cabo la precisión del concepto es el relativo a la determinación de la magnitud concreta de la pena a aplicar en un caso particular, y no al referente a la definición sobre lo que es legítimo prohibir. De esta forma, mientras que en Feinberg el daño encuentra sus características ante la pregunta sobre la legitimidad de una norma, en von Hirsch ello ocurre al momento de evaluar la gravedad del delito ya cometido. Ahora bien, ello no es obstáculo para entender que aquello sobre lo cual se materializa el daño, entendido éste en los términos de von Hirsch, igualmente puede servir como criterio en base al cual juzgar la legitimidad de una norma penal, y con ello, cumplir una función equivalente a la del bien jurídico. En este sentido, el autor expresamente se manifiesta a favor de una concepción del bien jurídico derivada de su teoría del daño, en la que aquel no puede ser entendido simplemente como aquello que la norma busca proteger²⁰⁸. Así, el concepto de daño de von Hirsch se relaciona con dos posibilidades de legitimación de normas penales -el principio del daño y el de protección de bienes jurídicos- y, además, un con baremo para juzgar la magnitud de la pena a aplicar en el caso concreto.

Para definir el daño, el autor comienza indicando que en tanto la sanción supone una privación, aquella implica censura por haber actuado mal.²⁰⁹ Si lo anterior es efectivo,

²⁰⁵ FEINBERG, “Harm to others”, cit. nota n° 199, pp. 27 y 28.

²⁰⁶ FEINBERG, “Harm to others”, cit. nota n° 199, p. 26: lo que es bueno para cada uno está determinado por lo que a cada uno le interesa. En el mismo sentido: FEINBERG, “Wrongful conception”, cit. nota n° 200, p. 58.

²⁰⁷ Así, en: SIMESTER, A. P.; VON HIRSCH, Andrew, “Remote harms and non-constitutive crimes”, *Criminal Justice Ethics*, Vol. 28, N° 22 (2009), p. 89. Igualmente en: VON HIRSCH, Andrew, “El concepto de bien jurídico y el <principio del daño>”, Trad.: ALCACER, Rafael, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 37 a 52.

²⁰⁸ VON HIRSCH, “El concepto de bien jurídico”, cit. nota n° 207, p. 42.

²⁰⁹ VON HIRSCH, Andrew, “Proportionate sentences: a Desert perspective”, en: VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian, *Principled sentencing. Reading on theory and policy*, Oregon: HART Publishing, 2009, p. 116. La privación misma, como segundo elemento propio de la pena, encuentra su razón de ser en el mantenimiento de los comportamientos predatorios en un límite tolerable, con lo que se cumple un rol preventivo compatible con el reconocimiento de agente moral del destinatario de la sanción: el sufrimiento sólo cumple con dar una razón de prudencia *adicional* para obedecer a aquellos que no son

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

entonces la magnitud del castigo debe ser acorde –proporcional– a la reprochabilidad del comportamiento delictivo, agregando que una sociedad decente debe intentar mantener en el mínimo los castigos, por cuanto ellos dañan a quienes los sufren.²¹⁰

A continuación, a efectos de determinar la magnitud de la sanción, von Hirsch afirma que la gravedad de un crimen depende del grado de daño que ocasiona la conducta y de la culpabilidad del autor. En este punto, el autor propone enfocarse en la perspectiva de la víctima a efectos de apreciar el daño,²¹¹ en base a lo cual propone al “estándar de vida” como el objeto central a analizar, entendiendo que éste hace referencia a los medios y capacidades que normalmente, de forma general, sirven para alcanzar una calidad de vida dada.²¹² Con la referencia al estándar de vida, von Hirsch busca incluir no sólo soporte material, sino que también otras capacidades no económicas que inciden en la vida de una persona. Al mismo tiempo, este concepto evita caer en juicios completamente dependientes de las metas particulares del sujeto, posibilitando mayores niveles de pluralismo.²¹³

suficientemente motivados por la pura censura moral (pp. 117 y 118). En el mismo sentido: VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, Trad.: LARRAURI, Elena; Madrid: Editorial Trotta S.A., 1998, p. 39: la armonización de ambos elementos pasa por reconocer tanto el estatus de ser moral, como la falibilidad humana. Igualmente en: VON HIRSCH, Andrew, “Proportionality in the philosophy of punishment”, *Crime and Justice* N° 16 (1992), p. 74: “the reason for punishing (i.e., expressing disapproval through hard treatment) instead of merely censuring has to do with keeping predatory behavior within tolerable limits. Had punishment no usefulness in preventing crime, then one would not need to visit material deprivation on those who offend”. En contra de esta concepción: MAÑALICH, “La pena como retribución”, cit. nota n° 114, pp. 161 y ss.

²¹⁰ VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, cit. nota n° 209, pp. 26 y 28. En el mismo sentido: VON HIRSCH, “Proportionate sentences”, cit. nota n° 209, p. 118: si la sanción expresa reproche, entonces la magnitud del castigo debe depender de lo condenable de la conducta, de forma tal que la desaprobación que comunica la sanción refleje lo reprehensible de la acción.

²¹¹ Esto es concordante con lo sostenido por Albin Eser, para quien la concepción del injusto como ataque al ordenamiento lleva a que el bien jurídico se espiritualice y desindividualice, llegando a consumirse la vulneración individual en la vulneración de derecho. Por ello, defiende un concepto de delito que, de alguna manera, pueda contener a la lesión de intereses individuales de la víctima, sin que para ello sea particularmente relevante el que se opte o no por el concepto de bien jurídico. En todo caso, Eser no se opone a la criminalización de conductas que no afectan intereses individuales: lo que se cuestiona es que cuando esa afectación sí tiene lugar, ella no sea considerada por la teoría del delito; en: ESER, “Sobre la exaltación”, cit. nota n° 8, p. 66.

²¹² VON HIRSCH, Andrew, “Seriousness, severity and the living standard”; en: VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian, *Principled sentencing. Reading on theory and policy*, Oregon: HART Publishing, 2009, p. 144. Igualmente: VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, cit. nota n° 209, pp. 62 a 67.

²¹³ VON HIRSCH, Andrew; JAREBORG, Nils, “Gauging criminal harm: A living-standard analysis”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 11, p. 10. Ahora bien, Von Hirsch afirma que en los casos en que la víctima es una “clase” entera, en lugar de un individuo, sólo regirá el proceso indicado si se afecta a todos de forma considerable; pero si resulta que a cada individuo se le causa un daño menor, entonces corresponde modificar la teoría del estándar de vida para poder agregar los daños pequeños individuales. Problema aparte es aquel en que el daño sólo se produce por efecto de la acumulación. En este supuesto, la clave es atribuir el daño a los agentes, debiendo preguntar por aquellas circunstancias bajo las cuales es correcto hacer a una persona responsable por efectos que tienen lugar sólo en caso de concurrir otros actores independientes. Al respecto, Von Hirsch reconoce que puede ser necesario recurrir a otros criterios para determinar la gravedad de los delitos, ya que la teoría del estándar de vida tiene como objetivo los casos de daño en víctimas individuales (pp. 33 y 34). Respecto del daño causado por los delitos de cuello blanco, Von Hirsch afirma que si se consideran las consecuencias y riesgos generados por las conductas delictivas, la importancia de los intereses

Como señalamos más arriba, en base a esta teoría del daño²¹⁴ von Hirsch propone un concepto de bien jurídico referido a la idea de un recurso constitutivo de un medio o capacidad que en un caso normal posee valor para el mantenimiento de un estándar de vida, y a cuyo respecto una persona tiene una pretensión de integridad cuya base normativa se encuentra en el ordenamiento primario o en presupuestos éticos, y no en la prohibición misma.²¹⁵

Ahora bien, al momento de referirse a la legitimidad de las normas penales –ya no de la imposición de una pena concreta- von Hirsch acude no sólo al *harm principle*²¹⁶ o a la teoría del bien jurídico, sino que reconoce también como razones de legitimación a los principios de paternalismo y ofensividad. Respecto del primero, el autor hace ver que dependerá de una serie de factores -gravedad, intensidad, duración e irreparabilidad de los daños, entre otros- si acaso este principio alcanzará a justificar una norma penal,²¹⁷ añadiendo que la teoría del “dominio”²¹⁸ de Braithwaite y Pettit puede servir para juzgar la legitimidad de normas paternalistas: lo que importará no será que los destinatarios estén mejor, sino que la medida paternalista aumente la autodeterminación de los afectados por ella.²¹⁹

Respecto del principio de ofensividad, von Hirsch se opone a entender que la pura causación de sentimientos indeseados sea suficiente para justificar la penalización de la conducta generadora, por cuanto lo que debe afirmarse previamente es la injusticia de

afectados y otros factores, se entenderá que sólo algunos de estos delitos serían tan graves como los delitos violentos o de amenazas; en: VON HIRSCH, Andrew, “Desert and white collar criminality: A response to Dr. Braithwaite”, *The Journal of criminal Law & Criminology*, Vol. 73, n° 3, p. 1169.

²¹⁴ Para poder efectuar un cálculo preciso del daño, el autor propone que se parcelen los distintos intereses que normalmente se ven afectados por los delitos, clasificándolos en función de su importancia para el estándar de vida. Así, el autor distingue cuatro intereses distintos: integridad física, material, no humillación y privacidad. Al mismo tiempo, y con la misma finalidad, Von Hirsch gradúa también los distintos estándares de vida, desde la subsistencia hacia arriba. Con éste mecanismo se llegaría a un cálculo objetivo y general sobre la gravedad de un delito, pudiéndose en casos excepcionales considerar factores específicos ante situaciones que sean evidentemente diferentes al normal; en: VON HIRSCH, “Seriousness, severity”, cit. nota n° 212, pp. 143 a 145.

²¹⁵ VON HIRSCH, “El concepto de bien jurídico”, cit. nota n° 207, p. 42.

²¹⁶ Conforme a éste, indica Von Hirsch, al entenderse la lesividad de modo individualista, se permite abarcar conductas lesivas de bienes colectivos siempre que la *ratio* de éstos se encuentre en la protección de la calidad de vida de seres humanos (la hacienda pública se protege ya que permite mejorar calidad de vida). Al mismo tiempo, este principio excluye de sanción las conductas que afectan bienes propios; en: VON HIRSCH, “El concepto de bien jurídico”, cit. nota n° 207, pp. 44 y 45.

²¹⁷ VON HIRSCH, “El concepto de bien jurídico”, cit. nota n° 207, p. 48.

²¹⁸ Los autores proponen una teoría concecuencialista que mantiene el cálculo utilitarista, pero cambiando su medida: el castigo debe prevenir el daño, pero al mismo tiempo promover el “dominio”, entendido éste como especie de satisfacción que enfatiza la capacidad de actuar y la virtud republicana, consistente en determinar el propio curso de vida en las instituciones políticas. De esta forma, una sanción muy severa no promueve el sentimiento de control de los ciudadanos sobre sus propias vidas. Conforme a los autores, el delito y el miedo generado por éste hacen disminuir el dominio –autocontrol-, de la misma manera en que el castigo importa pérdida del mismo respecto de los castigados y aquellos que podrían llegar a serlo. En este esquema, no tiene sentido hablar de proporcionalidad, sino que lo relevante será que el castigo en el caso concreto produzca la menor pérdida de dominio; en: VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, cit. nota n° 209, p. 50.

²¹⁹ VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, cit. nota n° 209, p. 52.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

generar dichos sentimientos. A este respecto, von Hirsch entiende que en la “falta de respeto” puede encontrarse una base normativa que justifique la criminalización, entendiendo que se ha vulnerado la intimidad en sentido inverso, en tanto derecho a no ser incluido en la intimidad de un tercero. El autor agrega que si se aceptara que la falta de respeto legitima la tipificación, igualmente será necesario todavía afirmar principios sobre la intensidad y extensión de la falta que hagan procedente la criminalización.²²⁰

Finalmente, y respecto del ámbito abarcado por el *harm principle*, von Hirsch se refiere a diversos grupos de delitos en los que el daño mismo no se encuentra entre sus elementos definitorios.

En primer lugar están los delitos en los que la conducta prohibida crea un riesgo de causar un daño. En estos, la legitimidad en base al principio del daño será más o menos débil dependiendo de la probabilidad de causar efectivamente un daño en caso de incumplir la norma. Así, al saltarse una luz roja sin saber ni sin poder saber si viene otro auto, se está generando un peligro genuino que puede justificar la criminalización dependiendo de la relación entre la magnitud de ese riesgo y el valor de la conducta prohibida. Otro tipo de casos son los referidos a la realización de conductas prohibidas sabiendo que no se está generando un riesgo con ello, como por ejemplo, al manejar sobre el límite de velocidad en una carretera despejada y bajo condiciones favorables. A este respecto, von Hirsch hace ver que la norma de velocidad permite coordinar interacciones, lo que constituye una forma de evitar daños, de forma tal que la criminalización también puede justificarse por esta vía.²²¹

En segundo término von Hirsch hace referencia a los delitos en que la conducta prohibida solo es dañina en caso de realizarse una conducta posterior. Aquí se comprenden los delitos en que una primera conducta se prohíbe en función de que ella facilita o tienta a la realización de una segunda conducta lesiva. Al respecto, para el autor la prohibición de la primera supone afirmar una relación normativa que una a los agentes intervinientes, la cual se vería satisfecha en casos de incitación, el suministro de productos cuyo uso estándar es delictual y la asistencia sobre cómo hacer algo.²²² En estos casos las prohibiciones caen dentro de los términos extendidos del principio del daño.²²³ También en éste segundo grupo se contemplan los delitos cumulativos, respecto de los cuales von Hirsch reclama mayores necesidades de legitimación. En estos delitos la conducta causa un daño al combinarse con otras similares, siendo el supuesto paradigmático el de botar desechos en un río. Al respecto, se afirma que la amenaza de sanción se funda en que el autor efectivamente menoscaba el bien jurídico; pero además, la producción de efectos

²²⁰ VON HIRSCH, “El concepto de bien jurídico”, cit. nota n° 207, p. 50.

²²¹ En el primer caso se está ante supuestos de peligro concreto, y en el segundo de peligro abstracto; en: SIMESTER/VON HIRSCH, “Remote harms”, cit. nota n° 207, pp. 94 a 96.

²²² VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang, “Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa”, Trad.: SPÍNOLA, Beatriz, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 295 y 296.

²²³ SIMESTER/VON HIRSCH, “Remote harms”, cit. nota n° 207, pp. 99 a 102.

cumulativos debe parecer realista, puesto que toda conducta llevada a cabo de forma masiva producirá efectos inaceptables. Como tercer requisito, se indica que el deber de cooperar para que a cada cual le toque lo suyo, no puede sostenerse respecto de cualquier conducta, sino que sólo para mantener un interés fundamental de la sociedad.²²⁴ A ello se agrega que los especialistas en una tarea deben estar más preocupados de los efectos cumulativos por cuanto destinan más interés y tiempo en la actividad en cuestión, por lo que los resultados dañinos son específicamente de su ámbito.²²⁵

Un tercer autor que recurre a nuevos principios de legitimación es Hörnle, quien sigue una línea muy similar a la de von Hirsch²²⁶ a efectos de determinar la gravedad de un delito. Así, se indica que el adoptar la perspectiva de la víctima -centrándose en la afectación de condiciones normalmente esenciales para una calidad de vida dada- es necesario para juzgar adecuadamente los daños ocasionados por la infracción de la norma penal; reconociendo en la teoría de von Hirsch la ventaja no caer en subjetivismo al momento de evaluar la afectación del estándar de vida.²²⁷

En este sentido, se sostiene que la calidad de vida dependerá tanto de la existencia de soporte material, como de la integridad de ciertos intereses inmateriales; todo con independencia de las preferencias personales de la víctima individual, por lo que será necesario recurrir a un concepto objetivo relativo al grado de afectación sobre recursos típicamente necesarios para alcanzar una calidad de vida segura, de forma tal que lo relevante para el juicio de gravedad será la extensión e intensidad típica de los efectos del delito.²²⁸

No obstante ello, y sin perjuicio de reconocer que siempre será problemático juzgar las condiciones de una víctima en particular, Hörnle sostiene que al juzgar el daño material ocasionado por un delito será posible tomar en consideración la situación económica de la víctima cuando ella sea muy particular y hubiere sido conocida por el autor con anterioridad a la realización del hecho.²²⁹

²²⁴ VON HIRSCH/WOHLERS, “Teoría del bien jurídico”, cit. nota n° 222, pp. 300 a 303.

²²⁵ SIMESTER/VON HIRSCH, “Remote harms”, cit. nota n° 207, p. 103.

²²⁶ No obstante ello, la autora sostiene que la gravedad de un delito no depende sólo del daño causado y de la culpabilidad, sino que agrega como factor independiente la “responsabilidad subjetiva”, referida a las intenciones del autor o a la negligencia involucrada; en: HÖRNLE, Tatjana, *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*, Trad.: FRANCHINI, María Belén, Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2003, pp. 33 a 36. También discrepa de Von Hirsch al negar que la mínima subsistencia requiera de algún nivel de privacidad –lo que Von Hirsch afirma en: VON HIRSCH/JAREBORG, “Gauging criminal harm”, cit. nota n° 213, p. 18-, pero reconociendo que sí hay niveles de humillación que son incompatibles con ese estándar de vida; en: HÖRNLE, Tatjana, “Distribution of punishment: The role of a victim’s perspective”, *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 3 (1999), p. 191.

²²⁷ HÖRNLE, “Distribution of punishment”, cit. nota n° 226, pp. 185 y ss. Es la misma perspectiva de la víctima la que torna irrelevante, a efectos de juzgar el daño, el planeamiento del delito, la pertenencia a una organización o las condenas previas (pp. 199 y ss.).

²²⁸ HÖRNLE, “Distribution of punishment”, cit. nota n° 226, pp. 189 y 193.

²²⁹ HÖRNLE, “Distribution of punishment”, cit. nota n° 226, pp. 194 y 195.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

Al igual que von Hirsch, Hörnle también considera posible sostener la legitimidad de tipos penales en función de principios distintos al daño. A este respecto, se indica que en casos de delitos en los que no puede identificarse un daño recaído sobre una víctima concreta, resulta poco adecuado afirmar la legitimidad de la criminalización en el bien jurídico “paz pública”, puesto que no sería claro el significado de aquel.²³⁰ Ante esto –y argumentando que en Alemania goza de mayor soporte constitucional una teoría cuyo foco se encuentra en la protección de individuos y no en los intereses colectivos–²³¹ Hörnle plantea que una alternativa útil de legitimación puede encontrarse en una versión normativizada y objetiva de la teoría de protección de sentimientos propuesta por Feinberg, conforme a la cual la generación de sentimientos desagradables que obligan a quien los sufre a interrumpir lo que se encontraba haciendo, puede servir como justificación de tipos penales siempre que se respeten ciertos principios mediadores relativos a la conducta ofensiva desarrollada.²³² Así, el desafío será construir la teoría sin que ella suponga la moralización del derecho.

De partida, Hörnle descarta basar la teoría en la constatación de un supuesto fáctico consistente que alguien se haya sentido ofendido.²³³ Por el contrario, el punto de partida propuesto se encuentra en los intereses que en general todos compartimos con independencia de nuestros particulares planes de vida. Al respecto, la autora afirma que al preguntarse sobre las circunstancias en las que un derecho puede limitar la libertad general de actuación, se debe recurrir a los “intereses humanos (...) generalizables y especialmente importantes, que cabe caracterizar como intereses de seguridad y que justifican la admisión de derechos de defensa que el Estado puede proteger mediante sanciones penales”.²³⁴ En este punto, al entender que la vulneración de esos intereses comunes supone igualmente la vulneración de derechos, Hörnle busca hacer desaparecer la distinción entre ofensa y daño: “si uno no ve la ‘ofensa a otros’ como un fenómeno psicológico, como lo hace Feinberg, sino que como un concepto normativo, la diferencia conceptual entre ‘daño’ y ‘ofensa’ desaparece”, puesto que en ambos casos la prohibición dependerá de la violación de intereses protegidos por derechos.²³⁵

Con esto, se puede encontrar en Hörnle una solución al problema que advertimos en la tesis de Gimbernat. Como decíamos, en ella no se ofrecía un criterio para afirmar la existencia de un derecho que deba hacer ceder un interés. En cambio, el trabajo de la autora alemana propone realizar dicha determinación en base a “los intereses que en

²³⁰ Así, Hörnle hace ver que si la ‘paz pública’ hace referencia a la seguridad general, entonces se vería afectada por todo delito; en: HÖRNLE, Tatjana, “Offensive behavior and German penal law”, *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 5 (2001), p. 256.

²³¹ HÖRNLE, “Offensive behavior”, cit. nota n° 230, pp. 260 y 261.

²³² HÖRNLE, “Offensive behavior”, cit. nota n° 230, p. 258.

²³³ La autora indica que el recurso a la ‘paz pública’ no permite tomar distancia de la pura protección de sentimientos, con lo que se impide formar una base normativa de legitimidad; HÖRNLE, Tatjana, “La protección de sentimientos en el StGB”, Trad.: MARTÍN LORENZO, María, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 386.

²³⁴ HÖRNLE, “La protección de sentimientos”, cit. nota n° 233, p. 385.

²³⁵ Para Hörnle es un error limitar esos intereses –como lo hace Feinberg– a aquellos que sean estrictamente indispensables para la subsistencia; en: HÖRNLE, “Offensive behavior”, cit. nota n° 230, pp. 267 y 268.

general todos compartimos con independencia de nuestros particulares planes de vida”. Si bien se puede discutir el rendimiento de ese criterio, se avanza respecto de Gimbernat al ofrecerlo.

Dicho lo anterior, se debe agregar que para Hörnle la violación de derechos no es condición suficiente para la criminalización, puesto que se pueden proteger esos intereses mediante otras aéreas del derecho, debiendo siempre evaluarse el peso de los intereses y lo reprochable de la violación.²³⁶ De ésta forma –y a diferencia de la incitación al odio, en la que se crea un riesgo de que se realice un ataque, estando por ello cubierta derechamente por el *harm principle*–²³⁷ en la negación del holocausto no hay legitimación en la afectación de un interés humano típico, sino que sólo la vulneración de un tabú.²³⁸

Ahora bien, con esto Hörnle no parece cerrarse a la posibilidad de criminalizar conductas que no se encuentren comprendidas bajo el velo del *harm principle*, o de su versión normativizada de la ofensa: la autora no se opone directamente a los tipos penales que sólo protegen tabús (como el incesto), pero sí reclama que en esos casos no se busque justificar la criminalización en la paz pública, sino que se realice un esfuerzo argumentativo y se den mejores argumentos;²³⁹ debiendo reconocerse además que al proteger tabús se está renunciando a una justificación racional/instrumental del derecho penal.²⁴⁰

Un camino distinto, pero también basado en principios, el es seguido por Seher, en el cual la atribución de la calidad de bien jurídico a un objeto de protección es el resultado de un ejercicio caracterizable como “equilibrio reflexivo”.²⁴¹ Se propone que el juicio de legitimidad de una norma comience, no con el análisis del bien jurídico que estaría siendo protegido, sino que con la determinación del hecho que ella pretende proteger. Identificado el objeto de protección, este deberá ser enjuiciado a la luz de diversos principios, de forma tal que si se concluye que la protección penal es merecida, corresponde afirmar, a modo de conclusión, que lo protegido es bien jurídico. Conforme a esto, los principios son solamente “buenas razones” para criminalizar una conducta, y no razones necesarias o suficientes; agregando que ellos no poseen fundamento autónomo, son abiertos y no hay necesidad de reconocerlos todos.²⁴²

3.2. Diversos requisitos de legitimidad.

Al igual que Hörnle, Hefendehl no descarta la legitimidad en todos los tipos penales que no protejan bienes jurídicos, sino que –como veremos más adelante– exige respecto de ellos mayores esfuerzos de fundamentación. Lo anterior es coherente con su concepción de bien

²³⁶ HÖRNLE, “Offensive behavior”, cit. nota n° 230, p. 272.

²³⁷ HÖRNLE, “La protección de sentimientos”, cit. nota n° 233, p. 389.

²³⁸ HÖRNLE, “Offensive behavior”, cit. nota n° 230, p. 277.

²³⁹ HÖRNLE, “Offensive behavior”, cit. nota n° 230, p. 278.

²⁴⁰ HÖRNLE, “La protección de sentimientos”, cit. nota n° 233, p. 399.

²⁴¹ RAWLS, *Teoría de la Justicia*, cit. nota n° 16, p. 32.

²⁴² SEHER, Gerhard, “La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico”, Trad.: ALCÁCER, Rafael, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 92.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

jurídico, puesto que el autor no busca dar una nueva definición que dibuje una línea precisa para designar todos los bienes jurídicos, sino que propone un método para identificar críticamente el bien jurídico en cada caso. Así, parte por indicar que debe tratarse de un objeto del mundo real sometido a leyes físicas que encarne una posibilidad de participación de los individuos en el sistema social.²⁴³ Al mismo tiempo, resultará esencial desenmascarar los bienes jurídicos aparentes, en particular aquellos supuestos bienes jurídicos colectivos que en el fondo no serían más que la simple suma de bienes jurídicos individuales. Éste ejercicio de honestidad dejará en evidencia defectos de la legislación consistentes en paternalismo o exceso de protección a los bienes jurídicos de ciertos agentes. A modo de ejemplo, Hefendehl indica que la salud pública no es más que la suma de la salud de los miembros de la sociedad, por lo que con el derecho penal de drogas no se estaría haciendo más que intervenir en la esfera del propio titular del bien, cuya “decisión de llevar una vida ‘insana’ no justifica la intervención del derecho penal”.²⁴⁴

Con esto, Hefendehl apunta a refinar el criterio del bien jurídico como elemento de legitimación, indicando que no basta con afirmar la existencia de un bien jurídico protegido, sino que es necesario también establecer la relación entre aquel y la estructura particular del delito en relación con la acción prohibida y el objeto sobre el que ella recae; entendiendo que sólo si el objeto de acción se encuentra en alguna situación especial en relación al bien jurídico será posible entender que el primero es un representante del segundo.²⁴⁵

Para llevar a cabo ésta tarea, el autor lleva adelante una clasificación de distintos tipos de bienes jurídicos, distinguiendo si ellos generan ámbitos de libertad para individuos o si protegen condiciones marco del Estado, encontrándose entonces al servicio de éste en los distintos niveles jerárquicos (la existencia del Estado, capacidad de funcionamiento y formación de voluntad de órganos e imposición sin estorbos de la administración de justicia).²⁴⁶

Luego, en una argumentación similar a la de Hassemer,²⁴⁷ se afirma que para las diferentes clases de bienes hay distintas necesidades de fundamentar su legitimidad: los delitos que

²⁴³ Dando paso entonces a considerar la protección de la organización estatal.

²⁴⁴ HEFENDEHL, Roland, “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Trad.: SALAZAR, Eduardo, 04-14 (2002), pp. 8 y 9. Por el contrario, y como ejemplo de delito protector de un bien jurídico colectivo, el autor menciona la sección 331 del Código Comercial Alemán, en que se sanciona el reportar falsamente acerca de las condiciones de capital de una compañía. Puesto que en éste caso la ley no requiere que se cause daño financiero, Hefendehl comprende que acá sí se está protegiendo el bien jurídico colectivo “confianza pública”, entendido como base sobre la cual se toman decisiones económicas individuales; en: HEFENDEHL, Roland, “Enron, WorldCom, and the Consequences: Business Criminal Law Between Doctrinal Requirements and the Hopes of Crime Policy”, *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 8 (2004-2005), p. 71.

²⁴⁵ HEFENDEHL, Roland, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, Trad.: MARTÍN LORENZO, María, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 181.

²⁴⁶ HEFENDEHL, “El bien jurídico como eje material”, cit. nota n° 245, pp. 182 a 188.

²⁴⁷ HASSEMER, “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, cit. nota n° 127, p. 283.

afectan a los bienes jurídicos que flanquean posibilidades de desarrollo se encuentran sometidos a menor carga de fundamentación que aquellos que afectan al Estado en sus distintos niveles.²⁴⁸

En este sentido, los tipos que protegen anticipadamente el mismo bien jurídico que se protege por normas posteriores son legítimos sólo si no extienden de forma inadmisiblemente la punibilidad a la esfera de libertad del autor potencial, y siempre que se alcance una protección más efectiva. En consideración a lo anterior, Hefendehl sostiene que la prohibición de los acuerdos limitadores de la competencia no pueden constituir una anticipación legítima respecto de la estafa, puesto que si bien se cumpliría el primer requisito –en consideración a que el propio agente ha abandonado su esfera privada– no se amplía la punibilidad respecto de la estafa: la sanción por el acuerdo antijurídico está vinculada a una acción que también se exige para la aplicación de la norma posterior.²⁴⁹

De la misma manera, puesto que en los bienes jurídicos colectivos difícilmente una acción individual pueda lesionarlos o llevarlos a una situación crítica, se deberá recurrir al criterio de acumulación como equivalente funcional a la causalidad lesiva producida por la acción,²⁵⁰ lo que corre tanto para los delitos contra el medioambiente como para los referidos a la confianza pública. En cambio, en contingentes estatales consumibles (ingresos fiscales) la acumulación es aplicable, pero no se requiere recurrir a ella, ya que dicho contingente efectivamente se lesiona como consecuencia de cada acción.²⁵¹

A lo mismo apunta Sternberg-Lieben, quien no niega la legitimidad de la protección penal de los bienes jurídicos colectivos, pero –teniendo como base una teoría personal del bien jurídico– limita la punibilidad de los atentados a ellos, exigiendo que se presenten “razones decisivas a favor de la legitimidad de la penalización”.²⁵²

Por último, y como indicamos más arriba, Hefendehl no se cierra a reconocer tipos penales sin bienes jurídicos protegidos, indicando que en esos supuestos deberá juzgarse la norma a la luz de otros principios coherentes con la Constitución,²⁵³ que pueden extender el ámbito de lo punible. De esta forma, se sostiene que resulta legítimo criminalizar conductas que no

²⁴⁸ HEFENDEHL, “El bien jurídico como eje material”, cit. nota n° 245, p. 192.

²⁴⁹ HEFENDEHL, “El bien jurídico como eje material”, cit. nota n° 245, p. 192.

²⁵⁰ HEFENDEHL, “¿Debe ocuparse el Derecho Penal?”, cit. nota n° 244, p. 11. Vale señalar que respecto de la delimitación de los bienes jurídicos colectivos, además de indicar que ellos sirven a los intereses de la generalidad, Hefendehl recurre a los criterios de no exclusión, no rivalidad y no distributividad para diferenciarlos. Ello significa que por regla general nadie puede ser privado de su goce, la utilización por unos no obsta a la utilización por otros, y hay imposibilidad de dividir el bien en partes. (pp. 4 y 5).

²⁵¹ HEFENDEHL, “El bien jurídico como eje material”, cit. nota n° 245, pp. 195 y 196.

²⁵² STERNBERG-LIEBEN, “Bien jurídico, proporcionalidad”, cit. nota n° 128, p. 114.

²⁵³ HEFENDEHL, Roland, “De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O que ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico”, Trad.: MEDINA SCHULZ, Gonzalo, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 468.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

afecten bienes jurídicos, siempre que sean contrarias a bases culturales profundamente enraizadas y conciliables con la Carta fundamental.²⁵⁴

3.3. Acuerdo normativo como criterio de legitimidad.

Stratenwerth, por su parte, no acude a nuevos principios para legitimar la criminalización, sino que defiende un derecho penal cuya extensión se determina por nuestro propio acuerdo social. En éste sentido, se opone a una teoría individual de bien jurídico argumentando que un entendimiento de los intereses de las personas limitado a ellas mismas supone desconocer la necesidad de vivir en un orden social considerado correcto con independencia del propio bienestar: cada grupo humano requiere de normas de conductas acuñadas culturalmente, las que no pueden entenderse como “bienes más o menos sólidos”, agregando que no sirve reconocer sólo aquellos intereses de la colectividad reconducibles al bienestar individual.²⁵⁵ A esto, Stratenwerth suma que resulta imposible fundar la validez de la protección específicamente penal de un interés humano particular, sosteniendo que nuestras normas y valores, que representan nuestros consensos esenciales, carecen de validez universal, de forma tal que en todos los delitos se estaría sancionando la inobservancia de “tradiciones arraigadas”:²⁵⁶ a falta de criterios universalmente válidos respecto de las “condiciones de existencia de la socialización humana”, se debe inevitablemente recurrir al “entendimiento normativo social”. Al mismo tiempo, el autor hace presente que la inexistencia de una teoría de sociedad científica que describa condiciones de establecimiento de socialización y que no caiga en extremos altamente abstractos, hace igualmente estéril reclamar protección de las condiciones bajo las cuales es posible un orden social, por lo que igualmente se debe remitir la argumentación a reglas de comportamiento social.²⁵⁷

En base a ello, el autor afirma que las bases de una crítica a la ley penal se reducen a recurrir a la Constitución (para forzar criminalizaciones o acusar discriminación, y esgrimir el principio de proporcionalidad) y a la imposibilidad de contradicción entre normas.²⁵⁸ Es decir, se defiende un entendimiento de la legitimidad dependiente del mismo ordenamiento y de carácter más bien procedimental. En este sentido, el autor afirma que uno de los criterios que legitima una norma es que ella pertenezca al consenso jurídico constitucional básico en el que se asienta nuestra colectividad, debiendo el legislador reconocer los

²⁵⁴ HEFENDEHL, “¿Debe ocuparse el Derecho Penal”, cit. nota n° 244, p. 12. Esto no supone –según Hefendehl- reconocer que todo delito sea “de conducta”; en: HEFENDEHL, “De largo aliento”, cit. nota n° 253, p. 466. A diferencia de Hefendehl, para Jescheck las “convicciones morales de la sociedad profundamente enraizadas” constituyen bienes jurídicos justamente por ser tales; en: JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, cit. nota n° 71, p.8.

²⁵⁵ STRATENWERTH, *Derecho Penal*, cit. nota n° 35, pp. 65, 66 y 68.

²⁵⁶ STRATENWERTH, Günther, “La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos”, Trad.: ORTIZ DE URBINA, Íñigo; VALLE, Margarita, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*; Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 368.

²⁵⁷ STRATENWERTH, *Derecho Penal*, cit. nota n° 35, p. 69. A modo de ejemplo, el autor señala que será la tradición cultural concreta la que decidirá si la bigamia debe o no ser delito.

²⁵⁸ STRATENWERTH, *Derecho Penal*, cit. nota n° 35, pp. 72 y 73.

juicios valorativos unánimes, aun cuando esa valoración no pueda reconducirse a la libertad individual,²⁵⁹ justificándose entonces la incriminación en la desatención de una norma fundamental del consenso normativo de la sociedad.²⁶⁰ Dentro de éste, se debe comprender al individuo en una forma más amplia que en la concepción del bien jurídico personal, en la cual el individuo se encuentra referido únicamente a sí mismo, siendo en cambio procedente proteger también sus creencias básicas.²⁶¹

Lo anterior enlaza con la propuesta de Müssig relativa a la legitimidad del derecho penal en una teoría funcional.

Sobre el particular, se parte señalando que el significado social del injusto no se capta completamente por la pura lesión externa de un bien jurídico, sino que se debe recurrir al quebrantamiento de norma para comprender como la acción ha transgredido los límites de sentido establecidos por expectativas, constituyéndose entonces en un contraproyecto social. Luego, y puesto que el contenido de las normas refleja la identidad y configuración de la sociedad, entonces la pregunta por la legitimidad de la norma depende de dicho contenido, debiendo afirmarse que la función social de la norma se constituye en el criterio de legitimación.²⁶² Para juzgar dicha función, corresponde acudir a los criterios de auto descripción de la sociedad que determinan su identidad y con ello la configuración de los procesos de legitimación. Así, el mismo sistema reconstruye sus criterios de legitimación, jugando en ello un rol destacado los principios constitucionales.²⁶³ Por ello, y en línea con lo sostenido por Amelung, ya que el mismo sistema ordena la protección de la persona, dicha protección se constituye en criterio de legitimación.

Al respecto, para Müssig el bien jurídico se encuentra referido a pautas de orientación social, por lo que entiende que no corresponde afirmar la ilegitimidad *per-se* de las normas penales que protegen bienes jurídicos universales: mientras que los bienes individuales tratan con normas de conducta referidas a pautas individuales de orientación, los universales lo hacen en relación con expectativas dirigidas a instituciones o sistemas parciales, permitiendo configurar una sociedad compleja y diferenciada. Si ello no

²⁵⁹ STRATENWERTH, “La criminalización”, cit. nota n° 256, p. 369.

²⁶⁰ WOHLERS, Wolfgang, “Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico”, Trad.: VALLE, Margarita, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 407.

²⁶¹ STRATENWERTH, “La criminalización”, cit. nota n° 256, p. 369.

²⁶² En una línea hasta cierto punto similar, en Chile, Piña sostiene que si la sociedad diferencia un sistema cuya función es estabilizar expectativas, este sistema operará de forma legítima en la medida que su operación se dirija a cumplir aquella función, correspondiendo el bien jurídico a una estructura (entendida como mecanismo de reducción de complejidad por la cual el sistema reduce sus posibilidades de acción) que orienta la operación del sistema al cumplimiento de su función, lo que permite mantener estables las expectativas que se dirigen al sistema mismo; en: PIÑA, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2005, pp. 322 y ss.

²⁶³ MÜSSIG, *Desmaterialización*, cit. nota n° 63, pp. 47, 50 y 53. Para el autor, ya que la función sociológica de la norma coincide con la posibilidad y configuración de los contactos bajo la expectativa normativa, la función social de la norma sirve a la descripción de la configuración social, pero ello no dice nada sobre si acaso corresponde garantizar dicha configuración social, y esa es la pregunta planteada por la legitimidad (pp. 51 y 52).

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

ocurriera, el sujeto social quedaría determinado sólo por interacciones directas y no se determinarían los límites de su esfera de organización relativos a sistemas sociales complejos, lo que a su vez impediría garantizar condiciones de individualización: no es sólo que la sociedad diferenciada tenga al individuo como presupuesto, sino que sólo en ella se dan condiciones de individualización.²⁶⁴

Conforme a ello, la legitimidad de esta funcionalización de los intereses personales depende del resultado del contraste entre ella y la configuración social determinada por la autonomía del individuo.²⁶⁵

4. Resumen.

Conforme a lo que hasta ahora hemos visto, en la discusión sobre el bien jurídico podemos distinguir dos corrientes opuestas.

Por un lado encontramos un conjunto de teorías en las que se sostiene que la protección de bienes jurídicos corresponde a un requisito de legitimidad de las normas penales. Para concretar lo anterior, se elaboran diversas concepciones sobre lo que constituye un bien jurídico, todas las cuales tienen en común que la definición de este concepto no se encuentra determinada por el contenido de la norma positiva. Por el contrario, se hace referencia a realidades independientes del legislador que deberían ser reconocidas en las disposiciones penales para que éstas puedan ser legítimas. Estas teorías proponen distintos criterios para seleccionar los bienes que deben ser considerados “bienes jurídicos”, y en consideración a la naturaleza de esos criterios hemos afirmado que es posible diferenciar entre teorías sociales y personales del bien jurídico, y distinguir sub-clasificaciones al interior de cada una de estas corrientes.

En contraposición a estas teorías materiales del bien jurídico, es posible identificar una corriente formal, conforme a la cual el bien jurídico es concebido como el objeto de protección de la norma penal. En particular, en el trabajo de Jakobs se sostiene que la función del derecho penal consiste en la reafirmación de la vigencia de la norma infringida, correspondiendo el bien jurídico simplemente a la *ratio legis*.

Además de estas dos corrientes, es posible identificar una serie de propuestas eclécticas, en las que no obstante se reconoce la función de estabilizar normas, se defiende igualmente una concepción de derecho penal en la cual éste protege bienes jurídicos. Para compatibilizar ambos aspectos, varios de los autores estudiados recurren a distinguir entre las funciones propias de la norma de conducta y la función de la norma de sanción.

Por otra parte, y relacionado con los problemas de la teoría del bien jurídico para constituirse en un criterio de legitimación del derecho penal, se ha recurrido por la doctrina a nuevos principios y criterios que buscan complementar el rol del bien jurídico en la

²⁶⁴ MÜSSIG, *Desmaterialización*, cit. nota n° 63, pp. 60 y ss.

²⁶⁵ MÜSSIG, *Desmaterialización*, cit. nota n° 63, p. 68.

justificación de las normas penales. Un rol destacado en esto juegan los principios angloamericanos de “daño” y “ofensividad”, a los que recurren Feinberg, von Hirsch y Hörnle.

5. El dilema.

Luego de haber hecho este recorrido por las distintas teorías, ahora intentaremos realizar un análisis crítico de ellas. Así, primero buscaremos examinar la capacidad de rendimiento de las teorías materiales, más específicamente, nos preguntaremos si acaso estas teorías realmente se han formulado de manera tal que puedan constituir un límite al legislador. Luego de ello, analizaremos si acaso un límite como el propuesto por las teorías materiales encuentra respaldo en el ordenamiento positivo, entendiendo que de responderse ello afirmativamente, el límite propuesto debería ser vinculante para el juez, quien podría entonces no dar aplicación a una norma penal que no protegiera bienes jurídicos. El resultado de ambos puntos entendemos que lleva a la conclusión de que las teorías materiales del bien jurídico se encuentran en un dilema –por ahora– insalvable, estando atrapadas entre sus posibilidades de limitación y su pertenencia al sistema jurídico.

Ahora bien, antes de referirnos a los dos puntos indicados, dedicaremos unas breves palabras a las teorías formales. Se debe notar como la concepción del bien jurídico en estas corrientes no ha sufrido variaciones importantes desde que fuera formulada la teoría de Binding, lo que sin duda puede entenderse como una muestra de su notable contribución a la teoría del delito. Tal vez el aporte más importante a esta visión del bien jurídico se encuentre en las teorías que acá hemos denominado eclécticas formales: si bien la teoría original de Binding parece bastar para describir el bien jurídico en su faz puramente normativa, el mérito de las teorías eclécticas radica en que, manteniendo incólume esta dimensión formal, se percata que el derecho penal igualmente produce efectos en el mundo empírico, con independencia de si el ordenamiento jurídico puede apreciarlos o no²⁶⁶. Al incluirse esto en las teorías eclécticas, parece describirse de forma más completa el delito y la relevancia del derecho penal, aún cuando sea discutible afirmar que la protección de bienes jurídicos corresponde a la función principal del derecho penal.

5.1. ¿Limitan al legislador las formulaciones de bien jurídico de las teorías materiales?

Entrando derechamente al análisis de las teorías materias, tal como señala Mir, y sin intención de repetir lo ya dicho, el punto de partida se encuentra en la necesidad de proteger al ciudadano del poder coactivo del Estado, idea en base a la cual se habría formado consenso en la doctrina respecto de la conveniencia de restringir el ámbito del derecho penal a lo estrictamente necesario.²⁶⁷ Para delimitar ese campo de “lo necesario”,

²⁶⁶ Sobre esto volveremos al referirnos al carácter formal del derecho.

²⁶⁷ MIR, Santiago, *Estado, pena y delito*, Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, p. 77. Una formulación sorprendentemente honesta del temor al legislador es la afirmación –ya referida en este trabajo, en *supra* 2.2.2.- dada por Roxin al señalar que el contenido de la norma debe ser un asunto de naturaleza científica, ya que de lo contrario el jurista estará “a merced de los caprichos del legislador” (ROXIN, “¿Es la

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

la dogmática debe intentar ubicarse por sobre el legislador y dar un concepto de bien jurídico que permita definir qué es lo que el derecho penal puede legítimamente proteger. Con este objetivo, la teoría material del bien jurídico busca aportar “criterios justos y claros” para justificar y criticar la legislación penal.²⁶⁸

En esa medida, la teoría del bien jurídico estaría intentando constituirse en un equivalente a una norma de comportamiento dirigida al legislador, que en su faz prospectiva indica cómo éste debe legislar, y en su retrospectiva serviría de baremo para juzgar si se ha cumplido un estándar.²⁶⁹

El punto de partida para contestar si acaso esto se alcanza o no, se encuentra en lo que ya lo hemos señalado al principio de este trabajo: si se quiere limitar al legislador, o enjuiciar la legislación penal, es necesario concebir el bien jurídico –al menos en sus aspectos sustantivos– de forma independiente del legislador y de la legislación. Ello quiere decir que los criterios justos y claros que permitan criticar y justificar al legislador no pueden en última instancia ser definidos por el mismo: si se busca determinar al legislador la material de lo jurídicamente tutelable,²⁷⁰ la concreción de lo tutelable no puede entregarse al legislador.

Las teorías sociales aspiran a encontrar este sustrato indisponible en las condiciones de subsistencia de la comunidad, indicando que sólo los intereses sociales más relevantes, o ciertas relaciones sociales o medios de participación social pueden constituir bienes jurídicos. Las tesis personales, por su lado, enfocando sus conceptos desde el individuo, llegan a definiciones como “intereses humanos” o “relaciones del individuo”.

En cualquier caso, el concepto ofrecido sólo limita al legislador si no le corresponde justamente a éste indicar cuáles son los intereses humanos más relevantes, o las relaciones sociales indispensables. Ello ocurriría si estos intereses o relaciones correspondieran a realidades dadas que al legislador sólo le tocara reconocer. Si ello fuera así las normas podrían ser criticadas de la manera en que se critica a quien ha incurrido en un error de percepción: se ha confundido un gato con una liebre, y las normas deben referirse a liebres. Pero resulta que el bien jurídico formulado como “interés social” no es equivalente a la liebre. Ésta existe con independencia de la percepción que se tiene de ella, y correspondería a lo que Amelung denomina hechos brutos.²⁷¹

protección de bienes”, cit. nota n° 10, p. 457). Este tipo de afirmaciones parece suponer que las barbaridades que puede cometer el legislador no las podrían cometer los juristas, y que la dogmática podría evitarlas.

²⁶⁸ HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología*, cit. nota n° 6, p. 105.

²⁶⁹ HRUSCHKA, Joachim, “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, *Anuario de Derecho Penal*, Fascículo III, Septiembre-Diciembre, 1994, p. 345. Igualmente: KINDHÄUSER, “La lógica de la construcción del delito”, cit. nota n° 190, p. 500; MAÑALICH, Juan Pablo, “Condiciones generales de la punibilidad”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, n°2, 2005, p. 388. Desde una teoría del delito como infracción: MIR, *Introducción*, cit. nota n° 57, pp. 20 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit. nota n° 102, p. 506. Un paralelo entre teorías de infracción e imputación: SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Normas y acciones en el derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 33 y ss.

²⁷⁰ MIR, Santiago, *Estado, pena y delito*, cit. nota n° 267, p. 87.

²⁷¹ AMELUNG, “El concepto de <bien jurídico>”, cit. nota n° 15, p. 243.

Los “intereses sociales”, en cambio, serán justamente aquellos que percibamos como tales. Es decir, se trata de lo que en teoría del tipo se conoce como elementos normativos,²⁷² los cuales se encuentran formulados en términos valorativos. Esto no quiere decir que sólo una definición de bien jurídico que haga referencia a hechos brutos podría limitar al legislador, pero exige precisar qué tipo de hecho social está sirviendo de base a la definición que busca hacerlo. Para abordar este punto seguiremos la distinción entre “concepto” y “concepción” que aborda Atria,²⁷³ siguiendo a su vez a Rawls, Dworkin y Hart.

Así, dependiendo del nivel de abstracción al formular una idea, todos los miembros de una comunidad pueden estar de acuerdo con ella, como sucede en el ejemplo de Dworkin con la “cortesía”: puede ser pacífico en una sociedad el que se debe actuar con cortesía. Pero, tal como indica Hayek, “la comunidad de opinión sobre valores básicos no es suficiente para determinar un programa de acción gubernamental”.²⁷⁴ Ello significa que este consenso sobre la necesidad de actuar con cortesía no supone necesariamente que todos estén de acuerdo con qué es lo que cuenta como cortesía. Y las discrepancias, a diferencia de lo que ocurre con la liebre –o el libro, siguiendo con ejemplos de Dworkin-, no se resuelven por el establecimiento de reglas semánticas.²⁷⁵ Lo que ocurre, es que una formulación suficientemente abstracta de una idea puede albergar diversas y opuestas concepciones sobre el mismo concepto. Podemos estar de acuerdo que la justicia es un valor, y que es injusto realizar diferencias arbitrarias, pero discrepar sobre “qué semejanzas y qué diferencias entre las personas son pertinentes para determinar deberes y derechos”.²⁷⁶ Más aún, en una sociedad liberal entendemos que todos los miembros de ella podemos tener valoraciones distintas sobre las mismas realidades: para el liberalismo la dignidad humana depende del reconocimiento de autonomía, con lo que muy distintas formas de desarrollo individual son reconocidas por el Estado, el cual sólo por excepción podrá negar amparo a una determinada idea de la “buena vida”,²⁷⁷ por lo mismo: ¿Cuándo hay un interés social? ¿Cuándo hay un medio de participación relevante? ¿Cuándo una relación entre un individuo y una cosa es valiosa? Son todas preguntas que entendemos que admiten respuestas personales, y que no se encuentran ya contestadas institucionalmente.

Si fuera necesario zanjar esta discrepancia entre distintas concepciones sobre los mismos conceptos (es decir, definir cuáles son las condiciones básicas de subsistencia social o de desarrollo individual), y nos encontráramos en una sociedad organizada como una democracia representativa, entonces correspondería justamente al legislador realizar dicha

²⁷²ROXIN, Claus, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Trad.: BACIGALUPO, Enrique, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979, p. 212.

²⁷³ ATRIA, Fernando, “El derecho y la contingencia de lo político”, *Revista Derecho y Humanidades*, Vol. 11, 2005, p. 331.

²⁷⁴ HAYEK, “El ideal democrático”, cit. nota n° 1, p. 39.

²⁷⁵ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Trad.: FERRARI, Claudia, Barcelona: Editorial GEDISA S.A., 2005, p. 59.

²⁷⁶ RAWLS, *Teoría de la Justicia*, cit. nota n° 16, p. 19.

²⁷⁷ TAYLOR, Charles, *Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*, Trad: BIRULÉS, Fina, Barcelona: Ed. Paidós, 1997, p. 321.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

tarea.²⁷⁸ los conceptos, al ser neutros a las distintas concepciones, no son aptos para resolver los conflictos que se susciten entre ellas, en esa medida la concreción de los conceptos corresponde a una tarea propiamente política.²⁷⁹

Ello se hace evidente al momento de enfrentar la decisión legislativa contra la crítica emanada desde la teoría del bien jurídico: si se argumentara que lo que se ha protegido no constituye un bien jurídico, por cuanto no corresponde a un –por ejemplo– medio necesario para participar en los procesos fundamentales de la sociedad, el legislador simplemente debe contestar que esa opinión ya ha sido considerada al deliberar, y que ha sido derrotada en el proceso democrático, el cual ha decidido que lo que la norma protege es justamente un medio necesario para la participación social. Dicho de otro modo, si se participa del juego democrático, en el que se ponderan diversas opiniones, no se puede hacer pie en una de las opiniones en competencia para descalificar el resultado final.

De esta forma, al ordenar las teorías en comento que el legislador sólo proteja penalmente bienes jurídicos, y agregar que éstos corresponden –cambiando el ejemplo– a determinadas relaciones sociales, es decir, a conceptos que deben concretarse en concepciones, no hay ninguna limitación real: el legislador puede proteger lo que elija y afirmar que lo ha hecho, justamente, por cuanto ello constituye una relación social del tipo indicado. Y no tiene sentido acusar que en ese caso el legislador estará siendo deshonesto, puesto que –con excepción de los legisladores que buscan sólo oprimir, caso en el cual derecho no puede ya ayudar–,²⁸⁰ si se ha protegido algo ha sido porque el Congreso ha considerado eso como valioso.²⁸¹

En esta medida, las teorías materiales del bien jurídico aciertan al advertir que una definición que parte desde la valoración del objeto no puede limitar a quien la realiza, que

²⁷⁸ En este sentido: ATRIA, Fernando, “Revisión judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha”, *Estudios Públicos*, n° 79, 2000, p. 357: “en un sistema democrático las decisiones ideológicas importantes deben ser tomadas por la mayoría”; lo mismo en p. 397.

²⁷⁹ ATRIA, “El derecho y la contingencia”, cit. nota n° 273, pp. 331 y ss. Para Atria, lo contrario a esta visión importa defender un legalismo conforme al cual “la deliberación y el conflicto político sólo tienen relación con las cuestiones poco importantes de la vida social” mientras que las cuestiones importantes están entregadas a especialistas del derecho (ATRIA, Fernando, “Replica: derecho y política a propósito de derechos sociales”, *Discusiones*, n°4, 2004, p. 153, disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/rplica-derecho-y-politica-a-proposito-de-los-derechos-sociales-0/>). Si, siguiendo a Piña, señaláramos que el derecho penal debe tutelar sólo las normas que pertenecen a su núcleo normativo, es decir, aquellas que determinan las reglas básicas de convivencia, llegamos al mismo punto: en democracia corresponde al legislador definir cuáles son esas normas básicas; en: PIÑA, Juan Ignacio, “Función del derecho penal. Breves consideraciones sobre un problema básico”, en: SCHWEITZER, Miguel, *Nullum crimen, nulla poena sine lege. Homenaje a grandes penalistas chilenos*, Santiago: Universidad Finis Terrae, 2010, pp. 301 y 302. Visto desde la perspectiva del bien jurídico, ocurre lo mismo: se debe afirmar un criterio en función del cual se seleccionan los bienes, y debe ser el legislador quien afirme ese criterio (p. 308).

²⁸⁰ Al respecto: ATRIA, Fernando, “La hora del derecho: los ‘derechos humanos’ entre la política y el derecho”, *Estudios Públicos* n° 91 (2003), pp. 52 y ss. En el mismo sentido: ATRIA, “El derecho y la contingencia”, cit. nota n° 273, p. 323: “las instituciones judiciales no son el tipo de instituciones que pueden resistir el terror”.

²⁸¹ En ese sentido: JAKOBS, *Qué protege el derecho penal*, cit. nota n° 165, pp. 37 y 38.

es justamente la razón por la cual una teoría formal no sirve para constituir límite alguno al legislador, y que por ello una teoría del bien jurídico que parte desde el objeto y no desde la valoración²⁸² podría tener éxito en los esfuerzos por dar con un mecanismo que permita enjuiciar la legislación. Donde yerran las teorías materiales es al formular un concepto de bien jurídico que logre, efectivamente, separar aguas con el legislador.

Volviendo a la idea del principio del bien jurídico como norma de conducta –o norma secundaria en Kelsen–,²⁸³ el fracaso de la teoría para ofrecer un baremo se explica con toda claridad: si la norma ha de servir como estándar, lo que ella prescribe debe identificarse con independencia de la perspectiva del destinatario, de lo contrario el destinatario tendría a su disposición lo reglado, sin que se pudiera determinar ex ante el comportamiento adecuado, ni ex post enjuiciarlo como antinormativo.²⁸⁴

Ya que esto último es justamente lo que ocurre con las teorías materiales del bien jurídico, incluso aceptando que es correcto que “el derecho penal debe proteger bienes jurídicos, y que al no hacerlo deviene en ilegítimo”, en la medida que las formulaciones del bien jurídico no vayan más allá de conceptos, no se logra la finalidad perseguida: dar criterios claros que permitan definir lo legítimamente criminalizable, para así poder justificar y criticar la legislación penal.²⁸⁵

De esta forma, aquellas teorías que recurren al concepto de “autorrealización humana” o “condiciones que posibilitan el desarrollo individual”,²⁸⁶ ya sea para corregir una teoría del bien jurídico centrada en la protección de la estructura social, o derechamente para definir la esencia de lo protegible, no logran su objetivo de limitar lo legítimamente criminalizable, por cuanto es precisamente el legislador (a través del debate democrático) quien decide cuándo una determinada realidad cumple con dicho requisito.

Respecto del concepto de daño elaborado en el marco de la formulación del *harm principle* ocurre algo hasta cierto punto similar: la referencia a los medios y capacidades que normalmente –de forma general– sirven para alcanzar una calidad de vida dada,²⁸⁷ también constituye un ámbito valorativo que debe ser precisado por el legislador. Más aún, von Hirsch no busca anclarse en la pura afectación de intereses, sino que exige en paralelo un

²⁸² Así, ALCÁCER, *Sobre el concepto de delito*, cit. nota n° 12, pp. 82 y 83.

²⁸³ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Trad.: NILVE, Moisés, Buenos Aires: Eudeba, 2008, p. 61.

²⁸⁴ MAÑALICH, Juan Pablo, “Norma e imputación como categorías del hecho punible”, *Revista de Estudios de la Justicia* N° 12 (2010), pp. 76 y 77. En contra: MIR, *Introducción*, cit. nota n° 57, p. 46: si la norma primaria es un mandato, entonces se debe considerar en el centro de la antijuridicidad al momento subjetivo de la desobediencia. Por ello, el legislador sólo infringiría el principio de bien jurídico si, protegiendo algo que no es bien jurídico, lo hiciera a sabiendo que lo que está protegiendo no corresponde a un bien jurídico. Igualmente en SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit. nota n° 102, p. 566: dado que el imperativo se dirige a la voluntad del destinatario la voluntad contraria al contenido del imperativo integra la infracción del mismo.

²⁸⁵ HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología*, cit. nota n° 6, p. 105.

²⁸⁶ Así, FRISTER, *Derecho Penal*, cit. nota n°5, pp. 81 y 82, quien reconoce que se trata de un límite vago, y que de la Constitución no se puede extraer mayor precisión.

²⁸⁷ VON HIRSCH, “Seriousness, severity”, cit. nota n° 212, p. 144. Igualmente: VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, cit. nota n° 209, pp. 62 a 67.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

componente normativo consistente en que el daño tenga lugar a pesar de una pretensión de integridad no fundada en la pura norma penal.²⁸⁸

Si bien hasta acá no hay grandes diferencias con las teorías materiales del bien jurídico, un primer punto a destacar es que en que junto con la formulación ya indicada del concepto de daño, se ofrece una propuesta relativa a la forma en que deben determinarse los componentes de los distintos estándares de vida, y los medios particulares que sirven para alcanzarlos,²⁸⁹ conjuntamente con lo cual se argumenta a favor de un anclaje de la escala de penas en base a la relación entre los intereses afectados por el delito y la pena asignada –cuyo límite inferior se encuentra dado por la pérdida de eficacia preventiva–.²⁹⁰

No obstante que todo esto, en principio, da mayor precisión a los límites propuestos, y con ello hay mayores posibilidades de reducir el ámbito de lo criminalizable, el limitar al legislador no parece ser el fin con el que se ha elaborado el principio del daño, o al menos, no en los mismos términos en que ello se persigue en las teorías materiales del bien jurídico. Como Feinberg señala, el punto de partida es que evitar daño es una finalidad en principio moralmente válida para justificar una legislación que restringe derechos.²⁹¹ De esta forma, no se busca dar con un concepto que opere como razón necesaria o suficiente para justificar una norma penal –con lo que se estaría buscando definirle a legislador lo legítimamente criminalizable–, sino que simplemente se estaría intentando dar un contexto que posibilite una discusión racional sobre lo que debería considerarse delictivo, marco en el cual el principio del daño es sólo uno de los factores involucrados, y que los mismos autores restringen a sólo ciertos tipos de delitos.

En este sentido, estas teorías podrían considerarse herramientas que los dogmáticos ponen a disposición del legislador para la elaboración de la normativa penal. Puesto que la finalidad perseguida por esta teoría es distinta a la que se ha planteado la teoría del bien jurídico, la evaluación de si acaso ellas son exitosas debe también ser distinta: mientras que la pregunta central para enjuiciar las teorías materiales de bien jurídico es si acaso dan con un concepto o con criterios que permitan delimitar al legislador la materia de lo jurídico-penalmente protegible; en el caso de los principios angloamericanos, el éxito de sus postulados debería medirse en función de si se aportan conceptos que pueden ser considerados por el legislador, y no en función de sus posibilidades de limitarlo. El que varios estados de Estados Unidos hayan considerado los postulados de von Hirsch en la elaboración de pautas relativas a las sanciones penales²⁹² podría servir como argumento para sostener una respuesta afirmativa.

²⁸⁸ VON HIRSCH, “El concepto de bien jurídico”, cit. nota n° 207, p. 42

²⁸⁹ Como se comentó en nota n° 214, se parte por parcelar los intereses afectados por delitos y graduar distintos niveles de calidad de vida; en: VON HIRSCH, “Seriousness, severity”, cit. nota n° 212, pp. 144 y ss. En igual sentido: VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, cit. nota n° 209, pp. 64 y ss.; también: VON HIRSCH/JAREBORG, “Gauging criminal harm”, cit. nota n° 213, pp. 28 y ss.

²⁹⁰ VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, cit. nota n° 209, pp. 72 a 76.

²⁹¹ FEINBERG, “Harm to others”, cit. nota n° 199, p. 17: “*The prevention of harm, then, is a morally legitimate purpose, and always relevant reason, for restrictive legislation*”.

²⁹² GARLAND, David, *La cultura del control*, Trad.: SOZZO, Máximo, Barcelona: Editorial Gedisa, 2005, pp. 117 y 118.

5.2. ¿Encuentran las teorías materiales fundamento en el ordenamiento jurídico?

Hasta ahora hemos analizado la capacidad de las teorías sobre la legitimidad material del derecho penal para indicar límites a lo criminalizable. Para ello, hemos concedido que se puede extraer del ordenamiento jurídico un límite así, es decir, uno formulado mediante conceptos que carecen de la precisión necesaria para poder limitar efectivamente. De ahora en más nos referiremos a otro problema: el de la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de un principio como el de protección de bienes jurídicos, según una formulación genérica de las teorías materiales. Esto enlaza con un grupo particular de teorías del bien jurídico: aquellas que no sólo buscan dar un concepto independiente del legislador, con potencial limitador, sino que además entienden que dicho concepto es oponible en un procedimiento judicial, de forma tal que la falta de un bien jurídico protegido no sólo debe conllevar la ilegitimidad de la norma penal, sino que además, da paso a que la norma en cuestión sea declarada nula. En esta medida, el principio del bien jurídico puede concebirse como una norma secundaria –o norma primaria en Kelsen–²⁹³ dirigida al juez, prohibiendo aplicar la norma penal que no protege bienes jurídicos.

Más que responder afirmativa o negativamente si acaso un principio así existe en el ordenamiento nacional, nuestra meta es dar los lineamientos esenciales para abordar el asunto.

El punto de partida para acercarse a una respuesta pasa por hacer presente que un tribunal debe fallar conforme a derecho, es decir, el juez debe aplicar normas generales a casos particulares,²⁹⁴ y por tanto deberá escuchar dicho alegato si es que éste cuenta con fundamento jurídico y no sólo filosófico o racional. Si comprendemos a nuestro sistema jurídico de la forma en que lo hace Hart, es decir, como conjunto comprensivo tanto de reglas primarias -que prescriben a los ciudadanos acciones u omisiones- como de reglas secundarias -las cuales corresponden a reglas que se ocupan de las reglas primarias-,²⁹⁵ el reclamo en contra de la norma penal que no protege bienes jurídicos debería encontrar sustento en una norma secundaria, en particular, en la de reconocimiento.²⁹⁶ Ésta señala las características que de ser cumplidas por una regla la hacen ser considerada como parte de nuestro sistema jurídico, con lo que se afirma su validez desde una perspectiva interna al sistema. Dicha regla, en la mayor parte de los casos según Hart, no es expresada, sino que su existencia se muestra por la práctica de identificación de normas individuales.²⁹⁷

En este esquema, el alegato sobre la falta de bien jurídico deberá sostener que la regla de reconocimiento establece como criterio de validez para las normas penales el que éstas

²⁹³ KELSEN, *Teoría pura*, cit. nota n° 283, p. 61.

²⁹⁴ ATRIA, Fernando, “Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo”, *REJ* n°5 (2004), p. 131.

²⁹⁵ HART, Herbert, *El concepto de derecho*, Trad.: CARRIO, Genaro, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, pp. 101 y 117 a 120.

²⁹⁶ Las que se componen además de reglas de cambio y de adjudicación.

²⁹⁷ HART, *El concepto de derecho*, cit. nota n° 295, p. 127.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

protejan bienes jurídicos. En tanto que la fuerza obligatoria de la norma de reconocimiento descansa en la aceptación de la misma, su determinación requiere indicar cuál es el material jurídico²⁹⁸ disponible en el ordenamiento que es tratado como aquel que dispone los criterios de validez de las demás normas²⁹⁹ (el que la norma de reconocimiento descansa en “aceptación”, no significa necesariamente que dicha aceptación se encuentre referida necesariamente a los tribunales³⁰⁰).

El material jurídico que es considerado como aquel que establece los requisitos de validez de las normas penales no puede ser otro que la Constitución, y a su respecto, un ejercicio de honestidad llevará a concluir que ésta no dispone condiciones particulares referidas a su contenido material; dando por sentado, claro está, que no puede una ley contradecir a la Constitución. Ahora bien, éste límite se deriva de la Constitución a todas las normas y no es un límite de naturaleza penal. Dicho de otra manera, en el texto constitucional, al determinarse los criterios de validez de las leyes penales, se señala expresamente una serie de requisitos particulares, sin que entre ellos se pueda contar a la necesidad de proteger un bien jurídico (concepto que la Carta Fundamental desconoce).

Pero con ello no se puede dar por terminada la discusión. Se podría afirmar, siguiendo a von Savigny, que nuestra regla de reconocimiento es defectuosa, y que su sentido claro y determinado no es coherente con el “pensamiento real de la ley”. Este defecto –que el autor denomina “expresión impropia”–³⁰¹ es concebido por Atria como una característica necesaria de las leyes,³⁰² y se explica al distinguir entre funciones legislativas y jurisdiccionales: mientras que el legislador debe preguntarse si una norma es en términos generales y en la normalidad de los casos adecuada; al juez le corresponde juzgar si el caso concreto que tiene frente a sí, al cual le es en principio aplicable la norma, es o no un caso normal. De esta forma, si juzga que el caso concreto es suficientemente normal, entonces

²⁹⁸ Al respecto: RAZ, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, Trad.: TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, México: Universidad Autónoma de México, 1986, p. 98.

²⁹⁹ HART, *El concepto de derecho*, cit. nota n° 295, pp. 133 y 134: al llegar a la regla suprema de reconocimiento, ya no podemos encontrar otra regla en base a la cual afirmar su validez, por lo que se pasa desde un enunciado interno relativo a la validez de una regla en referencia a los criterios afirmados en otra; a un enunciado externo, en el que un observador enuncia el hecho de que otros aceptan una regla.

³⁰⁰ RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, Trad.: TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1985, p. 122. La idea de sostener la norma de reconocimiento exclusivamente en la práctica de los tribunales es, al menos en los términos de Raz, insatisfactoria: cuando Raz afirma que la pertenencia de una disposición jurídica a un determinado sistema jurídico depende de que los órganos primarios del sistema la apliquen, está negando que las normas son obligatorias para los tribunales: ¿De qué depende que una norma deba ser aplicada por un tribunal? De que forme parte del sistema jurídico (pp. 148, 149 y 154). Pero ¿De qué depende que la norma forme parte del sistema? De que sea aplicada (pp. 115 a 117; igualmente, en: RAZ, *El concepto*, cit. nota n° 298, p. 240). Desde una perspectiva distinta, pero también radicando en los tribunales la vigencia del derecho: PIÑA, Juan Ignacio, “Decisión penal. Consideraciones sobre la clausura operativa del sistema jurídico-penal”, en: VARIOS AUTORES, *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 507.

³⁰¹ VON SAVIGNY, Friedrich, *Sistema del derecho romano actual, Tomo 1*, Trad.: MESÍA, Jacinto; POLEY, Manuel, Madrid: F. Góngora y compañía, 1878, p. 161.

³⁰² ATRIA, “Jurisdicción e independencia”, cit. nota n° 294, p. 128.

la norma debe aplicarse, de lo contrario, el juez debe descartarla.³⁰³ Bajo estos parámetros, lo que se advierte como problemas de expresión impropia corresponderán generalmente a supuestos en los cuales no resulta claro si el caso concreto es o no uno “normal”, radicando en esta determinación la esencia de la función de los jueces.

En concordancia con lo anterior, la tesis de Hart contempla una posibilidad argumentativa interesante: las reglas (incluyendo a la de reconocimiento) pueden no resolver un caso que no se encuentra previsto en su texto, y en ese supuesto, al juez le corresponde elegir entre los intereses en conflicto de la manera más satisfactoria. El autor sostiene que en estos supuestos la regla en cuestión deja abierta para su solución ulterior -por medio de una elección- aquellas cuestiones que sólo pueden resolverse una vez que aparecen, mediante un compromiso entre distintos intereses.³⁰⁴ Entendemos que a diferencia de la labor que Atria considera propia del juez, Hart acá no propone que se decida si el caso es o no normal, sino que se determine la extensión de la norma: ya no se trata de fijar la ubicación de un caso respecto de una valoración ya realizada, sino que de determinar la valoración que debe regir en casos normales. Así, el juez contará con lo que Dworkin denomina “discreción en sentido fuerte”,³⁰⁵ pudiendo entenderse el reclamo contra la norma penal en el siguiente sentido: “las palabras de una ley y lo que ella prescribe en un caso particular pueden ser perfectamente obvios; sin embargo, es posible que haya dudas sobre si la legislatura tiene potestad para legislar de esa manera”.³⁰⁶ Con ello, se estará preguntando si acaso la norma de reconocimiento establecida en la Constitución puede permitir normas penales que no protejan bienes jurídicos,³⁰⁷ lo que supone cuestionar “la competencia jurídica de la propia legislatura suprema”.³⁰⁸ En estos casos, puesto que quien resuelve en definitiva es el juez mediante elección, entonces es éste el que ponderando intereses determina “el contenido de la regla última mediante la cual se identifica el derecho válido”.³⁰⁹

La solución propuesta por Hart es advertida por von Savigny como la más aventurada para enfrentar los “defectos de la ley”: al recurrir a la apreciación del resultado, el juez corre el

³⁰³ ATRIA, Fernando. “Inaplicabilidad y coherencia: Contra la ideología del legalismo”, *Revista de derecho* (Universidad Austral de Chile), Vol. 12, p. 145.

³⁰⁴ HART, *El concepto de derecho*, cit. nota n° 295, pp. 161 y ss.

³⁰⁵ Es decir, debe decidir sin estar sometido a estándares establecidos por autoridad, pero siendo igualmente posible criticar su acción en base a juicios de racionalidad, justicia y eficacia; en: DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Trad.: GUSTAVINO, Marta, Barcelona: Editorial Ariel, 1989, p. 85.

³⁰⁶ HART, *El concepto de derecho*, cit. nota n° 295, p. 184.

³⁰⁷ El argumento conducente a la respuesta negativa podría ser el siguiente: “el que la norma constitucional de reconocimiento no establezca condiciones particulares de validez relativas al contenido material de la norma penal, significa que la norma de reconocimiento no está resolviendo si acaso la ausencia de dicho contenido material debe o no significar la falta de validez de la norma, ya que ese supuesto corresponde a un caso que no se encuentra previsto en el texto de la norma de reconocimiento. En consideración a lo anterior, al juez le corresponde elegir si acaso la ausencia de contenido material debe o no acarrear la nulidad de la norma, dependiendo de cuál sea el resultado más satisfactorio”.

³⁰⁸ HART, *El concepto de derecho*, cit. nota n° 295, p. 184.

³⁰⁹ HART, *El concepto de derecho*, cit. nota n° 295, p. 189.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

riesgo de inmiscuirse en los dominios de la legislación, razón por la cual von Savigny descarta este recurso para hacer frente a los casos de expresión impropia.³¹⁰

En el fondo, la propuesta de Hart nos lleva a un supuesto en el cual el juez no puede encontrarse sometido a derecho, por cuanto es él quien define lo que es derecho, y por lo mismo, el argumento sobre la necesidad de protección de un bien jurídico no sólo no requiere fundarse en derecho, sino que para ser aceptado debe no estar fundado en derecho: deberá ser un argumento político de ponderación correcta de intereses. De esta forma, lo que von Savigny advertía como un riesgo –el inmiscuirse en los dominios del legislador–, resulta ser un efecto inherente a la solución de Hart en un caso referido a la regla suprema de reconocimiento.

Ello no significa que hayamos llegado a un punto en que se niegue lo que primero afirmamos (que un juez debe fallar conforme a derecho), sino que debe ser entendido como un caso en que una persona resuelve un conflicto, pero no que un “juez” resuelve el conflicto, porque los jueces lo que hacen es resolver conforme a derecho. Así, la teoría del bien jurídico se hace bastante factible, indicando que una ponderación de intereses debe llevar a rechazar normas penales que suponen un mal intenso (pena), sin que con ello se proteja un bien igualmente relevante. El costo de este argumento es que hace evidente que la tesis se apoya en definitiva en un juicio sobre la situación más conveniente, y no en derecho: se trata de un argumento propio del debate legislativo, en que se analiza la justicia de una posible norma preguntando si en ella se han ponderado imparcialmente los intereses de todos los involucrados, en circunstancias que para la discusión de derecho ante un tribunal, dicha justicia se da por supuesta.³¹¹ puesto que la norma ha sido aprobada mediante un proceso tendiente al debate de distintos intereses, entonces la norma es justa. Negar esto supone que un juez podría respecto de cada norma cuestionar su validez si no comparte la forma en que ella resuelve un conflicto de intereses.³¹² El que todavía se pueda argumentar que el juez debe ponderar los intereses en el caso concreto, mientras que el legislador lo hace respecto de intereses abstractos, no altera el asunto: la actividad judicial determina si se cumplen los supuestos de aplicación de una regla, y no consiste –directamente al menos– en ponderar intereses a fin de indicar cómo debería resolverse un conflicto.

Un camino para alegar la imposibilidad de aplicar la norma penal, sin negar el carácter de “jurídico” del argumento, es recurriendo a Dworkin, para quien el derecho está compuesto de normas y principios, correspondiendo estos últimos a estándares que deben ser

³¹⁰ VON SAVIGNY, *Sistema del derecho*, cit. nota n° 301, p. 156.

³¹¹ Joseph Raz afirma en la *tesis de las fuentes* que el derecho delimita cuándo una opinión sobre la forma adecuada de coordinación es ya no opinión particular, sino que obligatoria para todos con independencia de cualquier opinión particular; en: RAZ, *La autoridad del derecho*, cit. nota n° 300, p. 71. Volveremos sobre ello al referirnos a la relación entre principios y voluntad soberana.

³¹² ATRIA, “Jurisdicción e independencia”, cit. nota n° 294, p. 132.

observados en tanto son exigencias de alguna dimensión de la moralidad.³¹³ Así, se podría sostener que hay un principio de derecho conforme al cual las normas penales deben proteger bienes jurídicos. Ante esta posibilidad, se debe hacer una precisión: nuestro ordenamiento jurídico contempla claramente que el derecho debe ser consecuente con la voluntad de la nación. En este sentido, se señala que la soberanía reside en ésta, se establece un proceso de creación de derecho que busca representar la opinión de los ciudadanos mediante elecciones, tanto los congresistas como el Presidente de la República (los legisladores) son elegidos por votación popular, y se señala expresamente que la ley es una declaración de la voluntad soberana. En otras palabras, el propio ordenamiento jurídico dispone que nuestro derecho deba ser reconducible a la voluntad soberana.³¹⁴

Ahora bien, el derecho, debido a su naturaleza formal, sólo puede acceder a las características substantivas que dan origen a instituciones en la medida que esas características son formalizadas. De esta manera el derecho reconoce a la ley como voluntad soberana, pero ignora –por supuesto– los estados volitivos de los ciudadanos.³¹⁵

En este punto es necesaria una aclaración: hemos sostenido que la Constitución limita al legislador, y que por ello las leyes no pueden contradecir la Carta fundamental. Esto podría justificarse recurriendo a la distinción de Ackerman entre momentos constitucionales y corrientes, según la cual en los momentos constitucionales se expresa la voluntad del pueblo, mientras que en los corrientes la voluntad del gobierno, por lo que la supremacía constitucional busca evitar que la administración de turno aplaste a la voluntad de la nación.³¹⁶ Pero esta distinción, si la entendemos correctamente, no se mueve en el ámbito

³¹³ DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit. nota n° 305, p. 72. Por lo mismo, los casos que una norma no resuelve no son vacíos de derecho, y no cabe que el juez falle conforme a una nueva ley “bien ponderada” creada por él; en: DWORKIN, *El imperio*, cit. nota n° 275, p. 103.

³¹⁴ Aún cuando es un asunto que excede ampliamente lo abaricable por el presente trabajo, señalaremos que una concepción del derecho que incluya principios, pero sin justificarlos en la práctica, podría sostenerse de la siguiente manera: la condición de derecho de los “principios” se deriva de que el derecho positivo, al exigir para todos los casos una respuesta conforme a derecho, está exigiendo considerar *derecho* algo más complejo que un simple conjunto de normas. Así, entendemos que no se caería en la situación criticada por Dworkin conforme a la cual se sostendría que “es derecho aquello que sea considerado derecho en una comunidad”, con lo que la validez de una norma se identificaría plenamente con su eficacia; por el contrario, la validez en tanto derecho de aquello que no es regla se derivaría de que conforme al propio ordenamiento es necesario considerarlo como tal, con independencia de su eficacia, en: DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit. nota n° 305, pp. 97 y 98.

³¹⁵ Al respecto: HAYEK, “El ideal democrático”, cit. nota n° 1, p. 21. El premio Nobel indica que las instituciones que se han generado para averiguar la voluntad de la mayoría fracasan en esta tarea, justamente porque al constituirse la mayoría en un soberano ilimitado, inevitablemente sucumbe ante las presiones de grupos particulares que demandan beneficios que no ceden en el interés general, pero cuyo apoyo es necesario para seguir siendo mayoría: el gobierno no produce lo que la mayoría desea, sino “lo que a cada grupo que forman la mayoría debe conceder a los otros para conseguir su apoyo en aquello que desea para sí mismo” (p. 35). Por ello, se afirma que el poder debe estar limitado a la imposición de deberes negativos, límite derivado de la ignorancia de los miembros individualmente considerados de la sociedad y que –al igual que el bien jurídico en las teorías materiales– no es disponible para el legislador.

³¹⁶ ACKERMAN, Bruce; ROSENKRANTZ, Carlos, “Tres concepciones de la democracia Constitucional”, en: *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid: Centro de Estudios

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

formalizado del derecho, sino que en las características substantivas que –según Ackerman– deberían ser reconocidas por el sistema jurídico. En cambio, para diferenciar al interior del sistema entre normas constitucionales y leyes no se puede recurrir a características que el sistema jurídico no puede apreciar, sino que a las formalizaciones propias del derecho; en particular, a los distintos procedimientos de creación de normas. Por lo mismo, el que las normas constitucionales no respondan a momentos constitucionales, no cambia el hecho de que para el sistema jurídico una ley igualmente no podrá regir en contra de la norma constitucional:³¹⁷ el derecho no puede recurrir a lo substantivo para considerarse a sí mismo como contrario a derecho, cuestionando su propia autoridad.³¹⁸ Lo relevante es que el sistema jurídico, al distinguir formalmente entre diversas jerarquías de normas –con independencia de las diferencias substantivas que las fundamentan–, hace posible resolver las contradicciones entre ellas y evitar que toda disposición jurídica que limita al legislador sea derogada por la norma que la contradice: de no distinguirse entre jerarquías, la única oportunidad para que se cumpla la norma que limita al legislador es en el momento en que se dicta la norma que la limitación impide dictar, pero esta segunda norma deroga a la primera.³¹⁹

Esta misma conexión entre el derecho y la voluntad de la nación debe ser afirmada si, siguiendo una teoría retributiva de la pena, se sostiene que aquella constituye un reproche a quien ha quebrado una norma:³²⁰ el reproche que tiene lugar por la infracción de una norma sólo puede ser legítimo si se afirma primero la legitimidad de aquella. Esa legitimidad, bajo el orden político democrático, no depende de la correspondencia entre el contenido de la norma y un orden moral dado, sino que de la posibilidad de entender la

Constitucionales, 1991, pp. 16 y ss.: sólo los momentos constitucionales expresan la voluntad del pueblo, mientras que los corrientes se conciben como decisiones adoptadas no por aquel, sino que por el gobierno.

³¹⁷ En términos análogos, Fernández, hace ver que nuestra Constitución y sistema electoral no permiten entender que se dan los presupuestos de validez propios de la ética del discurso (FERNÁNDEZ, “Legitimación de las leyes penales”, cit. nota n° 113, pp. 170 y 171), pero entendemos que ello debe comprenderse como un defecto imperceptible para el mismo sistema jurídico.

³¹⁸ ATRIA, “La hora del derecho”, cit. nota n° 280, p. 57. La formalización impide al derecho observar las características substantivas que se encuentran detrás de los marcadores formales (ATRIA, “Inaplicabilidad”, cit. nota n°303, p. 139); por lo que el juicio de ilegitimidad de una norma que se fundamenta en esas características substantivas –cómo lo sería su origen autoritario– no es advertible por el mismo derecho. Esto significa que jurídicamente es preferible el respeto a marcadores formales incluso si ello supone negar relevancia a las características substantivas que han dado lugar a las formalizaciones; más aun, según el autor la formalización que supone el derecho importa que ciertas características substantivas no pueden ser juridificables sin perder su esencia (ATRIA, Fernando, “¿Existen derechos sociales?”, *Discusiones* n°4 (2004), pp. 43 y 53; disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/existen-derechos-sociales-0/>).

³¹⁹ RAZ, *El concepto*, cit. nota n° 298, pp. 52 y 53. Puesto que se trata de limitaciones que existen dentro del ordenamiento jurídico, no impiden al soberano crear nuevas reglas supremas y leyes fundamentales actuado “por fuera y sobre” el ordenamiento (así en: SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Trad.: AYALA, Francisco, Madrid: Alianza Universidad Textos, 1996, p. 234).

³²⁰ Este reproche, por su lado, sólo será tal si en la imposición y ejecución de la pena no se adopta una perspectiva “objetivante” del destinatario, en la cual se le ve a éste como un objeto de táctica social: ya que el reproche es entendido como acto ilocucionario, se requiere sinceridad del hablante que reprocha; en: MAÑALICH, “La pena como retribución”, cit. nota n° 114, p. 159.

norma como una que es *del* sujeto:³²¹ el autor del delito debe concebirse al mismo tiempo como autor de la norma que ha vulnerado.³²² Esta dualidad, que se afirma en distinguir dos dimensiones de autonomía que se entrecruzan –la pública y la privada–,³²³ permite validar la expectativa de que la norma sea respetada, haciendo con ello posible reprochar su no seguimiento –mediante la imposición y ejecución de la pena–: el reproche se dirige a la persona en derecho, al obligado a seguir la norma; pero sólo es legítimo si la persona tuvo posibilidad de crear la norma, posibilidad que se formaliza mediante el reconocimiento de ciudadanía.³²⁴

Mediante este argumento se traza una conexión entre el derecho y, al menos, una teoría de la legitimidad del derecho: sólo puede ser considerado derecho lo que sea reconducible a la voluntad soberana, y si es reconducible a la voluntad soberana es legítimo. Esta relación, como es evidente, es unilateral: no todo lo que es reconducible a la voluntad soberana es derecho, sino que sólo en la medida que esa reconducción se produzca por ciertos mecanismos institucionales que el derecho pueda *leer* (en particular, mediante procedimiento democrático).³²⁵

Por todo lo anterior, si se desea sostener que el derecho se compone también de principios, sólo podrá mantenerse la relación entre derecho y voluntad soberana si el principio puede ser extraído de las normas que el ordenamiento considera manifestaciones de voluntad del

³²¹ Un argumento a favor de esta relación entre derecho y voluntad de la nación puede intentarse también con base en ARENDT, Hannah, *Sobre la violencia*, Trad.: SOLANA, Guillermo, Madrid: Alianza Editorial S.A., 2005: comprendiendo el poder como “capacidad humana, no simplemente para actuar, sino para actuar concertadamente”, éste pertenecerá al grupo y su magnitud dependerá del número de personas que consienten en una organización en particular (p. 60); por lo mismo, la falta de poder lleva a que el orden se sustente en violencia: “del cañón de un arma brotan las ordenes más eficaces que determinan la más instantánea y perfecta obediencia. Lo que nunca podrá brotar de ahí es poder” (p. 73). Luego, suponiendo dos ordenamientos jurídicos iguales, aquel dictado conforme a la regla de la mayoría sería un orden menos violento que uno dictado mediante otro mecanismo: “la extrema forma de poder es la de Todos contra Uno, la extrema forma de violencia es la de Uno contra Todos”. De esta forma, la legitimidad del derecho, entendida como relación entre la norma y el “espíritu de su tiempo” (JAKOBS, Günther, *El derecho penal como disciplina científica*, Trad.: VAN WEEZEL, Alex, Navarra: Editorial Aranzadi, S.A., 2008, p. 23), podría sostenerse al menos en parte en función de la relación *poder/violencia* que exista en el sistema jurídico concreto (con ello, en todo caso, no se resuelve sobre el enjuiciamiento dos sistemas jurídicos democráticos distintos). Si fuera así, no quedará más que entender que Frisch erra el punto al sostener que la razón por la que el penalista debe ser prudente ante las decisiones de la mayoría radica en que generalmente el discurso democrático acierta al momento de determinar aquello merecedor de protección (FRISCH, Wolfgang, “Bien jurídico, Derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal”, Trad.: ROBLES, Ricardo, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 319.).

³²² MAÑALICH, “La pena como retribución”, cit. nota n° 114, p. 184.

³²³ Que corresponden a los momentos de creador deliberativo de la norma y de destinatario de la misma, respectivamente; en: MAÑALICH, “Pena y ciudadanía”, cit. nota n° 114, p. 66.

³²⁴ MAÑALICH, “Pena y ciudadanía”, cit. nota n° 114, pp. 75 y ss. Por lo mismo, que la pena implique la pérdida de la ciudadanía “constituye una contradicción realizativa”.

³²⁵ Esto, me parece, guarda relación con las tesis de Stratenwerth y Müssig: en ellas se plantea que la legitimidad de una norma depende de la relación entre ésta y el resto del ordenamiento. Pues bien, lo que aquí se sostiene es que nuestro mismo ordenamiento es el que dispone que el derecho deba reconducirse a la voluntad soberana, y que ello se constituya en criterio de legitimidad.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

soberano. Así, por muy razonable que sea, no se podría haber sostenido en la Alemania nazi que era un principio de su derecho la igualdad entre los hombres; de la misma manera que hoy en Chile no se podría argumentar que la norma que prohíbe el homicidio tenga como fundamento el principio de protección de los chilenos en desmedro de los extranjeros. Por ello, si se sostiene que es un principio del derecho nacional el que las normas penales deban proteger bienes jurídicos, entonces se debe poder argumentar que de un estudio de nuestro ordenamiento es posible afirmar que éste reconoce dicho principio. Sólo así se podrá distinguir entre los principios de justicia que a cada uno le parecen correctos y los que efectivamente son atribuibles a la voluntad soberana reconstruida dentro del sistema jurídico.³²⁶

Puesto que esto no es una ciencia exacta, la única forma de control es mediante la argumentación y la publicidad de las resoluciones. Además, de esta manera es posible mantener los presupuestos del juego democrático: si cada vez que se dicta una norma ella podrá ser esquivada mediante el recurso a un principio no compartido, entonces no sólo se impide a la sociedad conformarse según su propia decisión, sino que la idea de responsabilidad política se vuelve ilusoria, ya que sin importar lo mal que se legisle nadie deberá sufrir esas consecuencias.

En este esquema, el costo de mantener la naturaleza jurídica del argumento es el de tener que fundamentar no que lo propuesto es la forma adecuada de ponderar intereses, sino que dicha ponderación ya se ha realizado en la legislación: el principio esgrimido ya está *allí*, ya está *en* el derecho.³²⁷ Esa será la única forma de evitar que el juzgado pueda efectuar el legítimo reclamo de “porqué me juzgan en base a reglas que yo no he consentido”.³²⁸

Demás está decir, que esto enlaza con la distinción de Raz entre momentos deliberativos y ejecutivos –parte de la *tesis de las fuentes*– la cual es considerada por el autor como condición necesaria para la existencia del derecho: las razones para la acción son jurídicas en la medida que ellas sean aplicadas por tribunales que deben aplicarlas, y cuyo contenido y existencia se establece sólo en base a hechos sociales, sin recurrir a argumentos morales. En esta medida, los tribunales deben “recordar” cuál ha sido el curso de acción elegido en un momento deliberativo anterior (hecho social), y decidir si el caso concreto se encuentra comprendido por lo ya decidido, sin que se pregunten si acaso la decisión adoptada era correcta (argumentos morales).³²⁹ Esto permite que personas con distintos puntos de vista sobre la forma en que debe resolverse un conflicto, es decir, que personas con

³²⁶ Para evitar una argumentación circular en la que la voluntad soberana se define desde el derecho y el derecho desde la voluntad soberana, el camino aquí propuesto para llegar hasta los principios es el siguiente: puesto que ninguna teoría del sistema jurídico que no reconozca como derecho al grueso de nuestras normas positivas puede ser exitosa, hacemos pie en éstas y afirmamos que ellas ordenan una conexión entre derecho y voluntad soberana. Luego, podemos conocer el contenido de la voluntad soberana mediante un examen de esas mismas disposiciones jurídicas, para finalmente proceder a afirmar al contenido de los principios en función de un análisis de esa voluntad soberana reconstruida.

³²⁷ DWORKIN, *El imperio*, cit. nota n° 275, p. 103.

³²⁸ ATRIA, Fernando, *La judicatura como organización* [audio], en: <http://www.expansivaudp.cl/biblioteca/audio/?id=240>

³²⁹ RAZ, *El concepto*, cit. nota n° 298, p. 256.

concepciones divergentes sobre lo justo, puedan reconocer igualmente al derecho como derecho.³³⁰ Como hemos dicho, para Atria este proceso de determinar si “¿es esta una acción del tipo específico y son estas las circunstancias especificadas (en la decisión adoptada en el estadio deliberativo?)”, corresponde a la esencia de la actividad de los jueces.

Así, cuando se dice que si el límite del legislador es la Constitución, y que en ella se contempla que el derecho penal se legitima por proteger las circunstancias sociales que conforman la libertad, siendo entonces su única finalidad el evitar conductas socialmente dañinas que dificultan la vida en común y que sean condición y requisito del desarrollo personal,³³¹ o que “solo violaciones a los derechos humanos fundamentales pueden ser objeto de sanción penal”,³³² se debe justificar que del conjunto de normas de nuestro ordenamiento, en particular de las constitucionales, es posible extraer racionalmente un principio que sostiene aquello.³³³ Sobre este punto, Matus hace ver que en la Constitución no se divisan requisitos sustantivos a las normas penales, sino que sólo formales, agregando que ella expresamente acepta la pena en caso de vulneración de normas procesales.³³⁴

Con esto no se busca afirmar que el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos no forma parte del derecho nacional, sino sólo que aquel que desee esgrimirlo ante un tribunal tiene que efectuar un ejercicio de argumentación que vaya más allá de explicar los beneficios del principio y lo razonable que resulta. Así, en el caso del recurso al contrato social para sustentar limitaciones al legislador –sustentado en la idea de que las personas entregan a éste sólo ciertas facultades para legislar– surge el problema de que en base a aquel se supone una marcada diferenciación entre el legislador creador de normas, por un lado, y la ciudadanía destinataria de ellas, por otro; en circunstancias que como ya hemos señalado, nuestro ordenamiento ve una cercanía entre ambos que lleva a considerar a los ciudadanos como creadores y destinatarios de las normas.³³⁵ Igualmente, hay una contradicción al afirmar la soberanía del mandante y al mismo tiempo sostener que, para protegerlo, el encargo sólo puede realizarse bajo condiciones inmodificables para aquel, pero que son definidas por algunos de sus miembros. En lenguaje de Hart, la legislación en la concepción del contrato social es muy similar a una orden respaldada por amenaza, dada

³³⁰ ATRIA, “El derecho y la contingencia”, cit. nota n° 273, pp. 322 y 323: para el autor, en ello radica la fuerza del derecho, ya que le permite existir aun habiendo desacuerdo entre los participantes sobre qué es lo correcto.

³³¹ STERNBERG-LIEBEN, “Bien jurídico, proporcionalidad”, cit. nota n° 128, pp. 106 y 109.

³³² BARATTA, Alessandro, “Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal”, *Revista nuevo foro penal* n° 34 (1986), p. 424.

³³³ En sentido similar: BACIGALUPO, “Concepto de bien jurídico”, cit. nota n° 45, pp. 31 y 32: se afirma que si bien el legislador se encuentra limitado por la Constitución, esa limitación no se encuentra referida al objeto de protección.

³³⁴ Lo que el legislador efectivamente no puede hacer, según Matus, es es convertir en ilusorio el ejercicio de derechos constitucionales, por lo que toda tipificación penal se encuentra limitada por el 19 n°26 de la Carta Fundamental; en: MATUS, Jean Pierre, “Sobre la necesidad constitucional de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales”, *Revista UNIVERSUM* n° 11 (1996), Universidad de Talca, pp. 128 a 131.

³³⁵ HART, *El concepto de derecho*, cit. nota n° 295, pp. 89 y ss.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

por alguien que es generalmente obedecido, internamente supremo y externamente independiente.³³⁶

Dicho lo anterior, nos parece que de nuestro ordenamiento sería posible extraer un principio conforme al cual la pena debe responder a un evento considerado socialmente grave –formulación aún más abstracta que la propuesta por las teorías materiales–, pero creemos que difícilmente se podría llegar a sostener que el sistema jurídico (que reconoce la soberanía de la nación) ha resuelto ya de antemano, en la Constitución y de forma particularizada mediante concepciones, aquello que es protegible penalmente. Como hemos visto antes, sólo si se realizara esto se podría limitar realmente al legislador.³³⁷

De esta forma, las teorías materiales de bien jurídico intentan saltar más allá de la propia sombra: el dilema que se plantea es que si se llegara a indicar concretamente aquellos bienes que constituyen bienes jurídico-penales, entonces el ejercicio de fundamentar los postulados de la teoría en derecho sería poco satisfactorio y ésta se constituiría en una barrera contra-mayoritaria en directa tensión con los principios de una sociedad democrática. Por el contrario, si el concepto de bien jurídico depende de las valoraciones del legislador, entonces la teoría resulta compatible con una concepción formal de democracia, pero ya no podría cumplir una función crítica.

³³⁶ HART, *El concepto de derecho*, cit. nota n° 295, p. 32.

³³⁷ Todavía más, si se entendieran los principios como “mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado” (ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad.: BERNAL PULIDO, Carlos, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 68), incluso cuando se reconociera el principio de protección de bienes jurídicos en una formulación apta para limitar al legislador, dicho principio no excluye necesariamente de aplicación toda norma penal que no proteja bienes jurídicos, ya que se debe considerar también el principio según el cual deben cumplirse las reglas que “son impuestas por una autoridad legitimada para ello” (p. 81).

BIBLIOGRAFÍA

1. ACKERMAN, Bruce; ROSENKRANTZ, Carlos, “Tres concepciones de la democracia Constitucional”; en: *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 15 a 31.
2. ALCÁCER, Rafael, *Sobre el concepto de delito: ¿lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2003.
3. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad.: BERNAL PULIDO, Carlos, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
4. AMELUNG, Knut, “El concepto de <bien jurídico> en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, Trad.: ORTIZ DE URBINA, Íñigo, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 227 a 263.
5. ARENDT, Hannah, *Sobre la violencia*, Trad.: SOLANA, Guillermo, Madrid: Alianza Editorial S.A., 2005.
6. ATRIA, Fernando, “¿Existen derechos sociales?”, *Discusiones* n°4 (2004), pp. 15 a 59, disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/existen-derechos-sociales-0/>.
7. _____, “El derecho y la contingencia de lo político”, *Revista Derecho y Humanidades*, Vol. 11, 2005, pp. 319 a 345.
8. _____, “Inaplicabilidad y coherencia: Contra la ideología del legalismo”, *Revista de derecho* (Universidad Austral de Chile), Vol. 12, pp. 119-156.
9. _____, “Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo”; *REJ* n°5 (2004), pp. 119 a 141.
10. _____, “La hora del derecho: los ‘derechos humanos’ entre la política y el derecho”, *Estudios Públicos* n°91 (2003), pp. 45 a 89.
11. _____, *La judicatura como organización* [audio], en: <http://www.expansivaudp.cl/biblioteca/audio/?id=240>.
12. _____, “Replica: derecho y política a propósito de derechos sociales”, *Discusiones* n°4 (2004), pp. 145 a 176, disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/rplica-derecho-y-poltica-a-proposito-de-los-derechos-sociales-0/>.
13. _____, “Revisión judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha”, *Estudios Públicos* n° 79 (2000), pp. 347 a 402.
14. BACIGALUPO, Enrique, “Concepto de bien jurídico y límites del derecho penal”, en: MONTEALEGRA, Eduardo y CARO, José Antonio; *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 17 a 32.
15. _____, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá: Editorial Temis S.A., 1996.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

16. BARATTA, Alessandro, “Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal”, *Revista nuevo foro penal* N° 34 (1986), pp. 421 a 435.
17. BIRNBAUM, Franz, *Sobre la necesidad de una lesión de derecho para el concepto de delito*, Trad.: GUZMÁN DALBORA, José; Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2010.
18. BUSTOS, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona: PPU, 1994.
19. _____, *Obras completas. Control social y otros cambios. Tomo II*, Santiago: Ediciones Jurídicas, 2007.
20. BUSTOS, Juan; HORMAZÁBAL, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal, Tomo I*, Madrid: Editorial Trotta, 1997.
21. CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs”; en: JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, Trad.: CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, Navarra: Civitas, 2006, pp. 15 a 81.
22. CARNEVALI, Raúl, “Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 27 N° 1, 2000, pp. 135 a 153.
23. DE TOLEDO, Emilio, “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”; *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo XLIII, Fascículo I, 1990, pp. 5 a 27.
24. DUFF, Antony, “Harms and wrongs”, *Buffalo criminal law review*, Vol. 13, (2001-2002), pp. 13 a 45.
25. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Trad.: FERRARI, Claudia, Barcelona: Editorial GEDISA S.A., 2005.
26. _____, *Los derechos en serio*, Trad.: GUSTAVINO, Marta; Barcelona, editorial Ariel, 1989.
27. ESER, Albin, “Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima”, Trad.: CANCIO, Manuel, *Cuadernos de conferencias y artículos*, N° 18, Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998, pp. 53 a 67.
28. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo código penal de 1995*, Madrid: Editorial Colex, 1997.
29. FEINBERG, Joel, “Harm to others – A rejoinder”, *Criminal Justice Ethics*, Winter/Spring, 1986, pp. 16 a 29.
30. _____, “Wrongful conception and the right not to be harm”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1985, Vol. 8, pp. 57 a 77.
31. FERNÁNDEZ, Gonzalo, *Bien jurídico y sistema del delito*, Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.
32. FERNÁNDEZ, José Ángel, “Legitimación de las leyes penales. Reflexiones desde la ética procedimental”, *Revista de Derecho Universidad Austral*, Vol. XXII, n°2, 1999, pp. 161 a 183.
33. FEUERBACH, Anselm, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, Trad.: ZAFFARONI, Raúl; HAGEMEIERS, Irma, Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1989, pp.

34. FREUND, Georg, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal”, Trad.: RAGUÉS, Ramón, en: WOLTER, Jürgler; FREUND, Georg, *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 91 a 128.
35. FRISCH, Wolfgang, “Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal”, Trad.: ROBLES, Ricardo, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 309 a 339.
36. FRISTER, Helmut, *Derecho Penal. Parte General*, Trad.: DE LAS MERCEDES GALLI, María, Buenos Aires, Hammurabi, 2011.
37. GARLAND, David, *La cultura del control*, Trad.: SOZZO, Máximo, Barcelona: Editorial Gedisa, 2005.
38. GIMBERNAT, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Madrid: Editorial Tecnos, 1999.
39. _____, “Origen de las penas”, en: *Beccaria 250 años después – Dei delitti e delle pene*, Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2011, pp. 13 a 28.
40. _____, “Presentación”, Trad.: ROBLES, Ricardo, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 11 a 22.
41. GOMEZ BENITEZ, José Manuel, “Sobre la teoría del <<bien jurídico>> (aproximación al ilícito penal)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* n° 63 (1983), pp. 85 a 111.
42. GÓMEZ-JARA, Carlos, “Autoorganización empresarial y autoresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 08-05 (2006), pp. 27.
43. GÜNTHER, Klaus, “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un “cambio de paradigma” en el Derecho Penal?”, Trad.: SILVA, Jesús, en: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT Y ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA, *La insostenible situación del derecho penal*, Granada: Editorial Comares, 2000, pp. 489 a 505.
44. HART, Herbert, *El concepto de derecho*, Trad.: CARRIO, Genaro, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.
45. HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del derecho penal*, Trad: MUÑOZ CONDE, Francisco; ARROYO ZAPATERO, Luis, Barcelona: Bosch, 1984.
46. _____, “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, Trad.: ZIFFER, Patricia, *Doctrina penal. Teoría y práctica de las ciencias penales*, año 12, N° 45 a 48, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989, pp. 275 a 285.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

47. _____, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Trad.: MUÑOZ CONDE, Francisco; DIAZ PITA, María, Santa fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999.
48. _____, “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, Trad.: SPÍNOLA, Beatriz, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 95 a 104.
49. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
50. HAYEK, Friedrich, “El ideal democrático y la contención del poder”, *Estudios públicos*, n°1, 1980, pp. 12 a 75.
51. HEFENDEHL, Roland, “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, Trad.: SALAZAR, Eduardo, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04-14 (2002), pp. 13.
52. _____, “De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O que ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico”, Trad.: MEDINA SCHULZ, Gonzalo, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 459 a 475.
53. _____, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, Trad.: MARTÍN LORENZO, María, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 179 a 196.
54. _____, “Enron, WorldCom, and the Consequences: Business Criminal Law Between Doctrinal Requirements and the Hopes of Crime Policy”, *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 8 (2004-2005), pp. 51 a 88.
55. HÖRNLE, Tatjana, *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*, Trad.: FRANCHINI, María Belén, Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2003.
56. _____, “Distribution of punishment: The role of a victim’s perspective”, *Buffalo Criminal Law Review*, 1999, Vol. 3, pp. 175 a 209.
57. _____, “La protección de sentimientos en el StGB”, Trad.: MARTÍN LORENZO, María, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 383 a 399.
58. _____, “Offensive behavior and German penal law”, *Buffalo Criminal Law Review*, 2001, Vol. 5, pp. 255 a 278.
59. HRUSCHKA, Joachim, “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, *Anuario de Derecho Penal*, Fascículo III, Septiembre-Diciembre, 1994, pp. 343 a 356.
60. JAKOBS, Günther, “¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho Penal”, Trad.: POLAINO-ORTS, Miguel, en: JAKOBS, Günther; POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS,

Miguel, *Bien Jurídico, vigencia de la norma y daño social*, Perú: ARA Editores, 2010, pp. 11- 30.

61. _____, *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Trad.: CANCIO MELIÁ, Manuel, Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.
62. _____, *Derecho penal del enemigo*; Trad.: CANCIO MELIÁ, Manuel, Madrid: Editorial Civitas, 2003.
63. _____, *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Trad.: CUELLO CONTRERAS, Joaquín; SERRANO GONZALEZ DE MOURILLO, José Luís, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1997.
64. _____, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Trad.: SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, Madrid: Editorial Civitas, 2004.
65. _____, *El derecho penal como disciplina científica*, Trad.: VAN WEEZEL, Alex, Navarra: Editorial Aranzadi, S.A.; 2008.
66. _____, “El sistema de imputación jurídicopenal. Conocimiento y desconocimiento de la norma”, Trad.: SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier; SANCINETTI, Marcelo A.; CORDOBA, Fernando, en: JAKOBS, Günther; STRUENSEE, Eberhard, *Problemas capitales del derecho penal moderno*, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1998, pp. 33 a 80.
67. _____, *Estudios de derecho penal*, Trad.: PEÑARANDA RAMOS, Enrique, Madrid: Editorial Civitas, 1997.
68. _____, *Fundamentos del derecho penal*, Trad.: CANCIO MELIÁ, Manuel; PEÑARANDA RAMOS, Enrique, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1996.
69. _____, *La imputación objetiva en el derecho penal*, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1996.
70. _____, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, Trad.: SÁNCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, Javier, Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1996.
71. _____, “La Omisión: el estado de la cuestión”, Trad.: SÁNCHEZ-VERA, Javier, en: ROXIN, C; JAKOBS, G; SCHÜNEMANN, B; FRISCH, W; KÖHLER, M, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid: Editorial Civitas, 2000, pp. 129 a 153.
72. _____, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Trad.: CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, Madrid: Editorial Civitas, 2003.
73. _____, *Sobre la teoría de la pena*, Trad.: CANCIO MELIÁ, Manuel, Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 1998.
74. _____, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Trad.: CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, Madrid: Editorial Civitas, 2000.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

75. _____, *Terroristas como personas en derecho*, disponible en: <http://neopanopticum.wordpress.com/2008/08/30/%c2%bfterroristas-como-personas-en-derecho-g-jakobs/>.
76. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Trad.: OLMEDO, Manuel, Granada: Editorial Comares, 2002.
77. KARGL, Walter, “Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho”, Trad.: RAGUÉS I VALLES, Ramón, en: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT Y ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA, *La insostenible situación del derecho penal*, Granada: Editorial Comares, 2000, pp. 49 a 62.
78. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Trad.: NILVE, Moisés, Buenos Aires: Eudeba, 2008, pp.
79. KINDHÄUSER, Urs, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Trad.: LÓPEZ DÍAZ, Claudia, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
80. _____, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, Trad.: MAÑALICH, Juan Pablo, en: KINDHÄUSER, Urs, *Crítica a la teoría de la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo*, Lima: Instituto peruano de ciencias penales, 2007, pp. 11 a 48.
81. _____, “La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad”, Trad.: MAÑALICH, Juan Pablo, en: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho*, Perú: ARA Editores, 2009, pp. 77 a 117.
82. _____, “La lógica de la construcción del delito”, Trad.: MAÑALICH, Juan Pablo, *Revista de Análisis Especializado de jurisprudencia* N° 14 (2009), pp. 499 a 509.
83. _____, “Personalidad, culpabilidad y retribución. De la legitimidad y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal”, Trad.: MAÑALICH, Juan Pablo, en: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho*, Perú: ARA Editores, 2009, pp. 17 a 38.
84. _____, *Teoría de las normas y sistémica del delito*, Trad.: PASTOR, Nuria, Perú: ARA Editores, 2008.
85. LASCURAIN, Juan, “Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 22, n° 2 (1995), pp.251 a 264.
86. _____, “Bien jurídico y objeto protegible”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LX, pp. 119 a 163.
87. MAÑALICH, Juan Pablo, “Condiciones generales de la punibilidad”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* n°2 (2005), pp. 387 a 481.
88. _____, “La pena como retribución”, *Estudios Públicos* N° 108 (2007), pp. 117 a 205.
89. _____, “Norma e imputación como categorías del hecho punible”, *Revista de Estudios de la Justicia* N° 12 (2010), pp. 169 a 190.
90. _____, “Pena y ciudadanía”, *Revista de estudios de la justicia* N° 6 (2005), pp. 63 a 83.

91. MATUS, Jean Pierre, *La ley penal y su interpretación*, Santiago: Ediciones Jurídicas Congreso, 1994.
92. _____, “Sobre la necesidad constitucional de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales”, *Revista UNIVERSUM* n° 11 (1996), Universidad de Talca, pp. 123 a 132.
93. MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, Trad.: BOFILL GENZSCH, Jorge; AIMONE GIBSON, Enrique, Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma; 1994.
94. MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Libro de estudio. Parte general*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.
95. MIR, Santiago, *Derecho penal parte general*, Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2004.
96. _____, *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*, Barcelona: editorial Ariel, 1994.
97. _____, *Estado, pena y delito*, Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.
98. _____, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona: BOSCH casa editorial, 1982.
99. _____, *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*, Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2003.
100. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2001.
101. MÜSSIG, Bernd, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*, Trad.: CANCIO MELIÁ, Manuel, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
102. PÉREZ DEL VALLE, Carlos, “En el punto de mira. La crítica a la teoría de los bienes jurídicos”, *InDret*, n° 379, 4/2006, pp. 17.
103. PIÑA, Juan Ignacio, “Decisión penal. Consideraciones sobre la clausura operativa del sistema jurídico-penal”, en: VV.AA., *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 503 a 523.
104. _____, “Función del derecho penal. Breves consideraciones sobre un problema básico”, en: SCHWEITZER, Miguel, *Nullum crimen, nulla poena sine lege. Homenaje a grandes penalistas chilenos*, Santiago: Universidad Finis Terrae, 2010, pp. 295 a 313.
105. _____, *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2005.
106. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el derecho penal*, Sevilla: Publicaciones Universidad de Sevilla, 1974.
107. _____, “Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿Dos funciones excluyentes?”, en: JAKOBS, Günther; POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS,

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

Miguel, *Bien Jurídico, vigencia de la norma y daño social*, Perú: ARA Editores, 2010, pp. 33 a 55.

108. RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Trad.: GONZÁLEZ, María, México: Fondo de cultura económica, 1995.
109. RAZ, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, Trad.: TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, México: Universidad Autónoma de México, 1986.
110. _____, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, Trad.: TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1985.
111. ROXIN, Claus, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, Trad.: ORTIZ DE URBINA, Íñigo, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 443 a 458.
112. _____, *Derecho penal parte general tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Trad.: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel; DE VICENTE REMENSAL, Javier, Madrid: Editorial Civitas, 2003.
113. _____, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Trad.: BACIGALUPO, Enrique, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979.
114. RUDOLPHI, Hans Joachim, “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”, *Nuevo pensamiento penal*, Trad.: BACIGALUPO, Enrique, n° 5 a 8 (1975), pp. 329 a 347.
115. SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Trad.: AYALA, Francisco, Madrid: Alianza Universidad Textos, 1996.
116. SCHÜNEMANN, Bernd, “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y su interpretación”, Trad.: MARTÍN LORENZO, María; FELDMAN, Mirja, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.197 a 226.
117. SEHER, Gerhard, “La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico”, Trad.: ALCÁCER, Rafael, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 69 a 92.
118. SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Montevideo-Buenos aires: 2010.
119. _____, “Del derecho abstracto al derecho real”, *InDret* 4/2006, pp. 6.
120. _____, “Función de la pena, prevención y reducción de la violencia en sociedad”, en: MINISTERIO DE JUSTICIA DE CHILE, *Congreso Internacional: Violencia, delincuencia y política criminal*, Santiago: Unidad de Comunicaciones del Ministerio de Justicia, 2007, pp. 69 a 102.

121. _____, *Normas y acciones en el derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2003.
122. _____, “Prevención del delito y reducción de la violencia”, *Ita Ius Esto*, n° 8, pp. 27 a 40.
123. SIMESTER, A. P.; VON HIRSCH, Andrew, “Remote harms and non-constitutive crimes”, *Criminal Justice Ethics*, Vol. 28, N° 22, pp. 89 a 107.
124. STERNBERG-LIEBEN, Detlev, “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal”, Trad.: ORTÍZ DE URBINA, Íñigo, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007.
125. STRATENWERTH, Günther, *Derecho Penal Parte General I. El hecho punible*, Trad.: CANCIO, Manuel; SANCINETTI, Marcelo, Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
126. _____, “La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos”, Trad.: ORTIZ DE URBINA, Íñigo; VALLE, Margarita, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007.
127. TAVARES, Juárez, *Bien jurídico y función en Derecho Penal*, Trad.: CUÑARRO, Mónica, Buenos Aires: Hammurabi, 2004.
128. TAYLOR, Charles, *Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*, Trad.: BIRULÉS, Fina, Barcelona: Ed. Paidós, 1997.
129. VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, Trad.: LARRAURI, Elena, Madrid: Editorial Trotta S.A., 1998.
130. _____, “Desert and white collar criminality: A response to Dr. Braithwaite”, *The Journal of criminal Law & Criminology*, Vol. 73 N° 3, pp. 1164 a 1175.
131. _____, “El concepto de bien jurídico y el <principio del daño>”, Trad.: ALCACER, Rafael, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 37 a 52.
132. _____, “Proportionality in the philosophy of punishment”, *Crime and Justice* N° 16 (1992), pp. 55 a 98
133. _____, “Proportionate sentences: a Desert perspective”, en: VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian, *Principled sentencing. Reading on theory and policy*, Oregon: HART Publishing, 2009, pp. 115 a 125.
134. _____, “Seriousness, severity and the living standard”, en: VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian, *Principled sentencing. Reading on theory and policy*, Oregon: HART Publishing, 2009, pp. 143 a 147.
135. VON HIRSCH, Andrew; JAREBORG, Nils, “Gauging criminal harm: A living-standard analysis”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 11, pp. 1 a 38.

SZCZARANSKI, Federico. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”.

136. VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang, “Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa”, Trad.: SPÍNOLA, Beatriz, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 285 a 308.
137. VON LISZT, Franz, *La idea de fin en el derecho penal*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.
138. VON SAVIGNY, Friedrich, *Sistema del derecho romano actual, Tomo I*, Trad.: MESÍA, Jacinto; POLEY, Manuel, Madrid: F. Góngora y compañía, 1878.
139. WELZEL, Hans, *Derecho penal parte general*, Trad.: FONTÁN BALESTRA, Carlos; Buenos Aires: Roque De Palma Editor, 1956.
140. WOHLERS, Wolfgang, “Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico”, Trad.: VALLE, Margarita, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 403 a 408.
141. ZAFFARONI, Raúl, *El leviatán y el derecho penal*, en: <http://www.geocities.ws/cindeunsch/doc/public/Zaffa04.pdf>
142. _____, “La legitimación del control penal del los ‘extraños’”, en: CANCIO MELIÁ, Manuel; GOMEZ-JARA, Carlos, *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid: Edisofer S.L., 2006, pp. 1117 a 1147.
143. _____, *Tratado de derecho penal parte general III*, Buenos Aires: Ediar, 1981.