

Seminario sobre bien jurídico y reforma de la parte especial (Siracusa, 15-18 octubre 1981)

En Siracusa, y durante los días 15 al 18 de octubre, se ha celebrado, bajo los auspicios del «Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali» y organizado directamente por el profesor ordinario de la Universidad de Urbino, Dr. Alfonso Stile, un Seminario sobre el tema «Bien jurídico y reforma de la Parte Especial», que por su interés merece ser comentado. La calidad de las comunicaciones presentadas, el rigor de los planteamientos expuestos y la trascendencia del tema explican suficientemente que el Seminario haya suscitado un notable interés dentro de la doctrina italiana.

Inaugurando el Seminario, se refirió el profesor Stile a la necesaria coordinación que debe mantenerse entre la Parte General y la Especial en cualquier proceso de reforma del ordenamiento penal. El respeto de los derechos fundamentales de la persona y su dignidad han de ser, señaló, postulados básicos de la misma, resaltando también el importante papel que debe desarrollar el bien jurídico en esta tarea, particularmente en relación a los delitos que podrían calificarse de «artificiales», en el sentido de que se refieren a bienes que escapan del área de los que de manera general y prácticamente indiscutida son sentidos y considerados como contenido «natural» del ilícito penal.

La primera intervención corrió a cargo de Giovanni Fiandaca, que se refirió al bien jurídico como problema teórico y como criterio de política criminal. Recordó que el tema del bien jurídico vuelve al primer plano de la preocupación dogmática al socaire de la reforma de los delitos sexuales y contra la religión, precisamente con la finalidad de servir de límite natural al ordenamiento penal (a lo que puede ser tutelado); observando, sin embargo, que las definiciones propuestas acaban en formulaciones excesivamente genéricas y abstractas, lo que las priva de efectivo contenido informativo respecto a los específicos valores que son (o pueden ser) objeto de la tutela penal. Y ello no sólo en la función crítica asignada al bien jurídico, sino también en lo relativo a las funciones interpretativas, dogmática y sistemática que tradicionalmente se le asignan. Por su parte, se ocuparía, en una extensa comunicación, del examen de las respectivas teorías propuestas en lo relativo a la perspectiva crítica, tratando de determinar si en las elaboraciones teóricas más solventes era posible encontrar indicaciones de políti-

ca criminal de cualquier forma «vinculantes» en orden a la reforma de la Parte Especial. Se refirió, en primer lugar, a las concepciones «jurídico-constitucionales» (Sax, Roxin, Rudolphi, Marx, Otto (1), para concluir afirmando que ninguna de ellas está en grado de proporcionar un concepto material de bien jurídico lo suficientemente determinado y riguroso como para poder establecer con certeza, por vía de deducción lógica, cuáles deben ser los objetos de la tutela penal. Tales elaboraciones, sin embargo, ponían de manifiesto, de una parte, lo que ya constituye una convicción doctrinal: que la moral, en sí misma, no puede ser objeto de protección penal; de otra, la tendencia progresiva a utilizar los principios fundamentales de la Constitución como punto de referencia en esta materia. En relación a la postura que se propone elevar a la norma básica del Estado al papel de fundamento mismo del Derecho penal (representada principalmente por Bricola) (2), con un evidente propósito garantístico de corte liberal, expuso una serie de consideraciones críticas (3) que a su juicio hacen inviable la posibilidad de encontrar un principio o disposición de rango constitucional

(1) Que aquí no podemos detallar. Sobre las mismas vid. SAX, *Grundsätze der Strafrechtsplege*, en BETTERMANN-NIPPERDAY-SCHEUNER, *Die Grundrechte*, Bd. 3, 2, Halband, 1959, págs. 909 y ss. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, y *Franz von Liszt und die Kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, en la misma obra, págs. 43 y ss. (hay traducción española de Luzón Peña, 1976). RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, in *Festschrift-Honig*, 1970, páginas 55 y ss. MARX, Michael, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»*, 1972, págs. 84 y ss. OTTO, *Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand*, en Müller-Dietz, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971, págs. 10 y ss.

(2) A la que en lo sucesivo nos referiremos como teoría constitucional «estricta». Vid. BRICOLA, Franco, *Teoría General del reato*, Estratto dal *Novissimo Digesto Italiano*, 1974, págs. 7 y ss. A los efectos que aquí interesan su postulado fundamental es la afirmación del necesario carácter constitucional de un bien para que pueda ser objeto de tutela penal. La relación del mismo con la Carta puede ser «expresa», «implícita», o a través de los llamados «delitos-obstáculo», que permiten la protección de un bien no constitucional, cuando la lesión de éste sea necesaria e inequívocamente idónea para poner en peligro el bien constitucional (por ejemplo, los delitos contra la seguridad del tráfico en relación al bien jurídico vida). Aun con diferencias parciales, en términos semejantes: MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, 1974, págs. 69 y ss. STORTONI, Luigi, *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1976. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, I, 1980, págs. 140 y ss., entre otros. Una postura semejante se adopta también en mi trabajo, inédito, *Bases constitucionales para una teoría del ilícito penal*, 1981. En la misma línea se inscribe la obra todavía inédita *Bien jurídico y pena en la perspectiva constitucional*, en la que se recoge la investigación que sobre el tema he llevado a cabo en la Universidad de Bolonia, gracias a una Beca para estudios en el extranjero que me fue concedida por la Fundación Juan March en el curso 1980-81.

(3) Resaltando, entre otras consideraciones conectadas directamente al texto constitucional italiano, las dificultades que entraña la elaboración de una jerarquía de valores de la Constitución y las incertezas que, en cuanto a la determinación del ámbito del ilícito, así entendido, comporta la categoría de los bienes «implícitos» y los «delitos-obstáculo». La primera objeción parece olvidarse, sin embargo, cuando Fiandaca, en la segunda parte de su comunicación, apunta un esquema de jerarquización de los bienes jurídicos de la Parte Especial según la perspectiva constitucional.

capaz de constituirse en criterio exclusivo para la identificación del ilícito penal; entendiendo, por el contrario, que era preciso referirse al conjunto de principios constitucionales, ya inspirados en una perspectiva «garantística», ya «solidarística».

Las concepciones de fundamento sociológico (Amelung, Hassemer) (4), que no desconocen el papel orientativo de la Constitución en este tema, las consideró asimismo incapaces de definir de una vez por todas el «tipo» de perturbación social que determina la reacción penal, por cuanto, estimó, no parece que definir el delito como fenómeno que obstaculiza el funcionamiento del sistema social sirva en definitiva a indicar mejor qué es lo que el legislador debe castigar; aparte de la imposibilidad en que las mismas se encuentran de servir de parámetro realmente vinculante para el legislador. En su opinión, la tesis correcta no puede ser otra que la de un planteamiento constitucional del tema del bien jurídico, entendido no en el sentido de que el concepto así concebido pueda delimitar definitivamente el área de lo punible, sino tan sólo proporcionar «directivas programáticas de tutela, potencialmente vinculantes», cuya concretización ha de ser encomendada inevitablemente a la legislación que actúe y desarrolle la Constitución. Lo que conlleva la necesidad de reconocer amplios márgenes de libertad al legislador (tanto en lo que se refiere a los concretos objetos de tutela como a la forma de actuar la misma) y supone un nuevo enfoque de problemas hasta ahora tratados quizá de manera excesivamente rigurosa; fundamentalmente en relación a la inconstitucionalidad de los delitos de peligro abstracto para la tutela anticipada de bienes de rango primario, principio de subsidiariedad, de necesidad de la pena, jerarquía de valores constitucionales, etc., que adquieren una nueva dimensión vistos desde la perspectiva de los principios constitucionales básicos del sistema.

Domenico Pulitanò trató el tema del «Bien jurídico y Justicia Constitucional». En su intervención, con un amplio examen de las sentencias de la Corte Constitucional Italiana, intentó precisar hasta qué punto había sido acogida la tesis según la cual sólo pueden ser objeto de la tutela penal los bienes a los que (implícitamente o explícitamente) la Constitución atribuye relieve. En su opinión, si bien es verdad que la norma fundamental es apreciada como el campo donde deben descubrirse los bienes jurídicos, su pleno aprovechamiento puede considerarse todavía en los inicios. Prestó especial atención al tema de las llamadas «obligaciones constitucionales de tutela» (5), que suponen alargar el campo de la discusión del tradicional

(4) Vid. AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechenens*, 1972, y HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechenens*, 1973, págs. 60 y ss.

(5) Cuyo fundamento jurídico estaría, según sus sostenedores, en los artículos 2 y 3 de la Constitución italiana, y que impondrían al legislador la necesidad de tutelar todos los bienes jurídicos recogidos en el texto constitucional. En el primero de ellos se establece que «La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como individuo, sea en las formaciones sociales donde desarrolla su personalidad, y exige («ri-

tema de lo que está previsto en el derecho vigente como delito al ámbito de lo que no aparece regulado en el mismo, pero está conectado, sin embargo, a un bien constitucionalmente garantizado. Es decir: la referencia a los bienes jurídicos constitucionales no se hace ya sólo con el propósito de delimitar un contenido mínimo (máximo) necesario del ilícito penal, sino que tal relevancia se utiliza para propugnar la extensión del área del injusto, afirmando en unos casos la existencia de una obligación de tutela penal en relación a esos bienes o, en otros, manteniendo la ilegitimidad de la supresión de la tutela penal ya existente (6). Con ello, el valor atribuido a los bienes jurídicos constitucionales como fundamento del sistema se lleva a sus más extremas consecuencias, reduciendo al máximo el espacio de maniobra del legislador, cuyo papel quedaría reducido al de realizador concreto de opciones de valor operadas ya a nivel constitucional.

En relación a la alternativa entre entendimiento «abierto» o «cerrado» del sistema constitucional de valores, prefirió el primero, considerando que sólo una concepción de este tipo es viable en las modernas sociedades del momento, pluralistas y conflictuales. De esta manera, en la Constitución no puede verse, añadió, una jerarquía de valores, en sí mismos válidos y ordenados, un sistema cerrado, en definitiva, que el intérprete debe desarrollar a modo de una teología aplicada, sino que debe concebirse como un sistema abierto, en el que no todo ha sido decidido ni todo estructurado en rígidas tablas de valores y en el que conscientemente se han dejado abiertos espacios para un proceso político libre. Por lo demás, la vinculación constitucional desarrollaría así de una manera más exacta su función liberal, puesto que, de una parte, siguen siendo operativos los instrumentos de control pro-

chiede») el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social». En el párrafo segundo del artículo 3 se dispone que «Es deber de la República remover los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país»; disposición, recuérdese, muy similar a la contenida en el artículo 9,2 de la Constitución española.

(6) El tema se ha suscitado sobre todo en relación a la Ley de 10 de mayo de 1976, núm. 319, sobre la contaminación de las aguas (conocida como Ley Merli) y la Ley de 22 de mayo de 1978, núm. 194, sobre la interrupción voluntaria del embarazo (sobre la misma puede verse GONZÁLEZ RUS, *Italia: cinco referendums afectantes a materias penales*), en ANUARIO, 1981, páginas 523 y sigts. En orden a la primera, y desde sectores políticos de izquierda, se apela al bien jurídico constitucional de la salud (art. 32 de la Constitución italiana) sosteniendo que la ley en cuestión establece una regulación insuficiente de la misma y que no cumple de manera adecuada con lo que se califica de «obligación constitucional» de tutelar la salud, habiéndose planteado por ello numerosas cuestiones de legitimidad constitucional en base a los artículos 2, 3 y 32 del texto fundamental italiano. En relación a la Ley 194/1978, desde sectores políticos de derecha, se denuncia como excesivamente amplio el espacio de no punibilidad reconocido al aborto, respecto del que sólo se ha reconocido como inconstitucional la punición del aborto terapéutico. Fuera de estos casos, entonces, la «obligación constitucional de tutela de la vida» impondría la inaceptabilidad tanto de la autodeterminación de la mujer en los primeros noventa días como el reconocimiento de otras indicaciones que de hecho vinieran a superar el marco de la «terapéutica».

pios del Estado de Derecho, y, de otra, previene contra una «teología de valores», de derecha o de izquierda. Se desdramatizaría también, estimaba Pulitanò, el tema del catálogo de bienes jurídicos susceptibles de tutela penal, trasladándose la problemática a la teoría de los delitos de peligro, puesto que lo decisivo será determinar el momento a partir del que puede establecerse la tutela de los bienes, cualesquiera que sean.

En relación a éstos, empezó señalando que la disputa se centra no tanto en la admisión de la categoría como en la justificación de las concretas figuras que son susceptibles de inclusión dentro de la misma; tema en el que la importancia del bien jurídico adquiere un papel decisivo. El punto obligado de partida —como consecuencia del carácter abierto del sistema de valores— es el reconocimiento de la amplia libertad de que goza el legislador, ya sea en lo que se refiere a la elección de los bienes jurídicos, ya en la determinación del momento en que puede producirse la tutela anticipada de los mismos. En este tema, el control crítico y garantista que la doctrina puede desarrollar no se encuentra en los esquemas conceptuales adoptados en sí mismos, sino en la verificación de los presupuestos en que se fundamentan las concretas tutelas operadas por el legislador. Por la misma razón, tratándose de una tarea caracterizada por la discrecionalidad, las obligaciones constitucionales de tutela no pueden ser consideradas más que como una excepción, conectada a situaciones no comunes. El reconocimiento de tales «obligaciones», por lo demás, se corresponde con una concepción expansiva y propulsiva del ordenamiento jurídico, que en el momento presente puede considerarse cuando menos en crisis. Una visión de este género, concluyó Pulitanò, no supone imponer un relativismo en el que la razón corresponde a quien es más fuerte en la situación concreta, dado que en todo caso la Constitución, además de señalar los límites liberales a la tutela penal, indica el campo, el cometido de la misma y el cuadro genérico en que debe desenvolverse cualquier política penal.

Tullio Padovani se ocupó del tema «Bien jurídico y delitos políticos», en relación directa al Título I del Libro II del Código penal italiano, en donde se recogen los delitos contra la personalidad del Estado, materia en la que la función del bien jurídico (y no sólo en la legislación italiana) aparece especialmente problemática. Tras una reseña histórica del origen y evolución del fundamento en que se basa el castigo de los delitos políticos, afirmaría la imposibilidad de que la reclamada «personalidad del Estado» pueda representar un bien jurídico, por cuanto ello significa afirmar la eventualidad de que la conducta delictiva pueda lesionar el bien jurídico a que aparece conectada, no ocurriendo así, sin embargo, en la mayor parte de las figuras contenidas en el Título de referencia. Tal apelación, estimó, no es sino una metáfora dirigida a expresar, en forma mixtificada, la idea de una voluntad política superior contradicha por comportamientos concebidos esencialmente como desobediencia, perpetuándose de esta forma el modelo histórico de la «lesa maestá». Se refirió en concreto a los delitos de atentado, asociaciones y a la última legislación italiana en materia de orden público y terrorismo, señalando en orden a ésta el acentuado matiz subjetivista que la inspira, a modo de punición de una «Gesinnung» política-

mente reprobada. La necesaria reforma de estos delitos habría de hacerse, estimó, sobre la base de la Constitución, tanto en lo que se refiere a la individualización de los intereses políticos tutelados como al modo de la tutela, reconduciendo, con la guía del principio de lesividad, el ilícito penal a la sola lesión de bienes constitucionalmente relevantes. Sólo así se podrá sustraer este género de delitos al relativismo de las valoraciones políticas de los detentadores del poder y al subjetivismo de los contenidos con que vienen expresados. En este sentido, la idea base sería la de sustituir el «Estado-persona» (que íntimamente encierra una concepción totalitaria, según la cual del mismo modo que no existe relación política que no sea extraña al Estado-persona, no puede darse ninguna hipótesis de delito político que no se dirija contra él) por la idea de «Estado-comunidad».

«El orden público entre Código penal y leyes excepcionales» fue la comunicación del profesor Carlo Fiore. Tras señalar que la reconstrucción de la Parte Especial debe hacerse sobre la base de las investigaciones sociales, manifestó su criterio de que la Constitución, que condicionará las conclusiones que puedan derivarse de las mismas, supone, sin embargo, un límite bastante genérico, cifrado fundamentalmente en dos principios básicos: de una parte, el deber de penar todo aquello que es necesario para el funcionamiento social; de otra, la prohibición de castigar el desarrollo de actividades y derechos reconocidos en la norma fundamental. En materia de orden público, tras examinar las diversas acepciones del mismo y las consecuencias que en este tipo de delitos ha determinado la legislación de excepción (notables, pero no hasta el punto de ser entendidas en términos de «descodificación» (7), concluiría afirmando la ineludible necesidad de asentar en el terreno constitucional la reforma de estos delitos, puesto que sólo en el mismo puede encontrarse un equilibrio satisfactorio entre el papel de «fundamento» del bien jurídico y su función «delimitativa».

Cesare Pedrazzi se ocupó del tema «Intereses económicos y tutela penal». Partiendo de un examen de los distintos criterios que se utilizan para calificar e identificar los delitos económicos y tras resaltar la diversidad de contenidos que tal categoría presenta en algunos proyectos de reforma (Alternativo alemán y español), afirmó la inidoneidad de la economía para funcionar como objeto jurídico específico, así como su escasa utilidad para servir de objeto de categoría. Se refirió a continuación al tratamiento que en el derecho italiano reciben los «intereses difusos», los «colectivos» (recordando la solución del «delito masa» adoptada por la jurisprudencia española en este ámbito) y los delitos que ofenden intereses reconducibles a la

(7) En un fenómeno similar al que advierte IRTI, *L'età della decodificazione*, 1979, en relación al derecho privado, en donde, estima, las leyes especiales están usurpando el papel central que dentro del sistema correspondería al Código civil. Tal posibilidad se ha negado, sin embargo, en relación al ordenamiento penal vid. BRICOLA, *Considerazione introduttive al Dibattito sul Codice Rocco cinquant'anni dopo*, en *La Questione Criminale*, número especial, 1981, págs. 10 y ss., y, en el mismo lugar, PULITANÒ, *La teoria del bene giuridico fra codice e Costituzione*, págs. 111 y ss. Interesante sería verificar si efectivamente la legislación especial que en España está viendo últimamente la luz en materia de terrorismo determina o no un efecto similar.

economía como complejo. Calificó a esta última de bien jurídico de tipo ideal, no sólo porque no encuentra correlativo en materializaciones objetivas, sino porque aún en el mundo de los valores no representa más que un objetivo tendencial; apuntando, en fin, las que entendía debían ser líneas maestras de la reforma.

Knut Amelung, trataría el tema del «Bien jurídico en la reciente doctrina alemana», que calificó de «subdesarrollada» en esta materia, dada su falta de preocupación por la misma. Dentro de la evolución histórica del concepto, amplia y rigurosa —expuesta en los términos ya reflejados en su conocida obra sobre el tema, a la que nos remitimos— insistió especialmente en la trascendencia que para el concepto de bien jurídico tuvo la distinción Welzeliana entre «desvalor de acción» y «desvalor de resultado», como reflejo de los planteamientos tan diversos entre «ética de la acción» y «ética del resultado». Esta diferenciación, que calificaría de momento clave, es la que posibilita, en su criterio, que el bien jurídico pueda empezar a desarrollar una función crítica dentro del sistema, saliendo de la ambigua ambivalencia que lo había caracterizado hasta entonces y que, permitiendo la manipulación del concepto, hacía posible que el mismo fuera localizable en cualquier norma. La aludida diferenciación, considerando el desvalor de resultado como algo situado fuera de la norma misma, y la diversa función atribuida a la tutela de la norma (puesta para la protección del bien jurídico) y la tutela de la sanción (puesta para la protección de la norma), aportarían el soporte conceptual necesario para que el bien jurídico pudiera adquirir capacidad crítica, potenciando el papel que es capaz de desarrollar. Expuso, asimismo, la necesidad de distinguir entre tutela de la sociedad y tutela de los bienes jurídicos —idea por lo demás ya reflejada en el propio título de su obra—, señalando que la misión que verdaderamente corresponde a la teoría del bien jurídico es la de orientar la tutela de la sociedad hacia una ética del resultado y no hacia una ética de la intención. Solución que entendía la única coherente con la Constitución de Bonn, centrada en la libertad de expresión e incompatible por consiguiente con un Derecho penal fundamentado en una ética de la intención y no del resultado.

Criticó a continuación la concepción tradicional del bien jurídico que, por una parte, estimó, se muestra incapaz de representar adecuadamente todos aquellos bienes jurídicos que consisten en procesos o relaciones sociales, cuyo tratamiento no puede ser concebido de la misma manera que permiten los bienes materiales; por otra, porque ofrece una visión estática del bien jurídico respecto a la víctima, desde el momento en que se construye sobre las relaciones entre bien jurídico y comportamiento lesivos o peligrosos para el mismo (y mediatamente, por tanto, con el sujeto activo). La realidad, sin embargo, es que la actuación de la víctima tiene relevancia a efectos de la propia configuración de la tutela del bien jurídico, como sucede, por ejemplo, en los supuestos reconducibles a lo que en la realidad criminológica española podríamos calificar de «timo»: sólo una consideración estática y pasiva del bien jurídico permite dar el mismo tratamiento a un supuesto de estafa claramente caracterizada que a los groseros «timos» en los que el engañado contribuye de una manera directa y decisiva a la pro-

pia lesión del bien jurídico. Una visión sociológica y funcional de éste, es, por tanto, la única que permitiría dar entrada a la Victimología en el campo de la tutela penal.

Tras referirse a las situaciones límite en tema de bien jurídico, y que muestran las carencias que en relación a las mismas ofrece el concepto tradicional de bien jurídico (orden familiar, orden público, buen funcionamiento de la Administración Pública, fe pública, delitos sexuales, delitos contra la religión, etc.), resaltó cómo en la mayor parte de estos casos no estamos en presencia de acciones atentatorias de bienes jurídicos, sino de conductas que disturban el adecuado funcionamiento de los «subsistemas» sociales, cuyo correcto desarrollo permite el normal desenvolvimiento social. De aquí que el delito sea, en definitiva, un comportamiento «disfuncional». Concluyó afirmando la necesidad de que la teoría del bien jurídico esté apoyada en una sólida base sociológica, única que puede aclarar qué debe ser tutelado penalmente. Importante es resaltar, pues ello supone un radical cambio de postura respecto a la tesis originariamente mantenida en su ya aludida obra, que el planteamiento sociológico se concibe ahora como «complementario», pero no «sustitutivo» de la teoría del bien jurídico (8).

Francesco Angioni analizó el tema «Bienes constitucionales y criterios orientativos en el área del ilícito penal» (9), en donde se propone completar el camino seguido en las investigaciones constitucionales sobre la materia,

(8) Prevista estaba asimismo la intervención de Winfried Hassemer, al que, sin embargo, no le fue posible asistir. Su comunicación, según el resumen escrito de la misma, debía versar sobre las que considera líneas maestras de una reforma de la Parte Especial en el momento actual. En su criterio, debería producirse, de un lado, una prudente «descriminalización» en el ámbito del Derecho penal «clásico» (delitos de bagatela, atenuaciones de pena, posibilidades de suspensión del proceso, etc.) y, de otro, una criminalización de los comportamientos hasta ahora propios del llamado «Derecho penal accesorio» (delitos tributarios, económicos, financieros, etc.). Todo ello bajo la tendencia general de otorgar mayor preponderancia a los bienes jurídicos universales que a los individuales, con lo que ello conlleva de dificultad de la tarea de individuar un concepto de bien jurídico capaz de cumplir una función crítica. Cree necesario, por eso, insistir sobre el legislador para que reduzca al mínimo estos delitos «sin víctima» o de «víctima indeterminada» («opferverdünnter Delikte») y para que la determinación del bien jurídico en el tipo se haga del modo más preciso posible. Se destaca asimismo cómo la tendencia a la tutela de «funciones», de situaciones de peligro para genéricas relaciones sociales, en sustitución de «sustratos» que se ven lesionados por determinados comportamientos prohibidos, supone un abandono del principio del bien jurídico. Cuestión que, por lo demás, aparece conectada con otra de las tendencias de reforma: el aumento del espacio concedido a la llamada «Vorfeldkriminalisierung» y que se muestra en el progresivo desarrollo de los delitos de peligro y en los delitos políticos, caracterizados por el alejamiento de la tutela del concreto momento de la lesión del bien jurídico. En este sentido, considera necesario que se haga una descripción precisa del comportamiento incriminado, conectando directamente las formulaciones normativas al bien jurídico y utilizando procedimientos que compensen (en la medida de la pena, por ejemplo) la anticipación de la tutela que se produce.

(9) Comunicación que arranca precisamente de donde acaba su interesante libro, ya citado, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*.

que siempre se han detenido en el mismo punto: revisión del catálogo de los bienes jurídicos y reconstrucción de los tipos penales a la luz de la Constitución. El ámbito del ilícito penal debe construirse, estimó, sobre la afirmación del objetivismo en el Derecho penal, con el consiguiente reconocimiento de que se trata de un Derecho penal «del hecho» cuya función ha de ser la tutela de bienes jurídicos y basado en el principio de que todo ilícito debe integrar una ofensa del mismo. Principios básicos de una tal estructura han de ser el de proporcionalidad y el de necesidad y efectividad de la tutela. El primero de ellos, el de que toda reacción penal para ser legítima necesita ser proporcionada a la acción (ofensiva), resultaría mediatamente constitucionalizado a través de la función reeducativa asignada a la pena en la norma fundamental italiana, dado que en el momento presente el principio de proporcionalidad debe considerarse válido para cualquier concepción de la misma. Su eficacia se produce a varios niveles, indicando el «qué», el «cómo» y el «cuánto» de la tutela. En primer lugar, desde luego, en relación al bien jurídico protegido, imponiendo que el objeto jurídico ofendido por el delito sea de valor igual o proporcionado al que se ve afectado por la sanción. En consecuencia, en los delitos castigados con pena detentiva, el bien jurídico protegido ha de ser un bien constitucional fundamental o primario; en los que aparece señalada la pena pecuniaria ha de tratarse o de uno de los anteriores o de un bien constitucional secundario. En definitiva, por tanto: el objeto del delito debe ser siempre un bien constitucional.

El principio de proporcionalidad ha de ser tenido también en cuenta en orden al grado de anticipación de la ofensa al bien jurídico. La regla general, de apreciación intuitiva, es la de que cuanto más importante sea un bien jurídico, tanto más legítima es la anticipación de la tutela, y viceversa. Partiendo de aquí, y prefiriendo la distinción entre delitos de peligro directo (el que se refiere y está directamente ligado al bien jurídico tutelado) y de peligro indirecto (el que se refiere a un «quid» negativamente valorado, pero que no consiste todavía en la lesión del bien jurídico) a la tradicional de delitos de peligro abstracto y concreto, llegará a la conclusión de que para los bienes fundamentales y primarios la pena detentiva podrá ser dispuesta tanto en los casos de lesión como en los de peligro directo o indirecto; para los bienes constitucionalmente secundarios, en cambio, sólo serán admisibles hipótesis de peligro directo. En todo caso, la diferente entidad de la ofensa entre los delitos de lesión y los de peligro habrá de surtir sus efectos, ya sea en la medida de la pena, ya en la clase de la misma.

Una correcta aplicación del planteamiento propuesto debe necesariamente ofrecer criterios para individuar el bien jurídico objeto de la ofensa, que por tratarse de bienes constitucionalmente relevantes deben ser deducibles de la misma. Su grado de concreción, estima Angioni, influye de manera determinante sobre la propia apreciación del delito como de lesión o de peligro directo o indirecto (piénsese, por ejemplo, en los delitos contra la Administración de Justicia y cómo la diferente visión que se tenga del

objeto jurídico protegido puede determinar una u otra calificación). Las mayores dificultades de concretización que presentan en este sentido los bienes institucionales pueden ser resueltos si se orienta la búsqueda del bien jurídico en dirección del sujeto titular del mismo, ya sea una persona individual, ya una colectividad que adquiere unidad funcional e individualidad propia. Util en este empeño sería el procedimiento común en el Derecho privado de considerar a la persona jurídica como «pendant» de la persona física. Una vez encontrado el sujeto al que vienen atribuidas las funciones, poderes, actividades organizativas, etc. —Estado, poder judicial, etcétera—, se ha obtenido un parámetro de homogeneidad entre los bienes individuales y los institucionales que permite la aplicación del principio de proporcionalidad.

El esquema así elaborado se asienta y requiere, en primer lugar, la previa verificación de que la Constitución es instrumento idóneo para la identificación de los bienes jurídicos; en segundo, la facilitación de criterios que permitan operar la distinción entre bienes constitucionales de rango primario y secundario. En cuanto al primer tema, afirmó Angioni, rechazando las críticas contrarias, la idoneidad de la Constitución a estos efectos, desde el momento en que como tales deben considerarse también los que aparecen implícitos en el texto constitucional; siendo utilizables para esta determinación tanto la argumentación «a fortiori» como la analógica. Ello, sin embargo, no significaría que la Carta deje vía libre a la contemplación de cualquier interés, en cuanto que en todo caso los posibles objetos de tutela deben ser encuadrables dentro de la misma. La distinción entre bienes constitucionales primarios y secundarios puede hacerse mediante la comparación del bien respectivo con el de la libertad personal, que constituye un valor preferente en la norma fundamental italiana. Bienes primarios serían aquellos sin los cuales el individuo no puede realizarse, en las mínimas formas existenciales, o cuya falta resultaría atentatoria a la dignidad del hombre. Primarios de carácter colectivo serían aquellos otros sin los cuales el individuo no puede realizarse en las mínimas expresiones sociales y los bienes institucionales sin los que vendrían a menos los principios fundamentales que configuran el tipo de Estado delineado en la Constitución. De cualquier forma, las incertezas de la clasificación puede ser parcialmente subsanadas apelando a los restantes criterios que determinan la configuración del ilícito: entidad y gravedad de la ofensa (cuando mayor es la importancia del bien constitucionalmente tutelado, tanto menor ha de ser la gravedad mínima exigible a la ofensa del valor tutelado), exclusión de los supuestos de peligrosidad mínima al bien jurídico en las hipótesis de delitos de peligro, elemento subjetivo del delito (dado que la reacción penal es voluntaria, ha de ser también en general la ofensa del bien constitucionalmente tutelado y sólo en vía excepcional será relevante también la culposa; precisamente porque se trata del principio de proporcionalidad y no del de equivalencia), y exclusión de la responsabilidad objetiva (en atención al carácter personal reconocido a la responsabilidad penal por el artículo 27 de la Constitución italiana). El cuadro propuesto se completó con las referencias al papel que en un sistema así concebido correspondería desarrollar

a los principios de subsidiariedad y de idoneidad y efectividad de la pena, que de manera coordinada vienen también a restringir el ámbito del ilícito penal (10).

Especialmente interesantes fueron asimismo las intervenciones que se produjeron en los momentos de discusión de las respectivas comunicaciones o en los turnos de participación libre. La falta de textos escritos aconseja, sin embargo, prescindir de una referencia particularizada de las mismas, a pesar de su evidente interés, por el temor de traicionar su auténtico sentido y significación (11).

(10) En otra comunicación escrita, Antonio Fiorella, se refiere al «Bien jurídico y especiales condiciones personales», en relación a los delitos especiales y con el propósito de analizar qué elementos del tipo están conectados con la ofensa del bien jurídico y cuáles no, lo que constituye un paso obligado en cualquier reconstrucción de las figuras de Parte Especial y que ofrece una particular problemática en relación a los delitos especiales y de propia mano. Insatisfactorias estima tanto la teoría que habla de un bien jurídico especial, distinto al que se ve ofendido en los delitos comunes, y que funcionaría a modo de bienes «cerrados» o «reservados» a un cierto grupo de personas, como la teoría que encuentra un doble bien jurídico en estos tipos: uno ofendible por cualquier sujeto y otro lesionable sólo por las personas a que se refiere la figura delictiva. Estima que en ambos casos lo que en realidad viene a hacerse es potenciar el momento del desvalor de la conducta en detrimento del desvalor de resultado. Por eso que la conciencia de esta problemática deba ser tenida en cuenta en cualquier revisión de la Parte Especial, para que partiendo del necesario contenido lesivo del delito sea bien determinado el bien jurídico y se mantenga separado de otros valores que respecto al mismo desarrollan sólo una función instrumental (por ejemplo, la condición personal del sujeto activo).

(11) Por referirse a valoraciones comprensivas del tema del Seminario o por estar previstas en el Programa del mismo, referimos a continuación —telegráficamente— algunas de ellas. El profesor Ettore Gallo, en una vigorosa intervención, recordó los peligros que pueden derivarse de una falta de condicionamientos para el legislador penal, particularmente en materia de delitos de peligro, tan manipulables ideológicamente, y cuyo potenciamiento se recomendaba, sin embargo, más o menos explícitamente, en algunas de las comunicaciones. El profesor Ruggiero, se mostró partidario de la concepción metodológica del bien jurídico, haciéndolo coincidir con el fin de la norma. Resaltó, asimismo, lo que le parecían algunas paradojas de los planteamientos expuestos: por ejemplo, el que se solicite una mayor concreción en el tipo para que sea posible precisar cuál es el bien jurídico que protege, cuando después se afirmará que es precisamente el bien jurídico el que tiene que servir para interpretar y clarificar el sentido de la norma. Destacó, por otra parte, las dificultades que esa concretización entraña, dado que es un punto común de la doctrina el de que el tipo se limita a recoger sólo ciertas formas de ataque al bien jurídico, por lo que es dudoso que a través de esa descripción de aspectos parciales pueda llegarse a una completa identificación del mismo. Vincenzo Patalano, se refirió a los delitos económicos, ya tratados por el profesor Pedrazzi en su comunicación, deteniéndose en el significado que en la reforma de los mismos habría de tener el principio del libre ejercicio de la competencia. El profesor Pagliaro, manifestó su agrado por la pérdida de credibilidad que sufre la idea del catálogo de bienes constitucionales, resaltando cómo en ocasiones quieren resolverse en sede de bien jurídico cuestiones cuyo alojamiento natural está en otros lugares de la teoría jurídica del delito. Ello hace necesario, estimó, plantearse qué se puede pedir y qué no se puede pretender del bien jurídico. En su opinión, sólo está en condiciones de desarrollar

Un balance general del Seminario ha de ser necesariamente positivo, si se considera el interés del tema y el rigor, amplitud y profundidad de las intervenciones. Como impresión global me atrevería a destacar —en un juicio que en cuanto personal puede ser equivocado— el cierto grado de escepticismo que, como una emanación (¿maligna?), flotaba en el ambiente en relación a las virtudes críticas del concepto de bien jurídico en sí mismo considerado, al que en ocasiones se le reconoció sólo funciones sistemáticas. Digno de señalarse es también el especial tono polémico que se suscitó en torno a la teoría constitucional «estricta» del bien jurídico, por así llamarla, que ha tenido evidente trascendencia en la dogmática italiana de los últimos años y que fue revisada críticamente en algunas de las comunicaciones presentadas; precisamente por quien durante tiempo ha sido mantenedor de la misma. Sin rechazar de plano el asentamiento constitucional del bien jurídico se apreció lo que podría calificarse de un paso atrás en el desarrollo de la misma y de su finalidad primordial que, como es sabido, no es otra que la de acotar dentro de términos lo más precisos posible el área del ilícito penal, con la consiguiente limitación de la libertad del legislador a la hora de la creación del mismo. La afirmación del carácter abierto de los valores deducibles de la carta constitucional y el retorno a los «principios» en ella contenidos, en vez de a los concretos valores reflejados, no es, si bien se mira, sino el inscribirse dentro de las teorías que, frente al carácter constitucional del bien tutelado como requisito necesario para que pueda constituir un ilícito penal, han mantenido la simple «no incompatibilidad» con la Constitución de los bienes susceptibles de tutela (12).

Por otra parte, la renovada confianza que se deposita en los delitos de peligro abstracto, por personas que habían mantenido hacia ellos claras posiciones críticas, constituye también, me parece, un reflejo más del proceso apuntado, que si se exceptúan la comunicación de Angioni y la vigorosa intervención de Ettore Gallo (13), desemboca en el reconocimiento, más o menos a gusto, más o menos consciente, de la casi incontrolable libertad

una función sistemática, posición, por lo demás, absolutamente coherente con su postura a favor de la concepción metodológica del bien jurídico. Se mostró partidario, en fin, de una revitalización de los delitos de peligro abstracto, congratulándose del ambiente favorable a los mismos que se percibía en el Seminario. El profesor Malinverna, entre otras consideraciones, consideró excesivamente simplista el intento de tutelar los valores constitucionales tal y como se obtienen de la misma, dado que en el texto fundamental hay una confluencia de valores y aspectos sociales e individuales que conforman la significación de cada uno de ellos y hacen poco viable una consideración recíprocamente aislada. En cuanto a los delitos de peligro advirtió que la afirmación de que deben convertirse en descripción de medios y conductas no hace más que posponer el problema, ya que la dificultad es precisamente ésa: ¿cómo hacer tal descripción? Especialmente interesante fue también la relación de síntesis del Seminario, que corrió a cargo del profesor Marinucci y en la que se dió una visión general del tema objeto del mismo y de las posiciones mantenidas, junto con atinadas observaciones que podrían calificarse de «conciliatorias».

(12) Sobre esta posición, vid. MANTOVANI, *Diritto penale*, Parte Generale, 1980, págs. 183 y ss., con ulterior bibliografía.

(13) Vid. supra nota 11.

del legislador a la hora de decidir el «qué» y el «cómo» de la tutela. Conclusión que, si se observa, hace paradójica la actitud crítica ante el planteamiento constitucional que hemos llamado «estricto», al que en el Seminario se ha reprochado la falta de límites claros en la determinación de los bienes susceptibles de tutela (a causa del reconocimiento de los bienes implícitos) y la dificultad —cierta y evidente— que entraña la elaboración de una jerarquía de valores dentro de la Constitución; problema, por lo demás, con o sin referencia a la carta fundamental, ya viejo en el Derecho penal. Y tal actitud me parece paradójica si se considera que la solución a esas indeterminaciones que se le achacan a la teoría de referencia se encuentra precisamente en un retorno a la dudosa capacidad limitativa de los «principios» (por cierto utilizados ya por algunas elaboraciones de la doctrina alemana que se ha considerado poco eficaz a estos efectos) y los «valores abiertos», lo que sustancialmente supone reconocer como poco susceptible de condicionamiento la capacidad del legislador a la hora de establecer el ilícito penal. Y es que si se admite que a mayor generalidad de la formulación, mayor es la posibilidad de manipulación de un concepto, se debe reconocer que los «principios» —cuya individualización y concreción será cuando menos tan dificultosa y discutible como la de los propios valores y de cuya jerarquización no parece que sea posible prescindir— son materia más moldeable en función de intereses coyunturales que la remisión a bienes, valores y procesos directa o mediatamente vinculados a específicas disposiciones constitucionales. Lo que no significa, sin embargo, que deba renunciarse a la utilización de los mismos. Como la comunicación de Fiandaca puso de manifiesto, su utilidad puede ser grande, por lo que cualquier planteamiento constitucional de la materia tiene necesariamente que contemplarlos. Quiere decirse únicamente que su utilización como criterio exclusivo no parece que pueda sustituir con ventaja, ni a nivel de resultados prácticos, ni al de facilitación de la elaboración dogmática, a las concepciones que intentan una construcción asentada directamente en preceptos positivos de la norma fundamental. Ambos planos son, por el contrario, perfectamente armonizables, mejor, inseparables, por lo que siendo así ambos deben ser tenidos en cuenta coordinadamente. Por lo menos, estimo, antes de renunciar a un empeño de este tipo, que en principio, aunque dificultoso, ofrece posibilidades de un resultado fructífero, deben agotarse todas las vías que pueden conducir a una concepción del bien jurídico útil dogmáticamente y al tiempo capaz de desarrollar una eficaz labor crítica y limitativa del legislador. Porque, innecesario es advertirlo, detrás del tema de la función crítica del bien jurídico lo que hay es un problema de confianza o desconfianza en el legislador, al que, en consecuencia, se quiere limitar más o menos en el momento de la creación del ilícito penal. La potencial peligrosidad que para el individuo y la sociedad entraña un uso prepotente y desviado del instrumento penal me hacen partidario de extremar, dentro de lo posible, las garantías de que tal utilización se verá al menos dificultada; pues sería ingenuo pretender que tales condicionamientos, en cuanto jurídicos, serían capaces de frenar una decidida voluntad de servirse interesadamente del ordenamiento penal para la consecución de fines parciales.

Y un tal resultado (en un Estado democrático) sólo puede lograrse con un asentamiento constitucional del bien jurídico y del ilícito penal en general, en cuanto que se trata de una norma que políticamente representa (de manera siempre imperfecta) los intereses de la mayoría y jurídicamente vincula a todo el ordenamiento. En el convencimiento, además, de que cuanto mayor sea la correspondencia con la misma, mayores serán los obstáculos que se ofrecen a una desvirtuación del contenido y la función que una sociedad quiere que el Derecho penal cumpla en su servicio. Correspondencia directa a la que le reconocemos virtual eficacia tanto a nivel general como en relación a la determinación de los concretos ámbitos del ilícito penal. De no ser así, sería insalvable el contraste (apreciable en algunos casos en el Seminario) entre una actitud de relativo escepticismo sobre las virtudes de un planteamiento constitucional estricto, en línea de principios, y la remisión rigurosa al mismo que se ha hecho cuando se trata de concretas áreas delictivas (delitos políticos, orden público, etc.) o incluso de sistematización general de la Parte Especial, cuya estructuración y configuración se considera en ambos casos que debe hacerse de manera necesaria bajo la disciplina del texto constitucional.

Una concepción de este género ni se presenta ni debe entenderse como el medio mágico que resuelve todos los problemas, sino que por el contrario cuenta con numerosas dificultades y limitaciones. Constituye, sin embargo, una posición crítica poco rigurosa exigirle que solucione «todo» y desecharla, por ineficaz, si no lo hace, para volver a elaboraciones menos fructíferas y a las que por ello se les pide de principio la satisfacción de menos cometidos.

Sobre la utilidad que en la doctrina patria tendría una investigación de esta naturaleza no es preciso insistir. Una simple ojeada a la bibliografía nacional es suficiente para comprobar cómo la expuesta es una materia que por razones obvias —la carencia de un texto constitucional útil hasta hace muy poco tiempo— ha permanecido ajena a la atención jurídico-penal (14). Es por eso que me parecía interesante recoger en estas páginas —aunque haya sido en apretada síntesis— la problemática planteada en el Seminario de Siracusa, en el que tuve ocasión de participar, por haber sido gentilmente invitado al mismo, lo que desde aquí he de agradecer nuevamente.

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RUS

(14) Ni siquiera la obra de Mir Puig, Santiago, *Función de la pena y Teoría del delito en el Estado Social y democrático de Derecho*, 1979, afronta una investigación de este género. Su conexión constitucional se limita a la fórmula del Estado establecido en la Carta fundamental, interpretada, por lo demás, con independencia del propio contenido concreto de su texto. Mayor relieve adquiere la Constitución en Cobo del Rosal-Vives Antón, *Derecho penal*, Parte General, I, 1980, aunque no ocurra lo mismo en el volumen II de la misma obra.