

Aproximación al concepto de bien jurídico penal. Sobre su validez actual en el sistema penal


Approach to the concept of criminal legal goods. On its current validity in the criminal system

MARÍA DOLORES MARTÍNEZ PÉREZ

Abogada y Profesora Sustituta Interina de Derecho Penal.

Universidad de Almería (España)

mariadoloresmartinez@ual.es

 <https://orcid.org/0000-0003-1341-0335>

Resumen: El presente artículo realiza un análisis general del concepto de bien jurídico penal, entendiendo por tal el objeto merecedor de protección por parte del ordenamiento jurídico penal. Analiza su evolución histórica y sus diversas concepciones. Define su contenido y las funciones que debe cumplir dentro del ámbito penal, así como una clasificación de los distintos bienes jurídico penales existentes, todo ello para analizar si sigue siendo un instrumento válido capaz de dar respuesta a los desafíos del Derecho penal.

Abstract: *This paper analyzes the concept of criminal legal right, understanding as such the object deserving of protection by the criminal legal system. It analyzes its historical evolution and its various conceptions to highlight the challenges it must respond to today society. It defines its content and the functions it must fulfill within the criminal field, as well as a classification of the different existing criminal legal assets, all of this to analyze whether it continues to be a valid instrument capable of responding to the challenges of criminal law.*

Recepción: 16/01/2024

Aceptación: 26/07/2024

Cómo citar este trabajo: MARTÍNEZ PÉREZ, María Dolores, "Aproximación al concepto de bien jurídico penal. Sobre su validez actual en el sistema penal", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 10, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 15-53, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i10.02>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

ISSN-e: 2345-3456

N.º 10, julio-diciembre, 2024, pp. 15-53

Palabras clave: teoría del bien jurídico, bien jurídico penal, Derecho penal, Derecho penal simbólico, expansión del Derecho penal.

Keywords: *theory of the legal good, criminal legal good, criminal law, symbolic criminal law, expansion of criminal law*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SÍNTESIS HISTÓRICA DE LA NOCIÓN DE BIEN JURÍDICO. 2.1. El carácter formal como rasgo principal de su concepción. 2.2. El elemento espiritual, nueva cualidad del bien jurídico. 2.3. La dimensión social como contenido material del bien jurídico. 2.4. La referencia imprescindible del bien jurídico: la Constitución. 3. CONCEPTO Y CONTENIDO DEL BIEN JURÍDICO-PENAL. 4. NECESIDAD DE DEFINIR UN BIEN JURÍDICO-PENAL. 5. FUNCIONES DEL BIEN JURÍDICO PENAL. 6. CLASES DE BIENES JURÍDICO-PENALES. 6.1. Bienes jurídico-penales individuales. 6.2. Bienes jurídico-penales supraindividuales y la idoneidad del Derecho Penal para su tutela. 6.3. Bienes jurídicos intermedios e intereses difusos. 7. PANORAMA ACTUAL Y RETOS PARA EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO-PENAL. 7.1. Elevada complejidad social. 7.2. El principio del daño como posible alternativa a la teoría del bien jurídico-penal. 7.3. El crecimiento del Derecho penal. 7.4. La tutela de los intereses de las generaciones futuras y la protección penal de los daños acumulativos. 7.5. La efectividad del Derecho penal. 8. CONCLUSIONES. 9. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El bien jurídico es un pilar fundamental en el ámbito del Derecho penal, razón por la que siempre reviste interés acudir a los retos que la sociedad actual plantea para la definición de los perfiles del bien jurídico penal.

Y es que, pese a haber sido estudiado en numerosas ocasiones y con gran profundidad, nunca pierde interés por su evolución y la del contexto al que debe adaptarse, o mejor dicho, con el que debe crecer en cada momento.

No pretende este artículo abordar la teoría del bien jurídico penal en toda su extensión y profundidad, esa labor es, sencillamente, imposible. El objeto de este trabajo es dar una visión global de la misma para dar respuesta a si el bien jurídico sigue siendo útil a la Ciencia penal, si sigue siendo un instrumento necesario para la misma o, por el contrario, debe prescindirse de él.

Desde la creación del concepto de bien jurídico hasta la actualidad, el desarrollo tanto el ordenamiento jurídico penal como la sociedad han sido enormes. Para comprender el progreso conjunto de uno y otra expongo una síntesis histórica de esta figura. Las condiciones de su nacimiento, los problemas a los que ha ido dando respuesta durante su evolución y que han enriquecido su contenido, son imprescindibles para entender en qué consiste, en el momento actual el bien jurídico penal.

Una vez ubicados en la contemporaneidad, se realiza un análisis de los distintos bienes jurídicos que existen, su clasificación y las funciones que debe cumplir y de los retos y desafíos para los que la sociedad de nuestros días, le exige soluciones.

Éste estudio desemboca en la pregunta de si podemos seguir acudiendo al concepto de bien jurídico penal o existen alternativas mejores que lo han superado.

2. SÍNTESIS HISTÓRICA DE LA NOCIÓN DE BIEN JURÍDICO

La noción de bien jurídico penal quizá sea una de las ideas más conflictivas del Derecho Penal. Llama la atención como tratándose de uno de los centros de gravedad de esta rama del ordenamiento, de un enunciado de gran tradición histórica que cuenta con más de ciento ochenta años de antigüedad, sigue teniendo un contenido de difícil definición, todavía arduamente discutido por la doctrina sin que se haya logrado un consenso sobre el mismo.

El concepto de bien jurídico no surge hasta mediados del siglo XIX, con un marcado carácter liberal, como consecuencia de la reacción de la Ilustración y de la Revolución Francesa ante la monarquía absoluta. Forma parte de una corriente de transformación de la totalidad del sistema jurídico iniciada en el siglo XVIII. Hasta entonces el Derecho Penal fundamentaba su legitimidad en la idea, adoptada por FEUERBACH, de protección de los derechos subjetivos y evitando la dañosidad social que supone la comisión de delitos.

Fue en 1834 cuando BIRBAUM, dando un paso definitivo y trascendente a la tendencia individualista que por aquel entonces marcaba el Derecho, acuñó este término. Desde entonces se ha entendido de diversas formas, entre las que destacan las siguientes.

2.1. El carácter formal como rasgo principal de su concepción

BINDING fue el encargado de redescubrir el concepto de bien jurídico, que hasta ese momento no había tenido acogida. Su pensamiento es acorde con la ideología penal del Estado alemán del Segundo Imperio². El poder del Estado y el deber de obediencia de los ciudadanos constituyen el fundamento de su teoría jurídico penal.

Percibe la norma como algo diferente de la ley. Las normas son preceptos autónomos del Derecho Público general, cuya infracción no supone alterar la ley. Se caracterizan por ser previas al Derecho Penal y por tener como destinatarios a los ciudadanos. Sin constituir normas en sentido estricto nos encontramos con

1 CUELLO CONTRERAS, J. *El derecho penal español: Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*. Madrid: Dykinson, 2002, p. 46; HORMAZÁBAL MALARÉE, H. "Política penal en el Estado democrático." *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 37.2 (1984): 333-346.

2 HORMAZÁBAL MALARÉE, H. "Política penal en el Estado democrático.", *Op. cit.*, p. 336.

las leyes penales. En realidad, se trata de “proposiciones jurídicas autorizadoras”, dirigidas a los jueces penales a los que les permiten imponerlas cuando algún ciudadano ha vulnerado una norma³. Consecuentemente, el delito se entiende como un incumplimiento de la norma que es sancionado por el Derecho Penal⁴.

El bien jurídico es “todo lo que, a los ojos de la ley, en tanto condición de la vida sana de la comunidad jurídica, es valioso para esta”⁵. Es creado por el Derecho, que se sirve de la opinión del legislador para elegir los objetos que merecen protección⁶. Para la salvaguarda de estos objetos valiosos, el Estado crea normas. Cada norma encierra un bien⁷ por lo que cualquier contravención de esta supone una lesión o puesta en peligro del bien jurídico que contiene⁸. Por tanto, el catálogo de bienes jurídicos se encuentra en las normas⁹.

La distinción entre el delito criminal y la mera infracción administrativa trata de fundamentarla en la búsqueda de un sustrato material. Tal sustrato consistiría en el fin de las normas, que no es otro que el mantenimiento de unas condiciones concretas para una sana vida en común. Estas condiciones se materializan en los bienes jurídicos por su calidad de bien para la vida jurídica¹⁰.

La teoría de las normas de BINDING no supone en ningún momento un límite al ius puniendi del Estado¹¹, sino todo lo contrario. El poder del Estado y el deber de obedecerle de todos los ciudadanos son los pilares de su pensamiento. El Estado se hallaba en una situación de superioridad que le permitía decidir en cualquier momento “que quería punir y como quería punir” (LISTZ)¹². Se trata de una

3 SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1992, p. 316.

4 MORILLAS CUEVA, L. “Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización.” *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* 2 (1983), p. 62.

5 BINDING citado por JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y Teoría de la imputación*. Marcial Pons, 1997, 50.

6 MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método*. Maestros del Derecho Penal, 2002, p. 113.

7 Es lo que BUSTOS RAMÍREZ ha llamado “el criterio de inmanencia de los bienes jurídicos” por los que ellos “son inmanentes a la norma, esto es que cada norma tiene y determina totalmente su bien jurídico”.

BUSTOS RAMÍREZ, J. J. *Control social y sistema penal (Del estado actual de la teoría del injusto)*. Promociones y Publicaciones Universitarias, 1987, pp 137 y ss.

8 HORMAZÁBAL MALARÉE, H. “Política penal en el Estado democrático.”, *Op. cit.*, p. 336.

9 LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de derecho penal*. Madrid: 1996. Universitas, p. 326.

10 HORMAZÁBAL MALARÉE, H. “Política penal en el Estado democrático.”, *Op. cit.*, p. 336

11 OCTAVIO DE TOLEDO, E. *Sobre el concepto de derecho pena*. Madrid: Facultad de Derecho, 1981, p. 336 y MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método*, *Op. cit.*, p. 113.

12 BINDING citado por HIRSCH, H. J. “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico.” *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y de la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, p. 374.

postura conservadora¹³, que en ningún momento se atreve, ni lejanamente, a criticar la preeminencia del Estado¹⁴.

Con el neokantismo comienza una tendencia por la que se difumina el bien jurídico¹⁵. Los objetos merecedores de tutela penal no existen con anterioridad al ordenamiento, sino que nacen coetáneos a la norma. El nacimiento del bien jurídico se produce cuando se crea una norma, puesto que este consiste en “el sentido y finalidad de las proposiciones jurídicas singulares” (HONIG¹⁶) o en “la abreviatura del pensamiento teleológico” (GRÜNHUT y SCHWINGE¹⁷).

La Escuela de Kiel (DAHLM, SCHAFFSTEIN) en un primer momento se mostró contraria al concepto de bien jurídico, hasta el extremo de propugnar su eliminación a favor de la idea del deber ser¹⁸, pero después de las aportaciones realizadas por SCHWINGE y KLEE, lo defendieron a ultranza. Este cambio de postura se debió a que estos autores mostraron la idoneidad de este concepto para servir a los fines del nacionalsocialismo, lo que supone, según MIR PUIG, “la más clara muestra de su ineficacia como concepto limitador hasta ese momento”¹⁹.

13 LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de derecho penal*, *Op. cit.*, p. 326.

14 LISTZ, F. V. *Tratado de Derecho Penal*. Vol. 2. Madrid: Hijos de Reus, 1914 p. 4, se opuso a las ideas de Binding por su carácter formalista, mostrándose en contra de una concepción del delito como una violación del deber de obediencia de los ciudadanos frente al Estado y que se olvida de las condiciones de vida de la comunidad humana jurídicamente organizada.

Otra de las críticas que se le han formulado a Binding es reducir el Derecho Penal a un instrumento meramente sancionatorio MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método*, *Op. cit.*, p. 206, otorgándole un carácter accesorio y secundario MORILLAS CUEVA, L. “Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización”, *Op. cit.*, p. 62 Consiste únicamente en un resorte que salta cuando una norma ajena a él ha sido vulnerada.

15 GONZÁLEZ RUS, J. J. *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*. Madrid: Fundación Juan March, 1983, p. 16 HORMAZÁBAL MALARÉE, H. “Política penal en el Estado democrático.”, *Op. cit.* p. 339; OCTAVIO DE TOLEDO, E. Sobre el concepto de derecho penal, *Op. cit.*, p. 338.

16 Citado por JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y Teoría de la imputación*, *Op. cit.*, p. 50.

17 Citados por MORILLAS CUEVA, L. “Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización”, *Op. cit.*, p. 68.

18 GONZÁLEZ RUS, J. J. *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*, *Op. cit.*, p. 16; MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método*, *Op. cit.*, p. 115. OCTAVIO DE TOLEDO, E. *Sobre el concepto de derecho penal*, *Op. cit.*, p. 338.

19 Adoptar este concepto de bien jurídico supone:

- Limitarlo a su función interpretativa, abandonando su aspecto material y con ello su misión crítica (de esta opinión HORMAZÁBAL MALARÉE, H. “Política penal en el Estado democrático.”, *op. cit.*, p. 339, MORILLAS CUEVA, L. “Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización”, *Op. cit.*, p. 68 y PORTILLA CONTRERAS, G. “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos.” *Cuadernos de Política Criminal* 39 (1989), p. 725.
- Igualar la finalidad de la norma con el interés que debe ser protegido. La falta de uniformidad RUDOLPHI, H. J. “Los diferentes aspectos del concepto bien jurídico.” *Nuevo Pensamiento Penal* (1975), p. 331., es una peculiaridad de esta concepción. No existe un ideal de bien jurídico aplicable a todos los delitos, este es diferente de cada uno de ellos. Además, si cada norma es distinta

JAKOBS²⁰ es el más reciente defensor del positivismo. Como tal, convierte a la norma en el centro de gravedad de su pensamiento.

La norma posee un significado, los comportamientos suficientemente importantes como para suponer una negación del mismo conforman el área de aplicación del Derecho Penal. El ordenamiento penal se erige como una garantía de aplicación de la pena frente a los ataques a las expectativas normativas esenciales.

Su ideal es el respeto absoluto a las normas, a la paz jurídica. Por ello entiende el bien jurídico penal como la vinculatoriedad práctica de la norma²¹, como la firmeza frente a las decepciones en el ámbito de vigencia de la norma puesta en práctica.

2.2. El elemento espiritual, nueva cualidad del bien jurídico

En general, a cualquier formulación del bien jurídico de esta clase se le pueden realizar unas críticas determinadas²².

El delito no se ubica en la realidad social, pertenece al mundo de los valores, de la cultura. Consecuentemente, un código penal que recoja este tipo de concepción del bien jurídico se convierte en un código moral o ético o religioso. Supone que va a plasmarse en ellos la ética de la mayoría, o de un determinado grupo social y esta no es función del ordenamiento jurídico penal. Su cometido no es imponer unos valores determinados a los ciudadanos.

Los límites del *ius puniendi* serán aquellos que el legislador establezca en la política criminal que quiera desarrollar, pero no se encontrarán en el ámbito material del bien jurídico, como debería ser, que aquí aún se encuentra sin desarrollar.

Los mayores representantes de esta concepción son WELZEL y MAYER. WELZEL elaboró la denominada “doctrina de los valores ético-sociales de acción”²³. Aunque

de otra, y no existen, porque sería absurdo, dos normas iguales, no puede darse el caso que un mismo bien jurídico esté protegido mediante la prescripción de distintas conductas en distintas normas.

20 JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y Teoría de la imputación*, *Op. cit.*, pp. 44 y ss.

21 Cómo sucede con otras concepciones normativistas, el bien jurídico ideado por JAKOBS, ni es previo a la norma HIRSCH, H. J. “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico”, *Op. cit.*, p. 371. ni supone una garantía al poder punitivo del Estado SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op. cit.*, p. 268.

22 *Vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. “Sobre la teoría del “bien jurídico” (aproximación al ilícito penal)” *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 69 (1983), p. 85 y ss; SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op. cit.*, p. 268.; TERRADILLOS BASOCO, J. M. “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de la tutela jurídico-penal.” *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 63 (1981), p. 126.

23 CUELLO CONTRERAS, J. *El derecho penal español: Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, *Op. cit.*, pp. 5 y ss.

formulada previamente a la Segunda Guerra Mundial, su gran acogida tuvo lugar cuando esta finalizó, gracias a su contenido ético y humanista.

El bien jurídico, a diferencia de lo que hemos visto hasta ahora, no se crea al mismo tiempo que la norma²⁴, sino que se encuentra en la realidad social.

La función del Derecho es proteger “los valores elementales de conciencia, de carácter ético y social” y para poder cumplir adecuadamente esta misión distingue, dentro de cada norma, el desvalor de acto²⁵ y el desvalor de resultado. El enunciado penal recoge un comportamiento considerado negativo (desvalor de acto) y mediante su prohibición trata de evitar la lesión de un bien jurídico (desvalor de resultado)²⁶.

Las aportaciones de este autor marcaron un antes y un después en el estudio del bien jurídico²⁷ por revelar que, para un adecuado estudio del injusto, no podemos limitarnos únicamente al ataque al bien jurídico. Además, deben tenerse en cuenta elementos de carácter subjetivo.

El amparo que, a partir de ese momento, se dispensará a los bienes jurídicos estará marcado por atender a los intereses a que sirve²⁸. Ya no tiene carácter absoluto.

La lesión del bien jurídico adquiere un nuevo enfoque. Sigue desempeñando un papel fundamental dentro del contenido del injusto, pero éste no se agota aquí²⁹. No podemos olvidarnos, al estudiar el delito, de su autor. Se contempla la posibilidad que el sujeto titular de un bien jurídico pueda, por ejemplo, disponer de él.

Distinta concepción de la teoría de las normas de BINDING es la formulada por MAYER, para quién, con carácter previo al Derecho, existen las normas de cultura³⁰. Las normas de cultura están configuradas por “el conjunto de mandatos y

24 Vid. HORMAZÁBAL MALARÉE, H. “Política penal en el Estado democrático”, *Op. cit.*, pp. 340 y ss.

25 BUSTOS RAMÍREZ, J. J. *Control social y sistema penal (Del estado actual de la teoría del injusto)*, *Op. cit.*, pp. 181 y ss.

26 A WELZEL se le ha contestado el orden que por el que otorga protección penal, sancionando en primer término, desvalores de acto para prevenir desvalores de resultado. Lo correcto sería investigar, en un primer momento, que bienes jurídicos deben ser objeto de protección. Una vez fijados estos son cuando debe precederse a prescribir las conductas atentatorias de los mismos. Crítica efectuada por CUELLO CONTRERAS, J. *El derecho penal español: “Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal.” Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (1981)*, p. 461.

27 Así lo ha resaltado GONZÁLEZ RUS, J. J. *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*, *Op. cit.*, p. 21.

28 CUELLO CONTRERAS, J. *El derecho penal español: Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, *Op. cit.*, pp. 50 y ss.

29 OCTAVIO DE TOLEDO, E. *Sobre el concepto de derecho penal*, *Op. cit.*, p. 339, n.p. 990.

30 Así lo han resaltado JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y Teoría de la imputación*, *Op. cit.*, p. 51; MORILLAS CUEVA, L. “Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización”, *Op. cit.*, p. 69; OCTAVIO DE TOLEDO, E. *Sobre el concepto de derecho penal*, *Op. cit.*, p. 336 y MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método*, *Op. cit.*

prohibiciones que se dirigen al ciudadano, como pueden ser exigencias religiosas, morales, convencionales, como exigencias del tráfico o de la profesión”³¹. Es el medio utilizado por una determinada sociedad, poseedora de unos rasgos concretos, para exigir las conductas adecuadas a sus intereses³².

Únicamente reconoce MAYER que algunos intereses fundamentales son innatos a la propia naturaleza humana³³.

Son el punto de partida para la creación de los enunciados jurídico-penales, resultado del reconocimiento, bajo determinados presupuestos y dentro de ciertos límites, de las normas de cultura seleccionadas por el Estado.

Existen, por tanto, dos tipos de normas:

- Normas de cultura³⁴ dirigidas por la cultura al ciudadano y que recogen la orden de no lesionar determinados bienes o intereses.
- Normas jurídicas, orientadas al Juez para que este pueda sanar o castigar las lesiones de bienes jurídicos.

La misión del ordenamiento jurídico reside en dotar a los bienes de carácter jurídico y garantizar su protección³⁵. Para que un interés alcance la consideración de bien jurídico ha de cumplir tres requisitos³⁶:

- Merecer la protección, atendiendo a la importancia del bien y la gravedad intrínseca del ataque al mismo.
- Estar necesitado de protección, idoneidad de la misma.
- Ser capaz de protección, lo que supone, en primer lugar, la falta de eficacia de otros medios de reacción previstos en el ordenamiento jurídico y que sean menos drásticos que los punitivos; y, en segundo lugar, la capacidad del ordenamiento penal de prestarle tal protección.

31 MAYER citado por SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op. cit.*, p. 317.

32 SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op. cit.*, p. 317, n.p. 35.

33 MAYER citado JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y Teoría de la imputación*, *Op. cit.*, p. 50.

34 La norma de cultura de Mayer ha sido criticada por considerarse innecesaria, en ocasiones, su existencia para poder formular una norma jurídico penal. Entiende SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op. cit.*, p. 319, que la ley penal puede actuar en determinados ámbitos antes de que exista una norma social sobre los mismos. Pero es que, para el caso de que la regulación penal incida sobre campos sobre los que ya se ha producido una norma sociocultural, la tutela penal que se lleve a cabo sobre los mismos puede ser distinta en algún aspecto o, incluso, totalmente opuesta a las “normas de cultura”.

35 MAYER citado por SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 317.

36 FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, M.D. “Los límites al ius puniendi.” *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 3.47 (1994), p. 96.

Se consideran bienes jurídicos a aquellos presupuestos valiosos y necesarios para la existencia³⁷.

Esta noción de bien jurídico resulta inservible como barrera del poder punitivo del Estado. Según MIR PUIG³⁸ “un objeto empírico no puede, obviamente, limitar al legislador”.

Al igual que ocurría con la tesis de BINDING, puede oponerse a la concepción de MAYER su caracterización del Derecho penal como una rama secundaria y accesoria del resto del ordenamiento.

2.3. La dimensión social como contenido material del bien jurídico

El primer representante de la concepción social del bien jurídico fue LISTZ, a quién hay que atribuirle el logro de ser el primer creador de un concepto de bien jurídico de contenido material³⁹ que sirve como límite al poder punitivo del Estado (el bien jurídico constituye “la frontera de lo punible”⁴⁰). Es a partir de las aportaciones de LISTZ cuando el bien jurídico empieza a desarrollar su función crítica, aunque sea de forma muy rudimentaria, e igualmente cuando se empieza a establecer la distinción entre bien jurídico y objeto de ataque (u objeto material).

Entiende por bien jurídico “el interés jurídicamente protegido”⁴¹. Se caracteriza porque su existencia es previa al Derecho, “el orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida, pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico. Según LISTZ todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad (...), los intereses vitales resultan de las relaciones de la vida entre los mismos individuos o entre los particulares y la sociedad organizada en Estado o viceversa”. Supone la entrada de las ciencias sociales dentro del Derecho Penal⁴².

37 MAYER citado HEFENDELH, R. “¿Debe ocuparse el derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto.” *Revista electronica de ciencia penal y criminología*, 4 (2002), p. 2.

38 PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método*, *Op. cit.*, p. 114.

39 Así GONZÁLEZ RUS, J. J. *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*, *Op. cit.*, p. 15; HORMAZÁBAL MALARÉE, H. “Política penal en el Estado democrático”, *Op. cit.*, MORILLAS CUEVA, L. “Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización”, *Op. cit.*; MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método*, *Op. cit.*, p. 113; OCTAVIO DE TOLEDO, E. *Sobre el concepto de derecho penal*, *Op. cit.*, p. 337; (Rudolphi 334).

40 MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método*, *Op. cit.* p. 113

41 LISTZ, F. V. *Tratado de Derecho Penal*, *Op. cit.*, pp. 22 y ss.

42 A la concepción del bien jurídico ideada por LISTZ se la considera una teoría incompleta por no desarrollar suficientemente las nociones de “interés de la vida” o “interés jurídicamente protegido” Se queda a medias por no fijar los criterios adecuados para la selección de los bienes jurídicos, lo que trae como consecuencia la falta de practicidad de su teoría. De esta opinión ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. “Bien jurídico y Constitución.” *Cuadernos de Política Criminal* (1991), p. 18., MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método*, *Op. cit.*, p. 116; MORILLAS CUEVA, L. “Aproximación

Más adelante surgen las “teorías funcionalistas”, entre cuyos representantes se encuentra AMELUNG⁴³. Según este autor, para que pueda ejercerse la función limitativa del poder punitivo estatal, necesariamente tenemos que remitimos a la idea de dañosidad social. Sólo si esta concurre será lícita la imposición de una pena.

Considera el delito⁴⁴ como un acto disfuncional porque “cuestiona la confianza institucional en el sistema” y entiende por norma penal aquella cuya finalidad es “la conservación del sistema”. Busca sustituir el bien jurídico por la idea de funcionalidad de los sistemas sociales, alegando para ello que el bien jurídico ha sido a lo largo de su historia, un concepto carente de efectividad⁴⁵.

Por su parte, CALLIES⁴⁶ entiende por bienes jurídicos los presupuestos que aseguran las posibilidades de participación del individuo en los sistemas sociales⁴⁷.

HASSEMER⁴⁸ es partidario de una teoría del bien jurídico de orientación personal que funcionalice los intereses generales del Estado a partir del individuo. Bienes jurídicos son aquellos intereses humanos que requieren protección penal⁴⁹. La pro-

teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización.”, *Op. cit.*, p. 69; OCTAVIO DE TOLEDO, E. *Sobre el concepto de derecho penal*, *Op. cit.*, p. 337; HORMAZÁBAL MALARÉE, H. “Política penal en el Estado democrático.”, *Op. cit.* p.337 estima que, en último término, las ideas de LISTZ poseen matices que refuerzan la idea de Estado, debido a que en ocasiones iguala los intereses del hombre con los del Estado.

43 Sobre este autor véase ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. “Bien jurídico y Constitución”, *Op. cit.*, p. 18; GONZÁLEZ RUS, J. J. *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*, *Op. cit.*; MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método*, *Op. cit.*

44 Véase ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. “Bien jurídico y Constitución”, *Op. cit.*, pp. 15 y ss.

45 MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método*, *Op. cit.*, p. 118.

46 Para un estudio en profundidad del pensamiento de, véase MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método*, *Op. cit.*, pp. 121 y ss.

47 Considera que el ordenamiento penal tiene atribuida una función social y de ella deriva la protección de los bienes jurídicos así entendidos MORILLAS CUEVA, L. “Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización”, *Op. cit.*, p. 72; MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método*, *Op. cit.*, p. 121. La estructura social está configurada como una red de distribución de las posibilidades de participación recíprocas en los sistemas sociales: CALLIES encomienda al ordenamiento penal la protección de tal estructura. El bien jurídico constituye, ante todo, una garantía del ciudadano frente al poder del Estado.

El propio CALLIES advertía cuál es el peligro en el que se puede caer si se adopta su pensamiento: centrar la protección en la estructura social olvidándose de cuales son el objeto y el sujeto concretamente amparados por el ordenamiento penal. Un correcto funcionamiento del sistema social es el objeto genérico de protección penal, mientras que los bienes jurídicos conforman los objetos determinados de dicha protección.

48 HASSEMER, W. “El destino de los derechos de los ciudadanos en un Derecho Penal. “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico.” *Doctrina Penal*, 46 (1989).

49 El principio del bien jurídico, según HASSEMER, se caracteriza por:

1. No tener en sí mismo la facultad de responder a la cuestión de merecimiento de pena.
2. Su ambivalencia, que ha permitido servir de argumento para la criminalización/descriminalización según la situación de la legislación penal en cada momento histórico concreto.

tección que se dispense a las instituciones debe enfocarse como una posibilidad de protección de la persona. Dentro de las discusiones jurídicas el concepto de bien jurídico servirá para decantarse por una concepción personal en el momento de elegir los objetos necesitados de protección penal.

MIR PUIG⁵⁰, como portavoz de un concepto social de bien jurídico, sitúa su estudio en un campo no examinado hasta entonces en nuestro país.

Considera los bienes jurídicos como las condiciones necesarias, según la observación empírica, de un correcto funcionamiento de los sistemas sociales⁵¹, traduciendo tales condiciones necesarias en concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación sociales. Tales posibilidades de participación deben ser voluntarias.

Centrándonos en esta definición, hay que concretar que el bien jurídico está llamado a limitar al legislador, sólo podrá ser aquello que merezca ser protegido por la ley penal⁵².

Lo importante a la hora de fijar un bien jurídico son las consecuencias que pueda tener su lesión para el funcionamiento de los sistemas sociales, olvidándose de cualquier valoración moral que pueda hacerse.

Interesante es el planteamiento realizado por GÓMEZ BENÍTEZ⁵³ que enlaza la teoría de prevención general de la pena con la idea de perjuicio social. Busca definir materialmente el perjuicio social como necesidad preventivo general de pena.

El concepto de bien jurídico que adoptemos va a ser vital en cuanto que:

1. Una conducta amenazante del bien jurídico es una de las condiciones necesarias para ser criminalizada.
2. Puede impedir o facilitar una adecuación precipitada del Derecho Penal a los intereses de la política criminal.
3. En la medida que este concepto se “disuelva” dejan de protegerse los intereses humanos para pasar a tutelar instituciones sociales.
4. Si es un concepto preciso será rico en consecuencias político-criminales, si no está bien delimitado restará efectividad a la teoría del bien jurídico.

50 MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método*, *Op. cit.*, pp. 123 y ss.

51 A juicio de OCTAVIO DE TOLEDO, E. Sobre el concepto de derecho penal. *Op. cit.* pp.342 y ss, el error de MIR PUIG puede ser producir un perjuicio a aquellos individuos que no se hayan integrados en el sistema social que trata de mantener. Se puede beneficiar a unos individuos en perjuicio de otros.

1. La teoría de sistemas presenta serios obstáculos a la hora de precisar los bienes jurídicos por:
2. Las diferencias existentes entre los distintos sistemas sociales.
3. La dificultad de definir las propiedades de los sistemas.
4. Lo tortuoso que resulta para esta teoría abarcar el equilibrio y cambio del sistema.
5. Ser capaz o no de explicar el significado de las acciones sociales.
6. La posibilidad que la teoría de sistemas instrumentalice al individuo.
7. La teoría de sistemas aparece como una reconstrucción formalizada de la dialéctica.

No siempre se puede ofrecer una explicación concreta a los distintos fenómenos sociales.

52 Referente a la distinción entre bien jurídico y bien jurídico penal, véase MIR PUIG, S. “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*.” *Estudios de Política Criminal*, 14 (1990).

53 GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. “Sobre la teoría del “bien jurídico” (aproximación al ilícito penal)”, *Op. cit.*

El ejercicio del poder punitivo solo puede sustentarse en la protección de bienes jurídicos de carácter social. Únicamente pueden ser sancionadas las conductas socialmente dañosas, siendo necesario prevenir únicamente cuando pueda motivarse a la colectividad social a quién va dirigida la prohibición. CUELLO CONTRERAS⁵⁴ opina que en ocasiones GÓMEZ BENÍTEZ se olvida que la protección del sistema social tiene lugar a través de normas establecidas por individuos y dirigidas a individuos.

La delimitación del perjuicio social vendrá condicionada por el concepto de prevención general que se utilice y por la teoría sociológica manejada. Aunque se tome como referencia el hecho cometido, no es necesaria la mediación del bien jurídico.

2.4. La referencia imprescindible del bien jurídico: la Constitución

El primer autor que centró su atención en la Constitución en el momento de definir el bien jurídico fue SAX⁵⁵, tratando que el ordenamiento penal y el constitucional fuesen totalmente coincidentes. Los bienes jurídicos serán aquellos acordes con el orden de valores establecido en la Constitución.

Por su parte, RUDOLPHI⁵⁶ estima que el ordenamiento penal a la hora de definir cuáles son los bienes jurídicos a los que debe prestar protección, se encuentra con unas decisiones valorativas fundamentales previas englobadas en la Constitución que son de obligado cumplimiento. Este tipo de decisiones valorativas permiten dejar al margen de la tutela penal las acciones inmorales.

Considera los bienes jurídicos como unidades funcionales valiosas para nuestra sociedad regida constitucionalmente y, por tanto, también para la posición y la libertad de los ciudadanos individualmente considerados⁵⁷. La constitucionalidad o no de un bien es el criterio a seguir para concederle protección penal.

ROXIN⁵⁸ defiende que para poder hablar de un bien jurídico vinculante político-criminalmente tenemos que partir del Estado de Derecho que recoge la Ley Fundamental y cuya piedra angular es la libertad del individuo.

54 CUELLO CONTRERAS, J. *El derecho penal español: Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, *Op. cit.*, p. 57.

55 MORILLAS CUEVA, L. "Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización", *Op. cit.*, p. 71.

56 RUDOLPHI, H. J. "Los diferentes aspectos del concepto bien jurídico", *Op. cit.*, pp. 341 y ss.

57 Según este autor, los conceptos de bien jurídico que hasta ahora se habían construido cubrían parcialmente las funciones que debe cumplir, pero su definición aún los distintos aspectos que el bien jurídico ha presentado a lo largo de su historia. MORILLAS CUEVA, L. "Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización", *Op. cit.*, p. 71 no está de acuerdo con esta afirmación ya que, a su juicio, RUDOLPHI únicamente aporta un punto de referencia valorativo para la creación de bienes jurídicos.

58 ROXIN, K. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas, 1997, pp. 55 y ss.

Este pensamiento dibuja 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 y global; se caracteriza por su dinamismo, por encontrarse abierto tanto al cambio social como a los progresos del conocimiento científico.

De este modo⁵⁹ el Estado cumple su función de asegurar una existencia humana digna, basada en el libre desarrollo de la personalidad, pues así viene configurada en la Constitución.

Esta formulación peca, por un lado, de un desmesurado “naturalismo”⁶⁰, por otro lado, su utilidad se limita simplemente a dejar fuera del ámbito de punibilidad a conductas atentatorias exclusivamente de criterios morales.

Dentro de la doctrina italiana⁶¹ varios autores se han inclinado por una concepción constitucional del bien jurídico, considerando la norma fundamental como un punto de referencia sobre el que elaborar el ordenamiento penal. Podemos citar a FIANDACA, para quién de la Constitución solo pueden obtenerse los criterios “potencialmente vinculantes” que se fijarán en la legislación que desarrolle la Constitución; a PULITANO, que defiende la existencia de lagunas deliberadamente no cubiertas en la Constitución a fin de ser fijadas por el legislador ordinario que posee la libertad de decidir que bienes jurídicos protege como cuando debe protegerlos anticipadamente⁶², o a Musco, que sostiene que la Constitución italiana manda que las personas deben tender a la reeducación, estableciendo unos principios limitativos al legislador:

- De la comisión de un delito se deriva una “dañosidad social”.
- Los bienes jurídicos han de ser perceptibles por el intelecto.

Bienes jurídicos serán, por consiguiente, los valores conceptualmente apreciables, de directa o mediata procedencia constitucional, que sirven para asegurar las condiciones esenciales de la vida en común.

Pero, sin duda alguna, ha sido BRICOLA el mayor exponente de la teoría constitucional del bien jurídico. La Constitución italiana coloca la libertad personal en una situación de superioridad. Su privación solo puede producirse cuando se trata de atentados a bienes equiparables a la misma o, por lo menos, dotados de relieve constitucional. Estima que “la máxima restricción de la libertad personal, como es la que se efectúa de modo efectivo o potencial a través de la sanción penal, puede adoptarse solamente

59 Para un estudio detallado de la doctrina italiana en esta materia, véase GONZÁLEZ RUS, J. J. *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*, op. cit.

60 MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método*, Op. cit., p. 118.

61 GONZÁLEZ RUS, J. J. *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*, op. cit., pp. 26 y ss.

62 A juicio de GONZÁLEZ RUS, J. J. *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*, Op. cit., p. 26., PULITANO se limita a establecer un criterio de no incompatibilidad con la Constitución, según el cual puede acogerse cualquier bien jurídico siempre y cuando no exista un “abierto enfrentamiento” con la Constitución, construcción que, a su juicio, es insuficiente.

como extrema ratio. Para precisar tal concepto. puede afirmarse hoy..., que la sanción penal puede adoptarse solamente en presencia de la violación de un bien, el cual, si no de igual grado respecto al valor (libertad personal} sacrificado, esté al menos dotado de relieve constitucional. Es decir: el ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una significativa lesión de un valor constitucionalmente relevante”⁶³.

El bien que sufre el ataque se tiene que encontrar expresa o implícitamente contemplado en la propia Constitución (es necesario que este haya “cristalizado”, no basta con que se trate de una necesidad emergente⁶⁴).

Corresponde al legislador penal perfilar y complementar los valores plasmados en la Constitución.

En nuestro país hay quién se ha limitado, como ha hecho ÁLVAREZ GARCÍA⁶⁵, a adaptar las ideas de BRICOLA a nuestro texto constitucional⁶⁶, pero ha sido GONZÁLEZ RUS⁶⁷ quien, dentro de nuestras fronteras, con mayor precisión y detalle ha construido una teoría constitucional del bien jurídico⁶⁸. Posicionándose a

63 BRICOLA citado por ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. “Bien jurídico y Constitución”, *Op. cit.*, p. 21.

64 ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. “Bien jurídico y Constitución,” *Op. cit.*, p. 39.

65 ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. “Bien jurídico y Constitución”, *Op. cit.*

66 Los problemas que trae la adopción de la posición del profesor de Bolonia a nuestro ordenamiento son, a juicio de este autor:

1. La posibilidad de establecer una jerarquía entre las distintas normas constitucionales. La libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político conforman los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, hallándose en una situación de superioridad, lo que no es obstáculo para que en determinadas situaciones puedan ser suspendidos.
2. El establecimiento de obligaciones constitucionales de penalización. El poder legislativo debe tutelar aquellos bienes que tienen reconocimiento y significatividad constitucional, para lo que en determinadas ocasiones ha de adoptar medidas represivas, pudiendo optar, según considere más adecuado, tanto por la sanción administrativa como por la penal.
3. El significado de la expresión “valor constitucionalmente relevante”. Solo cuando nos encontramos ante la lesión de un bien que tenga igual o semejante relevancia en el ámbito normativo resulta lícita la privación de libertad. La Constitución agota los intereses susceptibles de tutela penal, ir más allá sería inconstitucional.
4. Los bienes constitucionalmente implícitos y la posible y desmesurada ampliación de los bienes susceptibles de tutela penal. Entiende por “bienes constitucionalmente implícitos” aquellos que no se hallan expresamente recogidos en nuestra Norma Fundamental pero que tienen cabida dentro de los valores que esta fórmula. El riesgo de esta clase de bienes es “estirar” tanto la Constitución que ésta acabe perdiendo su eficacia como límite del ius puniendi, lo que ha de prevenirse realizando una correcta interpretación de la norma.
5. El carácter meramente sancionador del Derecho Penal.

Concluye que la Constitución es la base coherente y relacionada de objetos a proteger por el Derecho Penal, proporcionando criterios para saber cuándo la tutela penal es improcedente

67 *Vid.* GONZÁLEZ RUS, J. J. *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*, *Op. cit.*

68 PORTILLA CONTRERAS, G. “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos”, *Op. cit.*, pp. 727 y ss., muestra su oposición a las elaboraciones constitucionalistas del bien jurídico por entender que la Constitución no aporta las garantías de seguridad jurídica mínimas necesarias como para elevarse en el instrumento exclusivo para la jerarquización de los valores a proteger, debido a:

1. Una doble valoración del bien jurídico; los que favorecen el desarrollo individual y los que posibilitan el bienestar social, dando un valor condicionante a la individualidad.

favor de la tesis de BRICOLA, sostiene que las distintas críticas que se le han formulado carecen de suficiente entidad.

Los principales puntos de la teoría del bien jurídico de GONZÁLEZ RUS son:

- El propósito de integrar un concepto general del bien jurídico en la Constitución. El aspecto sustancial del bien jurídico sirve a las funciones dogmática y crítica; el aspecto constitucional es el límite al legislador ordinario. Se trata de realidades autónomas, imperfectas aisladamente, que hay que complementar.
- La Constitución es la referencia obligada tanto desde un punto político como jurídico.
- El legislador sólo puede limitar la libertad personal cuando, además de ser absolutamente indispensable (ultima ratio), se haga para la protección de un bien constitucionalmente relevante.

Alcanza dos conclusiones:

- El imperativo que el ilícito quede reducido a los márgenes de la “estricta necesidad”.
- Necesaria adecuación entre el bien penalmente tutelado y los valores constitucionales.

El vínculo con la Constitución es, a día de hoy, el mínimo imprescindible del que ningún bien jurídico puede prescindir para no desvirtuarse ni a sí mismo ni al sistema del Derecho Penal. En este sentido, RÍOS CORBACHO, considera la Constitución como base la fijación de cualquier bien jurídico, de modo que éstos sirvan como límite y garantía de los fines del Estado dentro de la merma a la libertad de los ciudadanos implica la intervención del Derecho Penal⁶⁹.

Cómo defensora del neoconstitucionalismo, ALONSO ÁLAMO defiende que la Constitución ya contempla los bienes jurídicos que pueden ser protegidos por el Derecho Penal y cuáles están proscritos o no contemplados en ella. Dentro de esta preexistencia y ámbito de actuación, puede el legislador seleccionar a qué bienes jurídicos concede este nivel de protección⁷⁰. Por su parte GARCÍA ARROYO sostiene que la Constitución es el mínimo imprescindible que el Derecho Penal tiene que tomar de referencia para seleccionar los bienes

2. Con los conceptos constitucionales no se llega a una estricta separación entre Derecho Penal y Moral.

3. Por último, resaltar que asiduamente se produce una confusión entre derechos fundamentales y bienes jurídicos.

69 LASCURAIN SANCHEZ, J. A. “Bien jurídico y objeto protegible.” *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 60 (2007): 119-163.

70 ALONSO ALAMO, M. “Bien jurídico penal, más allá del constitucionalismo de los derechos.” *Estudios penales y criminológicos*, 29 (2009), p. 103: “el neoconstitucionalismo, en tanto que ideología de los derechos fundamentales, establece su marco referencial que se proyecta en la determinación del bien jurídico protegible penalmente y que el legislador no puede sobrepasar”.

jurídicos a los que concederle protección, si bien este criterio ha de combinarse con otros⁷¹.

3. CONCEPTO Y CONTENIDO DEL BIEN JURÍDICO-PENAL

Ante la dificultad de concreción del bien jurídico mediante una definición de éste, COBO DEL ROSAL/VIVES-ANTÓN⁷² atienden a su función procedimental para delimitarlo, mientras que Portilla Contreras establece un “método progresivo de minimización”⁷³ que determine que bienes merecen la defensa del Derecho Penal. Con el fin de establecer un Derecho Penal mínimo debe tenerse en cuenta la valoración social del interés protegido, tomando como punto de partida la Constitución, y amparar aquellos bienes cuya puesta en peligro o lesión pueda entenderse como un ataque a un interés de la persona.

HEFENDELH, para establecer un concepto positivo de bien jurídico⁷⁴ atiende a dos criterios: en primer lugar, ha de tratarse de un objeto del mundo real, sometido a leyes físicas; en segundo lugar, debe erigirse como una posibilidad de participación de los individuos en el sistema social.

Estos criterios no pueden sostenerse porque supondrían, debido a la exigencia de tangibilidad del bien, dejar fuera de la tutela penal bienes como, por ejemplo, el honor o la intimidad, además de no poseer vinculación alguna con la Constitución, norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico.

Más precisas son las consideraciones de RUDOLPHI⁷⁵ para quién los criterios de delimitación del bien jurídico son: a) vinculación del legislador a los fines que para el ordenamiento penal se extraen de la Constitución; b) la sociedad, dentro del ámbito constitucional, ha desarrollado determinadas condiciones y funciones que hay que tener en cuenta; c) la definición así lograda no servirá de nada si la protección que se conceda al bien no es suficiente. Los principios que deben regir dicha protección deben ser: 1. Adecuación de los medios, que prevengan lesiones futuras; 2. Medio relativamente más suave para facilitar esa tutela; 3. Subsidiariedad del Derecho Penal, funcionamiento que cuando únicamente las demás entrará ramas

71 GARCIA ARROYO, C. “Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración a los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales.” *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 24 (2022), p. 30.

72 COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES- ANTÓN, T. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant Lo Blanch, 1996, p. 318.

73 PORTILLA CONTRERAS, G. “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos”, *Op. cit.*, p. 375.

74 HEFENDELH, R. “¿Debe ocuparse el derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, *Op. cit.*, p. 8.

75 Recogidas por CUELLO CONTRERAS, J. “Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal.” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1981), p. 463.

en del ordenamiento se revelen inservibles para tal fin; 4. Interés preponderante, en el supuesto que entre en colisión con otros intereses habrá que valorar cuál de ellos ha de ser amparado.

CUELLO CONTRERAS⁷⁶ ve fácilmente eludibles los dos últimos criterios establecidos por RUDOLPHI, exponiendo los principios que, a su juicio, deben regir la creación de bienes jurídicos:

- Para evitar la pérdida de eficacia frente a las conductas más genuinas del Derecho Penal no es recomendable extender demasiado este sector del ordenamiento.
- Principio *in dubio pro libertate*, o lo que es lo mismo, si se plantea la duda sobre la eficacia de la protección penal de un bien jurídico, hay que decantarse por no concederla. La salvaguarda penal de un bien debe basarse en el mayor consenso social posible, así como en una valoración de las necesidades e inconvenientes de la misma si queremos conseguir una verdadera eficacia.
- Replanteamiento del sistema de sanciones penales. Para muchos supuestos la imposición de medidas con un mayor carácter resocializador sería más idóneo

4. NECESIDAD DE DEFINIR UN BIEN JURÍDICO-PENAL

Actualmente no se trata tanto de elaborar una teoría del bien jurídico sino de una teoría del bien jurídico-penal⁷⁷.

La inquietud por la elaboración de una teoría del bien jurídico de carácter penal surge en los años setenta y sigue vigente en nuestros días⁷⁸.

Las mayores dudas⁷⁹ que esta posición plantea consisten en determinar: a) los bienes jurídico-penales de nueva creación; b) que bienes jurídicos deben perder su

76 CUELLO CONTRERAS, J. "Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal", *Op. cit.*, p. 464.

77 SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op. cit.*, p. 275, "la tarea del momento presente es precisamente determinar cuáles son los rasgos específicos del objeto de protección penal en relación con los objetos de protección de los demás sectores del ordenamiento jurídico". Más adelante (p. 277) insiste sobre la misma idea al afirmar que "el tema de nuestro tiempo no es, como ya se acaba de subrayar, la construcción de una teoría del bien jurídico, sino, más bien, de una teoría del bien jurídico penalmente protegido".

78 Iniciaron este movimiento autores como CUELLO CONTRERAS, J. "Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal", *Op. cit.*; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. "Sobre la teoría del "bien jurídico" (aproximación al ilícito penal)", *Op. cit.*, pp. 85 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op. cit.* Posteriormente han seguido con este pensamiento FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, M. D. "Los límites al ius puniendi." *Op. cit.*; MIR PUIG, S. "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi," *Op. cit.*

79 CUELLO CONTRERAS, J. *El derecho penal español: Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, *Op. cit.*

condición penal; c) cuales merecen una total protección penal y, d) donde debe operar una transformación dentro de bienes jurídico-penales ya existentes.

Para poder solucionar satisfactoriamente estas cuestiones resulta indispensable determinar cuáles han de ser los requisitos que un objeto de protección debe poseer para ser merecedor de tutela penal.

Las teorías del bien jurídico-penal más importantes de las elaboradas en nuestro país son las creadas por MIR PUIG⁸⁰ y SILVA SÁNCHEZ⁸¹.

El primero de ellos estima que la protección del Derecho Penal debe aplicarse a aquellos bienes que posean dos condiciones fundamentales: importancia social y necesidad de protección penal.

La importancia social viene determinada por la gravedad de las sanciones que prevé el ordenamiento penal. Es decir, el Derecho penal se caracteriza por la gravedad de las sanciones que está autorizado a imponer (las más duras de todo el sistema legal), por tanto, si un hecho puede ser merecedor de las mismas por constituir un ataque o puesta en peligro de un bien, la trascendencia social de este bien debe ser equiparable a la magnitud de la consecuencia penal.

¿Pero cómo puede fijarse esta importancia social? A tal fin se establecen tres puntos que han concurrir para que esta pueda estimarse:

- Reconocimiento constitucional. La norma fundamental ampara una serie de valores que nuestro ordenamiento está obligado a respetar y proteger y que supone un límite a la actuación de los poderes públicos.
- El individuo debe ser el centro de gravedad a tener en cuenta en el momento de otorgar protección penal. Aunque la tutela recaiga sobre intereses colectivos las personas individualmente consideradas deben ser el eje sobre el que se mueva el amparo que a estos se les conceda.
- Entidad suficiente de la afectación del bien. No basta con que un bien se vea superficial o lejanamente dañado o puesto en peligro; para que la maquinaria penal entre en juego es necesario que el perjuicio producido posea una determinada envergadura.

Por otro lado, la necesidad de protección penal sale a la luz cuando los demás medios de salvaguarda del Derecho se han estimado claramente insuficientes.

El planteamiento sostenido por SILVA SÁNCHEZ establece como rasgos definitorios del bien jurídico-penal los siguientes:

- Dañosidad social cualificada. El ordenamiento debe responder ante aquellos comportamientos que produzcan un daño social, pero solo cuando éste tenga entidad suficientemente grave obtendrá una réplica penal.

80 MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método*, *Op. cit.*

81 SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op. cit.*, pp. 272 y ss.

- Referencia personal (individual) del objeto lesionado. Para los supuestos en que esta no exista, serán otros ámbitos del Derecho los que actúen. Reserva, por ejemplo, la protección de los intereses “difusos” al ordenamiento administrativo.
- Requisitos de la idea de proporcionalidad, que, si bien deben imperar a todo el sistema legal, deben ser más exhaustivos en el ordenamiento penal.
- La Constitución debe ser el punto de referencia de concreción de los objetos de protección penal. Ahora bien, este criterio es importante pero insuficiente por sí mismo para determinar el merecimiento de protección penal de un bien. No todas las circunstancias valoradas positivamente por la Constitución requieren protección penal, es necesario, además un merecimiento y una necesidad de pena.

Por este motivo se opone al pensamiento de BRICOLA⁸² “cuando sostiene que el ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una significativa lesión de un valor constitucionalmente relevante”, pues la utilización única de este criterio no basta para dotar de tutela penal a un bien.

5. FUNCIONES DEL BIEN JURÍDICO PENAL

El bien jurídico penal debe desempeñar las siguientes funciones:

- Función interpretativa: debe otorgar una interpretación adecuada de los tipos penales. COBO DEL ROSAL/VIVES-ANTÓN⁸³ consideran que para cumplir esta misión el bien jurídico no basta, también hay que atender a otros criterios como puede ser la *ratio legis* de la norma. Según MIR PUIG⁸⁴, teniendo claro cuál es el bien jurídico penal que ampara una norma, sabremos exactamente si un comportamiento presuntamente delictivo es atentatorio o no del mismo. Es útil, por tanto, para excluir ataques o puestas en peligro “aparentes” del bien jurídico penal. Pero hay incluso quién va más allá manteniendo ser criterio de interpretación es su única misión, ideado con la sola finalidad de comunicar cual es el objeto de protección de la norma penal⁸⁵.
- Función crítica: para un sector de la doctrina⁸⁶ esta tarea es concebida únicamente como una garantía de los ciudadanos frente al legislador, que solamente podrá castigar aquellas conductas que pongan en peligro o lesionen algún bien

82 SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op. cit.*, p. 273, n.p. 394.

83 COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES-ANTÓN, T. *Derecho Penal. Parte General*, *Op. cit.*, p. 320.

84 MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Retteron, 2001, p. 137.

85 LASCURAIN SANCHEZ, J. A. “Bien jurídico y objeto protegible”, *Op. cit.*

86 COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES, ANTÓN, T. *Derecho Penal. Parte General*, *Op. cit.*; OCTAVIO DE TOLEDO, E. *Sobre el concepto de derecho penal*, *Op. cit.*; RUDOLPHI, H. J. “Los diferentes aspectos del concepto bien jurídico”, *Op. cit.*; TERRADILLOS BASOCO, J. M. “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de la tutela jurídico-penal”, *Op. cit.*

jurídico penal, como garantía al ser humano frente a hipotéticas lesiones de bienes jurídicos⁸⁷. Pero esta concepción es incompleta, además debe revelar al legislador que actividades atentan o ponen en peligro bienes jurídico-penales sin ser sancionadas por el ordenamiento. Necesariamente implica revisar periódicamente el ordenamiento vigente utilizando como criterio un concepto material de bien jurídico. Para GARCÍA ARROYO⁸⁸ esta misión de crítica y límite al *ius puniendi* sólo puede ejercerse desde un auténtico concepto material del bien jurídico.

- Función de medición de la pena: una vez se haya producido un ataque o puesta en peligro del bien jurídico, la gravedad o intensidad del mismo serán factores a tener en cuenta, desde la perspectiva de la antijuricidad material, para precisar la pena.

Estas son las principales funciones⁸⁹ del bien jurídico penal. De menor importancia o, si se quiere, con carácter secundario, el bien jurídico penal tiene encomendada una misión sistemática, tratándose de un medio para clasificar los distintos tipos penales recogidos en la parte especial del Código Penal. COBO DEL ROSAL/VIVES-ANTÓN ven esta función desde una doble perspectiva, la que acabamos de ver y como fundamento de la infracción.

6. CLASES DE BIENES JURÍDICO-PENALES

La titularidad de los bienes jurídico-penales puede recaer en un sujeto o en varios, lo que conlleva que puedan clasificarse en bienes individuales y, en principio, colectivos.

Esta clasificación, que en un primer momento parece sencilla, no sólo no lo es, sino que además conlleva una serie de importantes consecuencias.

6.1. Bienes jurídico-penales individuales

Como su propia denominación indica, son bienes cuya titularidad pertenece a una sola persona. No puede sostenerse, por tanto, la tesis mantenida por HEFENDELH⁹⁰ que

87 POLAINO NAVARRETE, M. "Protección de bienes jurídicos y confirmación de vigencia de la norma ¿dos funciones excluyentes?." *Cuadernos de política criminal* (2007), p. 33.

88 GARCÍA ARROYO, C. "Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración a los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales", *Op. cit.*, p. 14.

89 Para SANTANA VEGA, D. M. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Dykinson, 2000, p. 42, las funciones del bien jurídico son intrasistemáticas y extrasistemáticas. Las primeras consisten en la interpretación teleológica de los tipos, la ordenación y clasificación de los mismos y la determinación o medición de la pena, mientras que la función extrasistemática consiste en señalar que tipos no protegen bien jurídico penal alguno y en avisar de la necesidad de introducir nuevos tipos.

90 HEFENDELH, R. "¿Debe ocuparse el derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto", *Op. cit.*, p. 3.

establece como criterio diferenciador entre bienes individuales y colectivos que pertenezcan o no “a la generalidad”, concibiendo los bienes jurídico-penales individuales como aquellos que sirven a los intereses de una persona o un grupo de personas, frente a los colectivos o universales que sirven a los intereses de muchas personas o de la generalidad, fijando un criterio de no distributividad como delimitador de cada categoría⁹¹.

La posibilidad que un bien individual pueda pertenecer a un grupo de personas se opone frontalmente al propio concepto de individual.

La vida, la integridad física, la propiedad, etc., son los ejemplos tradicionales de bienes jurídico-penales individuales. Pensando en ellos el Estado liberal creó el sistema penal que ha llegado a nuestros días y que hoy se cuestiona. Los bienes jurídico-penales individuales conforman, por tanto, el llamado “Derecho Penal mínimo” (HASSEMER) o “Derecho Penal clásico” (HERZOG).

SANTANA VEGA⁹² divide los bienes jurídico penales individuales en dos categorías. Los primeros, denominados personalísimos, son la vida, la integridad física, la libertad de movimiento, la libertad sexual y el honor. Los segundos, llamados personales, estarían conformados únicamente por el patrimonio.

6.2. Bienes jurídico-penales supraindividuales y la idoneidad del Derecho Penal para su tutela

Los términos para referirse a los bienes jurídico penales pertenecientes a más de una persona son muy diversos⁹³. Se habla de bienes colectivos, universales, supraindividuales, etc.

La denominación de bienes colectivos es de las más populares. El adjetivo colectivo cumple con la misión de manifestar que un bien jurídico-penal pertenece a varios individuos, pero deviene insuficiente para aquellos intereses que pertenecen a la generalidad. Es decir, parece que al hablar de un bien colectivo nos estamos limitando a bienes pertenecientes, por ejemplo, a un determinado grupo étnico o religioso, pero no a una titularidad a gran escala.

Por otra parte, hay autores (HASSEMER) que se refieren a esta clase de bienes como universales. Para que un bien pudiera considerarse universal tendría que estar reconocido por todos los países, y no sólo esto, igualmente debería estar amparado penalmente en cualquier país, lo que deriva en una inexistencia fáctica de bienes jurídico penales universales.

91 Según este autor, un bien será colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible dividirlo en partes y asignar una porción de éste a un individuo.

92 SANTANA VEGA, D. M. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, *Op. cit.*, p. 42.

93 Para un análisis en profundidad de las clasificaciones de estos bienes jurídicos vid. SOTO NAVARRO, S. “Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos.” *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 58 (2005): p.p.887-918; PEREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C. *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*. Valencia: Tirant lo blanch, 2019.

BUSTOS RAMÍREZ⁹⁴ se muestra contrario a hablar de bienes jurídico-penales supraindividuales porque entiende que no puede existir una categoría de bienes que se encuentre por encima de los individuos o más allá de ellos. Son los bienes supraindividuales los que giran alrededor de todos y cada uno de los miembros de la sociedad y no al revés. Pero BUSTOS RAMÍREZ toma un punto de partida equivocado. Considero que cuando SILVA SÁNCHEZ o CUELLO CONTRERAS hablan de bienes jurídico penales supraindividuales no lo hacen concibiéndolos como una clase de bienes que se hallen en relación de superioridad sobre las personas, sino que aluden simplemente a bienes jurídico-penales pertenecientes a más de una persona, por lo que esta nomenclatura se presenta como la más adecuada.

El gran aumento de bienes supraindividuales que ha tenido lugar en las últimas décadas ha provocado diferentes corrientes a favor y en contra de su posible tutela penal.

La facilidad con la que los bienes supraindividuales pueden ser influenciados políticamente⁹⁵, el abuso en la creación de delitos de peligro abstracto para protegerlos penalmente⁹⁶, su utilización únicamente con carácter simbólico, dejando al margen el principio de intervención mínima⁹⁷ y la pérdida de claridad de la distinción entre ilícitos administrativos y penales⁹⁸, han conformado una serie de circunstancias que han provocado una degradación del concepto de bien jurídico⁹⁹ y una corriente doctrinal opuesta a que el Derecho Penal ampare bienes de esta categoría.

Pero resulta innegable que en la sociedad actual los bienes supraindividuales constituyen un medio de autorrealización social del individuo¹⁰⁰.

A las críticas sobre la ineficacia del Derecho Penal cuando tutela bienes supraindividuales, PORTILLA CONTRERAS ha resaltado que la eficiencia del sistema penal respecto de los bienes jurídico-penales individuales no se ha demostrado que sea mayor, como tampoco se ha probado la existencia de medios más adecuados para ampararlos.

94 BUSTOS RAMÍREZ, J. J. *Control social y sistema penal (Del estado actual de la teoría del injusto)*. Promociones y Publicaciones Universitarias, 1987, p. 196.

95 HASSEMER, W. "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", *Op. cit.*; SANTANA VEGA, D. M. La protección penal de los bienes jurídicos colectivos, *Op. cit.*

96 PORTILLA CONTRERAS, G. "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", *Op. cit.*

97 PORTILLA CONTRERAS, G. "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", *Op. cit.*

98 HASSEMER, W. "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", *Op. cit.*

99 Esta idea, mantenida por HASSEMER y MIR PUIG, la recoge PORTILLA CONTRERAS, G. "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", *Op. cit.*

100 SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op. cit.*

Del mismo modo, la tipificación de esta clase de bienes no pasa necesariamente por la creación de delitos de peligro abstracto¹⁰¹, aunque haya que admitir que en la mayoría de las ocasiones el legislador se decanta por esta opción.

Por todo cuanto se ha expuesto, estimo que la postura más razonable es la encauzada por HASSEMER¹⁰², que defienden la protección penal de los bienes supra-individuales tomando al individuo como punto de referencia. Los bienes jurídicos supra-individuales, entendidos como intereses al servicio del ser humano y no de las instituciones o del Estado, debe constituir un criterio rector de la política criminal. Según HASSEMER, la función de este concepto de bien jurídico es dar a las discusiones jurídicas determinada línea argumental, como es, en este caso, la concepción personal en la elección de los objetos de protección penal¹⁰³.

6.3. Bienes jurídicos intermedios e intereses difusos

La categoría de bienes jurídicos intermedios ha sido acuñada por TIEDEMANN¹⁰⁴, para referirse a aquellos bienes jurídicos supra-individuales lesionados a través de actos atentatorios contra bienes jurídicos individuales, insuficientes aisladamente considerados.

Dentro de nuestro país, este concepto ha sido acogido por ALCÁCER GUIRAO, entendiendo que, junto con los bienes jurídicos institucionales¹⁰⁵ configuran los bienes jurídico-penales colectivos; pero es negada por CUELLO CONTRERAS¹⁰⁶ para

¹⁰¹ PORTILLA CONTRERAS, G. “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos”, *Op. cit.*

¹⁰² HASSEMER, W. “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, *Op. cit.*

¹⁰³ En este sentido GARCIA ARROYO, C. “Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración a los bienes jurídicos supra-individuales-institucionales”, *Op. cit.*, considera que *en una época en la que la socialización aumenta, el Derecho penal debe adaptarse a la evolución y el cambio social y favorecer los intereses de la persona frente a los de la Sociedad y el Estado, dado que ésta es la única forma de legitimar la intervención penal por el Estado, desde la perspectiva de una Política criminal clara, controlable y orientada a la persona y por ello, sólo así se podrá evitar que se impongan determinadas decisiones o se aplique el Derecho en un determinado sentido dependiendo de quien tenga el poder en cada momento histórico. Así, la concepción personalista del bien jurídico conlleva una política de Derecho Penal firmemente vinculada a principios constitucionales y que justifica la intervención del Derecho Penal solamente cuando hay intereses humanos dignos de protección.*

¹⁰⁴ En España recogen esta idea ALCÁCER GUIRAO, R. “La protección del futuro y los daños cumulativos.” *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 4 (2004). www.criminet.es, p.8.; CUELLO CONTRERAS, J. *El derecho penal español: Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, *Op. cit.*, p. 81; SANTANA VEGA, D.M. La protección penal de los bienes jurídicos colectivos, *Op. cit.*, p. 90.

¹⁰⁵ Define los bienes institucionales como aquellos que comprenden realidades sociales que son verdaderos bienes públicos, instituciones esenciales para el desarrollo social, basadas en la participación de sus integrantes y que, por ello, su lesión tiene carácter autónomo ALCÁCER GUIRAO, R. “La protección del futuro y los daños cumulativos”, *Op. cit.*, p. 8.

¹⁰⁶ CUELLO CONTRERAS, J. *El derecho penal español: Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, *Op. cit.*, p. 81.

quien TIEDEMANN confunde este tipo de bienes con los daños cumulativos. Un bien jurídico requiere o no tutela penal, pero no puede erigirse como una categoría *puente*, como un anticipo a una lesión de un bien jurídico-penal.

Por su parte, en 1975 SGUBBI creó un término con el que pretendía sustituir la figura de los bienes jurídico-penales¹⁰⁷: los intereses difusos (*interessi diffusi*) que engloban aquellos intereses mayoritarios de nuevo cuño, que ha decantado el desarrollo económico y técnico en los últimos decenios, para cuya tutela se reclama en ocasiones la intervención penal. Se trata de nuevos intereses colectivos, a los que se ha adjetivado como difusos por hallarse difundidos entre amplias capas de la sociedad¹⁰⁸.

Los rasgos definitorios de los intereses difusos son, según MORALES PRATS¹⁰⁹, los siguientes:

Las técnicas de tutela tradicionales se revelan ineficaces cuando se aplican sobre ellos.

Requieren un complejo entramado institucional de organización y control para una adecuada protección penal.

Tratar de eliminar el origen de los intereses difusos resulta inimaginable ya que se encuentra dentro de sectores de actividad socialmente necesaria.

La vulneración de esos intereses es presentada como una disfuncionalidad del sistema, los intereses forman parte del mismo. En ningún caso el sistema penal va a buscar su supresión.

En la discusión sobre si los intereses difusos deben ser o no protegidos por el Derecho Penal, MIR PUIG¹¹⁰ argumenta que, dentro de un Estado social como es el nuestro, es necesario medir la repercusión que tienen sobre cada individuo. No será suficiente con una afectación muy leve o abstracta de las condiciones de vida de muchos individuos. La lesión o puesta en peligro de estos intereses precisan una importancia determinada y una cierta gravedad.

Uno de los mayores problemas a la hora de fijar la tutela penal de los intereses difusos consiste en encajar acertadamente la protección penal con el resto de disciplinas que regulan una determinada materia.

107 BUSTOS RAMÍREZ, J. J. *Control social y sistema penal (Del estado actual de la teoría del injusto)*, *Op. cit.*, recoge esta idea de SGUBBI, para quién los bienes jurídicos eran una sublimación e ideologización burguesa del concepto privatístico de derecho subjetivo. También SANTANA VEGA, D. M. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, *Op. cit.*, p. 40.

108 MIR PUIG, S. "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi." *Estudios de Política Criminal*, 14 (1990), p. 201.

109 MORALES PRATS, F. "Técnicas de tutela penal de los intereses difusos." BOIX REIG, J. *Intereses difusos y derecho penal*. Consejo General del Poder Judicial, 1994. 73-92.

110 MIR PUIG, S. "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi", *Op. cit.*, pp. 212 y ss.

El Derecho Penal “clásico” no sirve para proteger intereses difusos. Para la tutela penal de los intereses difusos debe lograrse dependencia/ accesoriedad La estabilidad entre la de la regulación penal y extrapenal. La búsqueda de este equilibrio debe materializarse sabiendo que estos intereses se definen por:

Pertenecer a actividades en las cuales el peligro viene por comportamientos producidos repetidamente, en cadena.

Las actividades generadoras de peligro para los intereses difusos provienen del ámbito socialmente necesario a pesar del riesgo que conllevan.

Como consecuencia de lo anterior, para que el Derecho Penal pueda intervenir en estos campos se requiere que, previamente, se haya constituido un modelo legal de los mismos.

Una buena coordinación de la normativa penal con la del resto de sectores del ordenamiento se erige como pilar básico de una adecuada tutela penal.

Para que la protección penal se realice de forma adecuada, previamente a su establecimiento hay que fijar:

- Los objetos que verdaderamente requieren salvaguarda penal.
- Los orígenes del peligro.
- Las modalidades de ataque con las que el Derecho Penal va a tener que enfrentarse.

Obviamente, la protección penal de los intereses difusos debe estar presidida por los principios de fragmentariedad y ultima ratio. La normativa penal aparecerá como “el cierre del sistema institucional de cada actividad (...) conforme a un modelo institucional programado”.

La ofensividad del bien jurídico protegido debe ser el criterio de selección a elegir en el momento de configurar los comportamientos sancionables penalmente.

En la mayoría de los casos se trata de sectores altamente especializados, lo que hace necesaria una adecuada formación de todos los profesionales implicados en la creación y aplicación de las normas.

Todo cuanto acabamos de exponer manifiesta la ineludible, por necesaria, y difícil tarea del legislador de tipificar adecuadamente los comportamientos que pongan en peligro o lesionen intereses difusos.

7. PANORAMA ACTUAL Y RETOS PARA EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO

La teoría del bien jurídico tiene frente a sí retos a los que dar respuesta para seguir siendo estimada un instrumento imprescindible del sistema penal.

7.1. Elevada complejidad social

Los conflictos presentes a los que, tanto la teoría del bien jurídico como todo el sistema penal, deben hacer frente y tratar de solucionar vienen marcados por la sociedad contemporánea.

Las circunstancias sociales hoy en día no son las mismas en las que se originó el Derecho Penal, ni los problemas que plantea son de igual índole. Actualmente nos encontramos ante un entorno caracterizado por la complejidad¹¹¹ en el que influyen múltiples factores que es necesario enumerar. Podemos hablar del fenómeno de la globalización, de la influencia de los medios de comunicación en los ciudadanos a la hora de crear o resaltar una necesidad (tal vez exagerada o inventada) de tutela penal, de la poderosa influencia de las grandes estructuras económicas, del uso por parte del poder político del ordenamiento penal para fines electorales o para tratar de solucionar conflictos que de otro modo no saben, no pueden o no quieren, etc.

Esta mezcolanza de diversas circunstancias ha dado lugar a la llamada “sociedad de riesgos”, en la que los individuos tienen la permanente sensación de inseguridad debido a todos los factores que acabamos de mencionar.

Los riesgos a los que nos enfrentamos hoy día pueden clasificarse¹¹² como:

- Tradicionales.
- Procedentes de la sociedad industrial.
- Generados por la modernidad.

Merece la pena resaltar que unos no excluyen a los otros, sino que conviven todos juntos.

Consecuencias de esta situación son:

- Los riesgos vienen producidos por los “daños cumulativos”, la suma de múltiples acciones individuales que aisladamente no son especialmente dañinas, genera un gran perjuicio social, no solo en el presente, constituye también un “legado” a las generaciones futuras.
- La identificación entre autor y víctima¹¹³. La misma persona que realiza un comportamiento no especialmente lesivo en sí mismo considerado pero cuya acumulación a gran escala si lo es, pasa a ser la perjudicada por esta suma de acciones. Paradigma de este fenómeno es del Derecho Penal del Medioambiente.

111 GONZÁLEZ RUS, J. J. *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*, *Op. cit.*

112 Siguiendo a Beck, en nuestro país siguen esta clasificación LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. “El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos.” *Revista del Poder Judicial*, 48 (1997):pp. 292 y ss; PEREZ DEL VALLE, C. “Sociedad de riesgos y reforma penal.” *Poder Judicial*, 43-44 (1996), pp. 62-63.

113 Contrario a esta idea, HASSEMER considera que los delitos del Derecho Penal moderno tienen una víctima lejana o carecen de ella (HASSEMER, W. “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno”, *Op. cit.*, p. 242).

El Derecho Penal actual se caracteriza¹¹⁴ por una legitimación concedida para la protección de bienes individuales, por una imputación basada en la responsabilidad subjetiva e individual, por dirigir el principio de lesividad hacia un resultado material perfectamente tangible y por servirse de una relación causa-efecto perfectamente contrastable, pero sobre todo por ser ineficaz frente a los problemas que el modelo social actual que, a grandes rasgos, hemos expuesto, comporta y que voy a tratar de analizar a continuación.

7.2. El principio del daño como posible alternativa a la teoría del bien jurídico-penal

Ante las dificultades que en algunos sectores, atraviesa la teoría del bien jurídico penal, la doctrina alemana analiza si el principio del daño o *harm principle* puede ser una alternativa en diversas áreas como la protección de los bienes jurídico-penales, colectivos y la ampliación de tutela penal en campos, como la protección penal del medio ambiente.

Varios autores¹¹⁵ plantean la incapacidad de la teoría del bien jurídico penal para otorgar respuestas satisfactorias a los retos que se plantean y, para tratar de solventar sus carencias, acuden al principio del daño que utiliza la doctrina anglosajona, analizando si se puede utilizar o podemos apropiarnos de ella para sustituir a la teoría del bien jurídico-penal.

El principio del daño nace de la obra de STUART MILL *On liberty* del año 1859. Su premisa consiste en que todo comportamiento humano debe ser libre hasta tanto o en cuanto no haga daño a otra persona

Este planteamiento posteriormente se ha desarrollado por FEINBERG en su obra *Moral limits of the Criminal Law*. Este trabajo desarrolla el principio del daño y analiza si, con este presupuesto, el Estado está legitimado para criminalizar determinadas conductas. Esta sería la primera fase de este principio.

El principio del daño mantiene que se puede sancionar penalmente un comportamiento siempre y cuando sea lesivo para los demás. Cualquier comportamiento será lícito siempre y cuando no haga daño a nadie, pero en el momento que daña a otros es suficiente para sancionar penalmente. Según este planteamiento este principio no

114 ALCACER GUIRAO, R. “La protección del futuro y los daños cumulativos”, *Op. cit.*, p.4.

115 Vid. SEHER, G. “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico.” HEFENDEHL, ROLAND, ANDREW V. HIRSCH Y WOLFGANG. *La Teoría del bien jurídico fundamento*. Marcial Pons, 2016, pp. 65-87; KAHLO, M. “Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho Penal.” HEFENDEHL, R, ANDREW V. HIRSCH Y WOLFGANG W. *La Teoría del bien jurídico fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons, 2016, pp. 49-64; HIRSCH, A. “El concepto de bien jurídico y el principio del daño.” HEFENDEHL, A V. HIRSCH Y WOLFGANG W. *La teoría del bien jurídico fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons, 2016, pp. 33-48.

operaría cuando la lesión me la causo a mí mismo. No protege, por así decirlo, frente a lesiones que pueda causarme a mí mismo.

Una de las críticas que se realiza al *harm principle* es la ausencia de graduación para fijar cuando una lesión debe ser sancionada por la Ética, cuando por el Derecho y cuándo, por el Derecho penal. La distinción no está claramente establecida.

La razón la expone FEINBERG, desarrollando el discurso de STUART MILL. Mantiene que por daño entendemos una lesión de intereses, intereses relacionados con el bienestar. Mi bienestar se ve afectado no solamente por comportamientos graves o delictivos, también por acciones contrarias a la Ética o la Moral. Por ejemplo, el adulterio, que ya no está penalizado por el Derecho Penal si lo estaría conforme a este principio del daño porque esa situación puede crear un malestar. Sin embargo, hoy en día, con la separación de la Moral y la Ética del Derecho y más aún, del Derecho penal, no sería viable. En este aspecto el principio del daño flaquea.

Otra carencia del principio del daño es la limitación de su utilidad al Derecho Penal clásico, el Derecho penal de protección de bienes jurídicos individuales, pero qué su argumentación es débil cuando nos vamos a otras instancias más actuales, como la protección de intereses colectivos. Para proteger estos intereses se emplea la técnica de tipificar mediante delitos de peligro abstracto, incluso delitos de mera actividad en lo que el principio del daño afronta bastantes dificultades.

Estos argumentos han llevado a autores como SEHER a mantener que este principio proporciona cierta utilidad como forma de justificar o de argumentar la incriminación de determinadas conductas, pero no nos vale como único criterio de fundamentación, queda limitado a un buen criterio recto¹¹⁶.

HIRSCH, en línea con el planteamiento de FEINBERG, amplía y desarrolla el principio del daño de STUART MILL sosteniendo que no solamente hay que sancionar conductas dañosas, sino que se puede utilizar este principio para conductas de riesgo que puedan generar un resultado lesivo. Aparte introduce, una serie de principios según los cuáles para sancionar una conducta, no basta simplemente con que causar daño a otro individuo. Nos encontraríamos con el problema que cualquier cosa que cause daño a otro, aunque sea no tenga relevancia penal, tan sólo un comportamiento ni ético, podría estar amparado por ese principio. FEINBERG lo que sugiere es la necesidad de establecer una serie de *mediating principles* que permiten medir la intensidad de la probabilidad del daño, la relevancia del interés que intenta proteger, el grado de limitación de la libertad personal del autor y el valor social del comportamiento. Establece una distinta una graduación del daño para ver qué comportamientos según este principio, son penalmente sancionables y cuáles no.

Para este autor¹¹⁷ la noción angloamericana de *harm principle* sirve para extraer

116 SEHER, G. "La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico", *Op. cit.*

117 HIRSCH, Av. "El concepto de bien jurídico y el principio del daño." HEFENDEHL, R.. HIRSCH

algunos conocimientos, instructivos, acerca del fundamento y la estructura del bien jurídico, pero se manifiesta insuficiente.

Tampoco KHALO ve en el *harm principle* una alternativa a la teoría del bien jurídico penal, no es un concepto equivalente o que pueda sustituir al bien jurídico penal¹¹⁸. El principio del daño implica solamente una base positiva a este principio, pero que no se puede aquí equiparar a la teoría del bien jurídico. Para que se pudiera dar esa equiparación sería necesario definir de modo más preciso y selectivo el concepto de lesividad social.

Contrario también a abandonar la noción de bien jurídico penal se muestra SEHER para quién la función crítica que tiene el bien jurídico penal, que la convierte en una herramienta muy adecuada. Para este autor, el concepto de bien jurídico no es un instrumento de legitimación de normas¹¹⁹, sino que es producto de los principios que hemos visto.

7.3. El crecimiento del Derecho Penal

Basta con echar un rápido vistazo a la legislación penal para comprobar que el ordenamiento penal se está ampliando hacia esferas sobre las que tradicionalmente antes no había hecho aparición, bien porque estas realidades, como distingue SILVA SÁNCHEZ¹²⁰:

- Son nuevas, hasta una época reciente no existían. El entorno que nos rodea evoluciona con el tiempo, se transforman su funcionamiento, su estructura, sus valores, etc. Surgen objetos de protección propios de la sociedad de nuestro tiempo.
- Responden a realidades tradicionalmente abundantes, pero hoy escasas. El caso más significativo es el Medio Ambiente, que hasta hace poco tiempo se consideraba un bien ilimitado que no hacía falta proteger pero que en las últimas décadas ha revelado su importancia para el ser humano y la necesidad de su defensa.
- Siempre han estado ahí pero su valor se ha visto incrementado, por ejemplo, el patrimonio histórico.

y WOLFGANG, W. *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons, 2016. p.48.

118 KAHLO, M. "Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho Penal", *Op. cit.*, p. 57.

119 SEHER, G. "La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico", *Op. cit.*, p.87.

120 SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid. Civitas. 1999, p. 25.

Lo que se trata de dilucidar es si la apertura del ordenamiento penal a estas nuevas necesidades de tutela es acertada o no. Como es de esperar ante un problema penal de gran trascendencia como es éste, existen argumentaciones a favor y en contra del mismo.

Quienes se muestran contrarios a esta ampliación del ordenamiento jurídico penal (HASSEMER¹²¹, HERZOG¹²² consideran que se produce un sacrificio de los principios que sustentan el Derecho Penal. Los principios de igualdad y solidaridad se olvidan en aras de la prevención, el principio de taxatividad se deja de lado en la búsqueda de una “flexibilización” del ordenamiento penal. Se ablanda el sistema de garantías penales.

Ya no se concibe el Derecho Penal como un instrumento de protección de bienes jurídicos, ahora es un mecanismo utilizado por el poder político para solucionar los grandes conflictos sociales. Buscando la eficacia se producen cambios cuya constitucionalidad es dudosa.

Para estos fines se protegen bienes jurídicos colectivos mediante delitos de peligro abstracto. En realidad, lo que se ampara son las instituciones sociales, formuladas en los tipos penales con vaguedad, sin estar debidamente delimitadas. El comportamiento englobado en los delitos de peligro abstracto no es más que realizar una conducta potencialmente peligrosa, sin exigir que se produzca ninguna lesión. Muchas veces estos instrumentos no son perjudiciales en cuanto tales sino por convertirse en un remedio para dar una presunta protección a supuestos problemáticos¹²³.

Parece ser que el legislador no se ha dado cuenta que el Derecho Penal no es una varita mágica con la que se puedan solucionar satisfactoriamente las situaciones de peligro debido a que, por los medios que posee, está limitado. La respuesta frente a los riesgos sería mucho más completa y eficaz si se utilizase conjunta y armoniosamente todas las ramas del ordenamiento jurídico y los criterios de actuación en esta materia fueran claros¹²⁴.

HASSEMER¹²⁵ aboga por una reducción del Derecho Penal a un núcleo mínimo. Este objetivo se logra definiendo los bienes jurídicos colectivos con claridad, creándolos en atención a los bienes jurídicos individuales y desprendiéndose de los nuevos problemas que han surgido recientemente y de los que se ha responsabilizado cuando lo mejor sería que no lo hubiera hecho.

121 HASSEMER, W. “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno”, *Op. cit.*

122 HERZOG, F. “Límites al control penal de los riesgos sociales, una perspectiva crítica ante el Derecho penal en peligro.” *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 46.1 (1993).

123 HEFENDELH, R. “¿Debe ocuparse el derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto.” *Op. cit.* p.7. califica el uso de los delitos de peligro abstracto como “aquel cajón de sastre donde guardamos todos los casos problemáticos”.

124 PEREZ DEL VALLE, C. “Sociedad de riesgos y reforma penal.” *Op. cit.* pp. 9 y ss. entiende que el uso de leyes penales en blanco, la superposición de sanciones administrativa y penales, etc., es consecuencia de esta falta de claridad.

125 HASSEMER, W. “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno”, *Op. cit.*, pp. 248 y ss.

La propuesta de HERZOG¹²⁶ pasa por crear bienes jurídicos aprehensibles, por conceder especificidad y estabilidad a las definiciones legales en el ámbito de lo punible, por ceñirse a las actuaciones que realmente tiene encomendadas la justicia penal y por una permanente revisión de la eficacia, la justicia y la proporcionalidad del derecho penal de riesgo.

En el lado opuesto a las ideas que acabamos de exponer LÓPEZ BARJA DE QUIROGA¹²⁷ se muestra a favor de un ordenamiento penal que encaje en la “sociedad de riesgos”. No hacerlo así supondría quedarse atrás, no ser capaz de asumir las nuevas necesidades penales que son relevantes socialmente. El Derecho Penal ha de estar a la altura de las circunstancias, buscando los medios precisos y adecuados que son, a su juicio:

- Flexibilizar los tipos penales mediante el recurso de las leyes penales en blanco.
- Olvidarse de la técnica legislativa centrada en el resultado.

El “Derecho Penal de dos velocidades” es¹²⁸ una teoría intermedia en la dialéctica garantías penales-efectividad del sistema, elaborada por SILVA SÁNCHEZ¹²⁹ en la búsqueda de una expansión razonable del Derecho Penal. Es un pensamiento que separa los ilícitos penales en dos bloques:

Los sancionados con penas privativas de libertad, cuya tipificación se basa en el establecimiento de las mayores garantías.

Los vinculados a otro tipo de sanciones de menor gravedad, que conllevarán unos criterios de imputación y un sistema de garantías más flexibles.

Contrario a esta teoría CUELLO CONTRERAS¹³⁰ por considerar que la administrativización del Derecho Penal no supone un salto cualitativo hacia abajo en el sentido de perder importancia por abandonar esta rama del ordenamiento, porque la supuesta rebaja de garantías de que habla SILVA SÁNCHEZ, a su juicio no es tal, y porque no sería lógico mantener el salto cualitativo que propone entre unos delitos y otros pensamientos que separa los ilícitos penales en dos bloques:

126 HERZOG, F. “Límites al control penal de los riesgos sociales, una perspectiva crítica ante el Derecho penal en peligro”, *Op. cit.*, p. 323. HASSEMER, W. “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno”, *Op. cit.*

127 LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. “El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos”, *op. cit.*, p. 291.

128 También se posiciona a favor de “una diferenciación dentro del derecho penal” ESER, A. “Una justicia penal “a la medida del ser humano” en la época de la europeización y la globalización.” *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: UNED, 2001, pp. 25 y ss.

129 SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, *Op. cit.*, pp. 159 y ss.

130 CUELLO CONTRERAS, J. *El derecho penal español: Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, *Op. cit.*, pp. 70 y ss.

- Los sancionados con penas privativas de libertad, cuya tipificación se basa en el establecimiento de las mayores garantías.
- Los vinculados a otro tipo de sanciones de menor gravedad, que conllevarán unos criterios de imputación y un sistema de garantías más flexibles

7.4. La tutela de los intereses de las generaciones futuras y la protección penal de los daños acumulativos

El uso inadecuado de los actuales avances tecnológicos y científicos pueden traer consigo posibles perjuicios para las generaciones presentes y futuras, y el comportamiento contemporáneo de la ciudadanía tendrá repercusiones en las generaciones futuras. Por esta razón la doctrina penal se plantea si debe existir un “Derecho Penal del futuro, es decir, si el Derecho Penal debe proteger intereses de las generaciones venideras”.

Reaccionar a priori ante un daño y no posteriormente cuando éste ya se ha cometido y su reparación se convierte en una misión más difícil y menos efectiva, es una finalidad que justifica la tutela de los intereses de las generaciones futuras. Pero más que esta idea de prevención, debe primar, según ha resaltado ESER, el fin social del Derecho Penal por el que “no hay que pensar solamente en la protección de nuestros coetáneos y el aseguramiento frente a ellos, sino también en el bienestar de las generaciones futuras: al igual que nosotros nos beneficiamos del rendimiento de nuestros predecesores (...) así, el sancionamiento de lesiones jurídicas debe orientarse también a la estabilización de normas de protección a favor de nuestros sucesores”.

Por su parte ALCÁCER GUIRAO¹³¹ mantiene que el ordenamiento penal que tenemos hoy en día protege a las generaciones futuras a través de la tutela que otorga al medioambiente, pero que esta protección no se presta por los cauces adecuados.

Apela a la idea de solidaridad en base a la cual existe un deber de mantenimiento de las condiciones futuras de la Humanidad. Conforme a la solidaridad existe una exigencia de renuncia de derechos propios a favor de otros individuos.

En conexión con la idea de tutela de los intereses de las generaciones venideras, se plantea si el Derecho Penal es un instrumento idóneo para proteger bienes jurídicos cuya importancia trasciende el presente, siendo el ejemplo más significativo el medio ambiente, a través de la sanción de los daños acumulativos o no.

Por daños acumulativos entendemos acciones individuales que realizadas individual y aisladamente no poseen entidad suficiente para dañar o poner en peligro un bien jurídico, pero que si tendrían esta consecuencia si se efectuasen por un número considerable de ciudadanos¹³².

¹³¹ ALCÁCER GUIRAO, R. “La protección del futuro y los daños acumulativos”, *Op. cit.*

¹³² BUSTOS RUBIO, M. “Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto el paradigma de la acumulación en el derecho penal.” *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 70 (2017), p. 307,

Es la solidaridad con las generaciones futuras y el fin social del Derecho Penal que he mencionado con anterioridad, el principal argumento para sancionar estos comportamientos.

Existen otros elementos que entran en juego que desaconsejan que los daños acumulativos sean sancionados por el ordenamiento penal, considerando más adecuado el derecho administrativo sancionador. Entre ellos el adelantamiento que supone de las barreras punitivas, la falta de entidad suficiente de estos comportamientos para que se respete el principio de lesividad del Derecho Penal y, especialmente, la vulneración del principio de proporcionalidad de la pena. Fijar penas en muchos casos privativas de libertad, para actos que por sí mismos, carecen de desvalor suficiente para dañar o poner en peligro el bien jurídico es inadecuado, además de inservible para la prevención general y especial de la pena¹³³.

Tras un preciso análisis de la figura de los delitos cumulativos elaborada por un sector de la doctrina alemana¹³⁴, PÉREZ-SAUQUILLO sostiene que “aquellos delitos cuya conducta típica resulta a todas luces no peligrosa o insignificamente peligrosa por sí misma para lesionar o pone en peligro al bien jurídico supraindividual protegido vulnerarían los principios de ofensividad, intervención mínima o proporcionalidad; lo mismo sucedería ante aquellos tipos penales más interpretables [...] cuando se admiten cómo típicas conductas carentes por sí mismas de peligrosidad”¹³⁵.

7.5. La efectividad del Derecho Penal

Un gran reto del Derecho Penal contemporáneo es ser eficaz. Por eficacia en el Derecho Penal¹³⁶ se entiende conductas cuyos beneficios globales (sociales) superen a los costes. El delito es un acto ineficiente que hay que evitar. La base de este pensamiento es que los delincuentes potenciales calculan los costes y beneficios de la comisión de un delito (aunque se reconoce que esto no es así en todos los casos), por tanto, se realiza un cálculo de eficiencia que repercute en la norma incluyendo en ella costes adicionales a la comisión del delitos o beneficios extras a su no comisión.

considera que “la ejecución de uno sólo de estos comportamientos resulta inocua para el bien jurídico supraindividual que pretende tutelarse con la norma, más la repetición a futuro de dichos comportamientos por un conjunto de sujetos si podría poner en peligro dichos intereses”.

133 ALCACER GUIRAO, R. “La protección del futuro y los daños cumulativos”, *Op. cit.*, p. 171.

134 PEREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C. *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, *Op. cit.*

135 PEREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C. *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, *op. cit.*, p. 275.

136 SILVA SANCHEZ, J. M. “Eficiencia y Derecho Penal.” *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 49.1 (1996), p. 96.

Las mayores disfuncionalidades¹³⁷ a las que se enfrenta son, primero, que ante un déficit de funcionamiento se aumenta la represión, segundo, los sectores sobre los que recae son cada vez mayores y, además, su actuar en estos campos es meramente simbólico, cuando la experiencia ha demostrado que no son estas las soluciones más apropiadas para resolver los problemas que se plantean al ordenamiento jurídico penal y que, por si fuera poco, ha dado de lado a sus garantías fundamentales.

Para lograr que esto no sea así se requiere un planteamiento de eficiencia que se enfoque a dos momentos fundamentales, antes de la comisión de los delitos, para evitar que se realicen el menor número de infracciones penales posibles y, posteriormente a las mismas, a fin de que en la respuesta que se produzca se empleen los instrumentos jurídico-penales más apropiados.

Pues bien, para prevenir la comisión de delitos se proponen por parte de la doctrina¹³⁸ medidas como: 1. El aumento de la vigilancia a los ciudadanos (siendo conscientes que en supuestos de crímenes pasionales y aquellos que no afectan a un objeto visible externamente la utilidad de este control se reduce notablemente), respetando su parcela más íntima y privada en la que el Derecho no puede interferir; 2. Fomentar más la medida de seguridad frente a la pena, adecuándolas una y otra a cada caso concreto; 3. Dentro de unos límites y bajo control estatal, para aquellos comportamientos en los que puede materializarse, incentivar las alternativas a la formal condena judicial; 4. Debido a que penas como, por ejemplo, la de multa, son más efectivas, más humanas y más baratas que la privativa de libertad para la “baja criminalidad”, optar por estas en lugar de la restricción de la libertad; 5. Consecuentemente con la medida anterior, decantarse por nuevas penas o medidas de seguridad más enfocadas hacia la voluntariedad, como puede ser la reparación del daño o el trabajo en beneficio de la comunidad.

Una vez que el delito se ha cometido reviste gran importancia la decisión judicial que se adopte al respecto¹³⁹, que debe ser coherente con el resto del sistema y con el contexto social en que se aplica. La decisión judicial ha de ser la más beneficiosa para los intereses generales, pero sin olvidar que debe ser factible y eficiente. Deben tenerse en cuenta argumentos como la incidencia que estas puedan tener en las negociaciones entre el delincuente y la víctima.

Los obstáculos que nos encontramos son la falta de información sobre las alternativas de actuación disponibles y sus consecuencias, que puede ser suplida con la fijación de un baremo mínimo de conocimientos y capacidades para todo aquel que ocupe una determinada posición en el tráfico jurídico; y la valoración que pueda concederse a estas alternativas.

137 HASSEMER, W. “El destino de los derechos de los ciudadanos en un Derecho Penal eficaz.” *Estudios penales y criminológicos*, 15 (1990-1991).

138 ROXIN, C. “¿Tiene futuro el Derecho penal?” *Revista del poder judicial*, 49 (1998): 379-392.

139 PAREDES CASTAÑÓN, J. M. “El límite entre imprudencia y riesgo permitido en el Derecho Penal ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?” *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 49.3 (1996).

Todo lo que hemos visto debe ser debidamente estudiado y, sobre todo, puesto en práctica para lograr la eficacia penal deseada.

8. CONCLUSIONES

El concepto de bien jurídico penal se ha convertido, desde su nacimiento a mediados del siglo XIX en una piedra angular del Derecho Penal.

A lo largo de su evolución ha ido creciendo y enriqueciéndose con elementos que le permiten dar las respuestas y cumplir las funciones que el sistema penal le requiere.

Esta misión puede realizarse a través de la definición no de un bien jurídico sino de un bien jurídico penal, que necesariamente requiere que su lesión o puesta en peligro produzca una dañosidad social cualificada, una referencia personal, que se adecua al principio de proporcionalidad y que pueda encajar dentro del marco jurídico creado por la Constitución

Su carácter constitucional se encuentra vinculado con la conexión de la Norma Suprema con la protección de los derechos fundamentales de la persona.

La teoría del bien jurídico penal permite encontrar que bienes, de diferentes tipos, deben ser objeto de tutela penal, y cuales no, sin que se hallan encontrado alternativas satisfactorias a ella.

9. BIBLIOGRAFÍA

ÁLCACER GUIRAO, Rafael. “La protección del futuro y los daños cumulativos.” *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 4 (2004). <www.criminet.es>.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. “Bien jurídico y Constitución.” *Cuadernos de Política Criminal* (1991): 5-44.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “Bien jurídico penal, más allá del constitucionalismo de los derechos.” *Estudios penales y criminológicos*, 29 (2009): 61-106.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan José. *Control social y sistema penal (Del estado actual de la teoría del injusto)*. Promociones y Publicaciones Universitarias, 1987.

– *Manual de Derecho Penal Español. Parte General*. Ariel, 1983.

BUSTOS RUBIO, Miguel. “Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto el paradigma de la acumulación en el derecho penal.” *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 70 (2017): 293-327.

CARRASCO JIMÉNEZ, Edison. “La “teoría material del bien jurídico” del sistema Bustos / Hormazábal.” *Estudios penales y criminológicos*, 35 (2015): 239-289.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES- ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant Lo Blanch, 1996.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El derecho penal español: Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*. Madrid: Dykinson, 2002.

– “Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal.” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1981): 461-484.

ESER, Albin. “Una justicia penal “a la medida del ser humano” en la época de la europeización y la globalización.” *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: UNED, 2001. 15-38.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María Dolores. “Los límites al ius puniendi.” *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 3.47 (1994): 87-114.

GARCÍA ARROYO, Cristina. “Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración a los bienes jurídicos supraindividuales- institucionales.” *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 24 (2022).

GÓMEZ BENÍTEZ, Jose Manuel. “Sobre la teoría del “bien jurídico” (aproximación al ilícito penal).” *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 69 (1983): 85-112.

GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*. Madrid: Fundación Juan March, 1983.

HASSEMER, Winfried. “El destino de los derechos de los ciudadanos en un Derecho Penal eficaz.” *Estudios penales y criminológicos*, 15 (1990-1991): 181-198.

– “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico.” *Doctrina Penal*, 46 (1989).

– “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno.” *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 45.1 (1992): 235-250.

HEFENDEHL, Roland, Andrew v. Hirsch y Wolfgang Wohlers. *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons, 2016.

HEFENDELH, Roland. “¿Debe ocuparse el derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto.” *Revista electronica de ciencia penal y criminología*, 4 (2002).

HERZOG, Félix. “Límites al control penal de los riesgos sociales, una perspectiva crítica ante el Derecho penal en peligro.” *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 46.1 (1993): 317-318.

HIRSCH, Andrew v. “El concepto de bien jurídico y el principio del daño.” HEFENDEHL, HIRSCH y WOHLERS. *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático*, 1. Marcial Pons, 2016. 33-48.

- HIRSCH, Hans Joachim. "Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico." *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y de la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001. 371-388.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "Política penal en el Estado democrático." *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 37.2 (1984): 333-346.
- JAKOBS, Günter. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y Teoría de la imputación*. Marcial Pons, 1997.
- KAHLO, Michael. "Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho Penal." HEFENDEHL, HIRSCH y WOHLERS. *La Teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons, 2016. 49-64.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio. "Bien jurídico y objeto protegible." *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 60 (2007): 119-163.
- LISTZ, Fran Von. *Tratado de Derecho Penal*. Vol. 2. Madrid: Hijos de Reus, 1914.
- LLORENTE SANCHEZ-ARJONA, Mercedes. "Hacia una justicia penal predictiva." *Cuadernos de política criminal*, 136 (2022): 91-124.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. "El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos." *Revista del Poder Judicial*, 48 (1997): 289-322.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. Valencia. 3ª ed. 2016.
- MIR PUIG, Santiago. "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi." *Estudios de Política Criminal*, 14 (1990).
- *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Retteron, 2001.
- *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método*. Maestros del Derecho Penal, 2002.
- MORALES PRATS, Fermin. "Técnicas de tutela penal de los intereses difusos." Boix Reig, Javier. *Intereses difusos y derecho penal*. Consejo General del Poder Judicial, 1994, 73-92.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo. "Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización." *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2 (1983): 61-81.
- NEUMANN, Alfred. "Sobre la crítica más reciente a la teoría personal del bien jurídico alternativas: ninguna." *Cuadernos de política criminal*, 93 (2007): 5-16.
- OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio. *Sobre el concepto de derecho pena*. Madrid: Facultad de Derecho, 1981.
- PAREDES CASTAÑÓN, Jose Manuel. "El límite entre imprudencia y riesgo

- permitido en el Derecho Penal ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?” *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 49.3 (1996): 909-942.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos. “Sociedad de riesgos y reforma penal.” *Poder Judicial*, 43-44 (1996): 61-84.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Sergio. “El bien jurídico penal desde una justificación ética.” *Revista general de derecho penal*, 31 (2019).
- PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, Carmen. *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*. Valencia: Tirant lo blanch, 2019.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. “Protección de bienes jurídicos y confirmación de vigencia de la norma ¿dos funciones excluyent.” *Cuadernos de política criminal* (2007): 17-38.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos.” *Cuadernos de Política Criminal*, 39 (1989): 723-748.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*. 5ª ed. Pamplona: Aranzadi, 2015.
- RÍOS CORBACHO, Jose Manuel. “El objeto juridico de proteccion: Algunas reflexiones sobre el debate contemporaneo.” *Cuadernos de política criminal*, 128 (2019): 87-128.
- ROXIN, Claus. “¿Tiene futuro el Derecho penal?” *Revista del poder judicial*, 49 (1998): 379-392.
- *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas, 1997.
 - “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen.” *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 15 (2013).
- RUDOLPHI, Hans-Joachim. “Los diferentes aspectos del concepto bien jurídico.” *Nuevo Pensamiento Penal* (1975).
- SANTANA VEGA, Dulce Maria. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Dykinson, 2000.
- SEHER, Gerhard. “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico.” Hefendehl, Roland, Andrew v. Hirsch y Wolfgang Wohlers. *La Teoría del bien jurídico, fundamento*. Marcial Pons, 2016. 65-87.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1992.
- “Eficiencia y Derecho Penal.” *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 49.1 (1996): 93-128.
 - *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.

- SOTO NAVARRO, Susana. "Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos." *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 58 (2005): 887-918.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria. "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de la tutela jurídico-penal." *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 63 (1981): 123-150.