

La Serie Universitaria de la Fundación Juan March presenta resúmenes, realizados por el propio autor, de algunos estudios e investigaciones llevados a cabo por los becarios de la Fundación y aprobados por los Asesores Secretarios de los distintos Departamentos.

El texto íntegro de las Memorias correspondientes se encuentra en la Biblioteca de la Fundación (Cástelló, 77. Madrid-6).

La lista completa de los trabajos aprobados se presenta, en forma de fichas, en los Cuadernos Bibliográficos que publica la Fundación Juan March.

Los trabajos publicados en Serie Universitaria abarcan las siguientes especialidades:
Arquitectura y Urbanismo; Artes Plásticas;
Biología; Ciencias Agrarias; Ciencias Sociales;
Comunicación Social; Derecho; Economía; Filosofía;
Física; Geología; Historia; Ingeniería;
Literatura y Filología; Matemáticas; Medicina,
Farmacia y Veterinaria; Música; Química; Teología.
A ellas corresponden los colores de la cubierta.

Edición no venal de 300 ejemplares
que se reparte gratuitamente a investigadores,
Bibliotecas y Centros especializados de toda España.

Fundación Juan March



FJM-Uni 201-Gon
Bien jurídico y Constitución : (base
González Rus, Juan José.
1031695



Biblioteca FJM

Fundación Juan March (Madrid)

SERIE UNIVERSITARIA



Fundación Juan March

Juan José González Rus

Bien jurídico y Constitución
(Bases para una teoría)

201 Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría) / Juan José González Rus

FJM
Uni-
201
Gon
201

Fundación Juan March
Serie Universitaria



201

Juan José González Rus

Bien jurídico y Constitución
(Bases para una teoría)



Fundación Juan March
Castelló, 77. Teléf. 435 42 40
Madrid-6

Fundación Juan March (Madrid)

*Este trabajo fue realizado con una Beca de la
Convocatoria de Extranjero, 1980, individual
Departamento de DERECHO
Centro de trabajo: Facoltà di Giurisprudenza dell'Università
di Bologna (Italia)*

Los textos publicados en esta Serie Universitaria son elaborados por
los propios autores e impresos por reproducción fotostática.

Depósito Legal: M-9204-1983

I.S.B.N.: 84-7075-267-7

Impresión: Ediciones Peninsular. Tomelloso, 37. Madrid-26

Fundación Juan March (Madrid)

I N D I C E

	<u>Página</u>
I. BIEN JURIDICO Y PENAL: CONSIDERACIONES GENERALES	7
II. EL DELITO COMO VIOLACION DE UN DERECHO SUBJETIVO PERTENECIENTE A LA PERSONA (FISICA O JURIDICA) DIRECTAMENTE AFECTADA POR LA CONDUCTA ILICITA	9
III. EL DELITO COMO LESION DE UN BIEN JURIDICO: BREVE EXPOSICION DE LAS CONCEPCIONES MAS SIGNIFICATIVAS	12
IV. ESPECIAL CONSIDERACION DE LAS TEORIAS “JURIDICO-CONSTITUCIONALES” DEL BIEN JURIDICO	23
V. RECONSIDERACION CRITICA Y PLANTEAMIENTO QUE SE PROPONE	29
VI. LA CONSTRUCCION DEL ILICITO PENAL CONFORME A LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978	32
1) El “bien jurídico-constitucional” como base conceptual	33
2) La Constitución como inevitable punto de partida	35
3) Límites constitucionales para el legislador penal ordinario	37
4) “Congruencia” y “significatividad” constitucional de los bienes jurídicos tutelables penalmente	40
VII. REFERENCIA A ALGUNAS DE LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DEL PLANTEAMIENTO PROPUESTO Y CONSIDERACIONES FINALES	43
BIBLIOGRAFIA	47

Lo que aquí se recoge no es más que un muy apretado resumen de la primera parte del trabajo "Bien jurídico y pena en la perspectiva constitucional" que he realizado en Bolonia con una beca que generosamente me fue concedida por la Fundación Juan March. Antes que tratar de ofrecer una visión general de todo su contenido, que por su extensión hubiera sido necesariamente telegráfica, haciendo vanal el intento, me ha parecido más oportuno limitar su ámbito al tema del bien jurídico, prescindiendo de los aspectos relativos a la pena (análisis detenido de las distintas teorías, culpabilidad y prevención, determinación, todo ello desde la perspectiva constitucional y sus consecuencias) que dan contenido a la segunda parte del mismo. En cualquier caso, debe advertirse que sólo se exponen algunas de las que me han parecido más significativas concepciones del bien jurídico, omitiendo las que son afines o reconducibles a los planteamientos expuestos.

I.- Las relaciones entre el bien jurídico y la pena pueden contemplarse desde una doble perspectiva: la delimitación del ámbito del ilícito penal y el potenciamiento de la función de la pena. En el primer aspecto, es frecuente afirmar que únicamente a partir de una posición preventiva puede concretarse el área de lo punible, por cuanto una teoría absoluta que pretendiere realizar a través de ella la Justicia se vería en la necesidad de castigar prácticamente todos los comportamientos que resultaran lesivos de un bien jurídico o de un valor relevante, cualquiera que fuere la forma en que tal ataque se produjera. Una concepción preventiva, por el contrario, en cuanto dirigida a la evitación de delitos, puede circunscribir el campo de lo punible de manera mucho más restringida y selectiva ya que al ser su misión la de asegurar la convivencia, únicamente aquellos valores necesarios para su mantenimiento habrían de ser objeto de sanción y protección penal; y ello sólo ante los ataques que revistan mayor gravedad. Sin embargo, pensar que esta delimitación es realmente una concreción suficiente del tema nos parece una actitud poco clarificadora, que en definitiva se resuelve en la afirmación de que sólo los bienes jurídicos fundamentales deben ser objeto de la atención penal. Se enuncia así un principio general de validez indiscutible en el momento presente, pero que deja sin resolver la cuestión principal: fijar en concreto los criterios y directrices conforme a los que proceder a la selección de los bienes y valores fundamentales de la sociedad.

En el segundo aspecto, la relación es, a su vez, doble. De una parte, porque la eficacia de la pena dentro de un sistema social está directamente conectada al contenido valioso del bien a que se presta protección jurídica, viendo seriamente comprometido su propósito de servir a la convivencia si se dedicara a la punición de comportamientos considerados por el grupo social como aceptables o cuando menos tolerables. La propia racionalidad del sistema se vería en entredicho si la sociedad cuestionara la necesidad y oportunidad de los mandatos y prohibiciones, por no tutelar los intereses verdaderamente considerados como fundamentales y en consecuencia necesarios para su desenvolvimiento y -

subsistencia (Por todos, MUÑOZ CONDE, 1973, 399 ss.). Cuando se/ procede correctamente, por el contrario, se produce una especie/ de simbiosis entre el valor del bien jurídico y la función de la pena: de una parte, porque dado que debe tutelarse aquello que - en sí mismo es poseedor de valor, el señalamiento de la pena no/ es sino una consecuencia obligada por la condición valiosa del - bien; de otra, y al mismo tiempo, porque la significación social del bien se ve confirmada precisamente porque para su protección viene dispuesta la pena (Cfr. Muñagorri, 107). Todo ello contribuye a concretar el requisito de la "capacidad y necesidad de - protección" que es común requerir en los bienes jurídicos a la - hora de disponer su tutela: será capaz de protección aquél que - posibilite la eficacia de la pena dispuesta para su tutela; no - lo será, en cambio, aquél otro que, por no ser sentido como fundamental por el cuerpo social, dificulta notablemente si no impide, que la pena pueda cumplir su función de salvaguarda de bienes jurídicos. Y con ello obtenemos la misma conclusión que antes: que sólo los bienes jurídicos fundamentales deben ser objeto de la atención penal. Pero, al igual que antes, hemos avanzado poco, porque, afirmado el principio general, sigue sin resolverse lo decisivo: ¿cuáles son los bienes fundamentales?, ¿como/ ha de procederse a la selección de los mismos?.

Aparte la dimensión política que sin duda encierra el - deseo de condicionar al legislador a la hora de establecer la tutela penal, tal exigencia viene urgida, acabamos de verlo, por - la propia funcionalidad del sistema, en cuanto que su eficacia - como medio de control depende directamente del grado de correspondencia que guarda con las reales necesidades del medio a que/ se dirige. En cualquier caso, es evidente que tales cuestiones - sólo pueden encontrar respuesta adecuada en sede de bien jurídico, por ser esta una problemática que la teoría de la pena --/-- --cualquier teoría de la pena-- esté imposibilitada para resolver con la necesaria aproximación. Y es que si los valores a proteger varían según el "modelo de sociedad", siendo un reflejo necesario de su estructura, sería ilusorio pretender que pueden - ser identificados concretamente a través de la "función" asigna-

da a la pena, pues ello supondría tanto como afirmar que es ella la que fija y define las características de la sociedad de cada momento. La verdad es que esa es una cuestión político-social - que debe ser resuelta por los políticos con medios políticos, correspondiendo a la Ciencia del Derecho penal a lo sumo una labor crítica (Ross, 108).

Lo que aquí trataremos de demostrar es que sólo partiendo de la posición que representan las "teorías constitucionales" del bien jurídico puede aspirarse a la individualización, siempre aproximada, de los concretos objetos de tutela que efectivamente constituyen los fundamentos de una estructura social en un momento histórico determinado. Empezaremos, para ello, con una breve referencia a los diversos contenidos asignados al ilícito/penal, deteniéndonos --dentro de lo que la extensión obligada de este resumen permite-- en las diferentes concepciones formuladas en torno al bien jurídico, para terminar con la exposición de la tesis que creemos más correcta: la construcción del contenido material del ilícito conforme a la Constitución española de 1978.

II.- La idea de objeto jurídico del delito nace con el movimiento de la Ilustración y la aparición del Derecho penal moderno. Antes, el ilícito penal aparece contemplado en una dimensión eminentemente teológica: el delito es, ante todo y sobre todo, - un "pecado", una desobediencia a la voluntad divina (Vid. Amelung I, 17; Sina, 3 y 5). Entendimiento, por lo demás, que se corresponde con los modelos teocráticos en que se asienta la sociedad/de la época. El problema de la responsabilidad penal se plantea simplemente como la búsqueda de las hipótesis en las que la voluntad de Dios impone al hombre una determinada actitud, por derivarse de ella una especie de "imperativo de comportarse virtuosamente" (Cfr. Sgubbi, I, 8 ss). La confusión delito-pecado y la consiguiente eticización del ilícito serán, pues, las características más significativas de este periodo.

El movimiento iluminista, rechazando los pilares básicos de la sociedad teocrática, determinará una visión radicalmen

te distintas de lo social y consecuentemente del problema penal./ La "laicización" y "humanización", significarán en el orden penal, de una parte, que los valores supremos de la legislación se busquen en el sistema social y no en el terreno sobrenatural; de otra, que el individuo sea el que viene, en vez de principio, a ser tutelado (Bettioli, I, 479). A partir de aquí, el delito, que ya no queda identificado con el pecado, necesita encontrar su contenido material, iniciando así una azarosa vida llena de continuas vicisitudes, que, como se verá, está lejos de haber terminado.

La violación de un derecho subjetivo será el primer contenido que se asigne al ilícito penal (Feuerbach): el delito supondrá siempre la violación de un derecho subjetivo variable - con el variar de la especie de delito y perteneciente a la persona, individual, jurídica o el propio Estado, directa e inmediatamente ofendida por el mismo (Cfr. Rocco, 27). Lo decisivo no es/ que la conducta lesiva se dirija contra una cosa del mundo real/ o una facultad del sujeto, sino el que viene a contradecir la relación jurídica que vincula un objeto a un sujeto o el contenido propio de un derecho personal del que se derivan en favor de su titular atribuciones de carácter intersubjetivo (Feuerbach, 9; - Polano, 96). Donde falta el derecho subjetivo no puede hablarse de delito, aunque si el comportamiento es dañoso para la convivencia podrá merecer la atención del Derecho de policía (Cfr. -- Gregori, 11). Sobre él se procederá a la clasificación y definición de las singulares figuras delictivas y se establecerá el - criterio distintivo entre los "delitos" y las "contravenciones"/ (Vid. Carrara, 601 ss). Consecuencia de todo ello será la afirmación de la naturaleza accesorias y meramente sancionatorias del Derecho penal y la concepción de la antijuricidad como "ratio essendi" del delito, el limitarse el tipo penal a recoger, según la mayor o menor "dañosidad social", comportamientos que son ya antijurídicos antes de su intervención; sin que sea posible distinguir, por consiguiente, entre la percepción del hecho penalmente recogido, naturalísticamente entendido, y la valoración normativa operada (Sgubbi, I, 25).

La posición responde a la ideología liberal dominante - en la época y que encuentra en el concepto de derecho subjetivo/ el instrumento para el triunfo del individualismo y para la defensa del particular frente al Estado y sus ingerencias indeseadas. (Vid. Musco, 60 ss.; Conde-Pumpido, 389). A este sólo se le autoriza que castigue los comportamientos que afectando a las - condiciones esenciales de la vida en común, lesionan los dere--- chos subjetivos que aseguran la esfera de libertad individual y/ que libremente pactados (son consecuencias del contrato social) - establecen las "reglas del juego" social que el Estado debe tute lar (Vid. Rudolphi, 154 ss.). Por eso que se vincule la antijuri ciedad penal a la extrapenal (Vid. Sgubbi, I, 17; II, 446 ss; III, 43 ss; Amelung, 25): si no pueden castigarse penalmente más que/ los comportamientos lesivos de derechos subjetivos y el marco y/ contenido de los mismos viene fijado directamente por los parti culares, el Estado podrá sancionar sólo lo que los ciudadanos le permiten. El derecho subjetivo se presenta, por eso, como el me dio más eficaz para defender la libertad personal (Maurech, I, - 250). Responde, además, a las dos exigencias consustanciales al/ liberalismo clásico: igualdad (es una posición jurídica a la que todos pueden llegar y que se tutela igualitariamente-importa sólo la existencia de la relación jurídica y no su contenido o la/ posición de los sujetos) y libertad (es una posición jurídica - que resulta de acuerdos privados libremente establecidos) (Sgubbi I, 125). Condiciones, por otra parte, vistas en su dimensión pu ramente formal, como corresponde a un sistema que tiene en mente al individuo "abstracto" y que desconoce que la igualdad teórica de los puntos de partida oculta realmente las diferencias que se derivan de la situación del individuo dentro del cuerpo social y la existencia de posiciones sustanciales de debilidad contrac--- tual que hacen ambos elementos puramente ficticios (Cfr. Sgubbi, I, 15 ss).

Los fundamentos conceptuales de la tesis, sin embargo,/ pronto serían puestos en evidencia. Ni el Derecho penal se limi ta a reforzar con la protección especial de sus sanciones dere--- chos subjetivos creados por otras ramas del ordenamiento jurídi co (Cfr., por todos, Rocco, 42 ss.; Stampé, 40 ss.; Petrocelli,/

21 ss; Antolisei, I, 35), ni tampoco la tutela penal de un interés crea siempre un derecho subjetivo en beneficio del titular - del mismo (subjetivación de la norma penal) (1) (Rocco, 90; Scereno, 39; Carnelutti, 98 ss., por todos), sino que normalmente - lo que ocurre es que se considera de manera simplemente objetiva, como un interés más, lo que en otras ramas del ordenamiento jurídico puede aparecer como un derecho subjetivo. (2).

III.- Hoy, el principio de que el delito constituye la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico constituye casi un dogma indiscutido. Lo que no significa, una vez más, que reine el acuerdo doctrinal en la materia, pues son diversas las concepciones que del mismo se manejan. Entre las razones que explican esta falta de coincidencia en lo sustancial posiblemente la más significativa sea la pretensión de que el bien jurídico cumpla simultáneamente varias funciones (crítica, sistemática, dogmática e interpretativa), lo que determina una multiplicación de los aspectos a tratar y de los enfoques del tema, que dificultan notablemente la posibilidad de encontrar un concepto único capaz de servir a los referidos propósitos. En cualquier caso, lo cierto es que la teoría del bien jurídico, nacida en el siglo pasado dentro del marco liberal y con el declarado intento de poner un límite al legislador penal, progresivamente se irá imponiendo -

(1) Sobre la base también de la subjetivación de la norma penal, ahora en beneficio del Estado, se intentará más tarde, sin prescindir del concepto de derecho subjetivo, aunque formalizándolo, primero por Binding (I, 167 ss), y después por Rocco (515 y ss), aunque con diferencias, construir el objeto jurídico del delito/sobre la base de un derecho de obediencia al Estado. (Consideraciones críticas en Scereno, 52 ss; Carnelutti, 51 ss; Regins, 77 ss).

(2) Otras posturas de menor relieve son las que han concebido el delito como violación del derecho objetivo (Pessina, 63), violación de una obligación jurídica (Liepmann), de uno y otro (Wächter), etc. (Vid. Rocco, 137 ss) y que casi siempre no son sino variantes de las anteriores.

habe suponer, con las diferencias apuntadas, uno de los postulados indiscutidos de la teoría del delito. Tras el paréntesis nacionalsocialista gozó de un periodo de calma --más por olvido -- que por coincidencia en el tema-- para volver a ocupar los primeros lugares dentro de la atención doctrinal (no en España, que --siempre ha pasado prácticamente inadvertido) cuando se inician/ los trabajos de reforma de la Parte Especial de los respectivos/ Códigos; fundamentalmente al socaire de los intentos de modificación de los delitos sexuales y contra la religión; aspectos ambos que se han convertido en el punto central de las discusiones sobre los límites del Derecho penal.

La categoría del bien jurídico surge como evolución y --ampliación de la originaria concepción garantista del delito como lesión de un derecho subjetivo y con el propósito de continuar la función limitativa del legislador, circunscribiendo la búsqueda de los hechos merecedores de pena a aquellos efectivamente dañinos para la coexistencia social pero lesivos de "entidades reales" (empírico-naturales") del mundo externo. (Cfr. Stella, 4; --Mantovani, I, 192). Su aparición, sustituyendo al derecho subjetivo, se produce por razones políticas y dogmáticas. En el primer aspecto, el tránsito era casi una consecuencia obligada por las transformaciones económicas y políticas de la época, urgidas por el paso del capitalismo "liberal-clásico" a uno de estructura organizada y racionalizada. En la realidad económica empiezan a aparecer intereses de carácter general, tendencialmente monopolísticos, y que trascienden de la posición del pequeño empresario individual sobre la que en último término se había asentado el --derecho subjetivo, de manera que la relación "sujeto-cosa" que --representaba era un molde excesivamente rígido para acoger la --protección de estos nuevos intereses derivados de la dinámica --creciente de la sociedad capitalista (Cfr. Sgubbi, I, 30 ss). --Por otra parte, se tiende ahora a "ideologizar" las conquistas,/ tanto porque ello permite considerar dichos intereses como poseedores de valor en sí mismo y no por su relación con un sujeto --superando así las limitaciones del derecho subjetivo-- como porque los principios iluministas han perdido la significación pre-

dominantemente garantistas que habían tenido cuando se trataba de luchar contra el Antiguo Régimen, ocupados ahora como están en consolidar un nuevo ordenamiento en el que tales postulados van a ser admitidos en tanto en cuanto sean armonizables con su estructura (Vid. Sgubbi, I, 30 ss).

Desde el punto de vista dogmático, dos son fundamentalmente las razones que justifiquen la introducción del concepto de bien jurídico: su utilidad para servir de término de referencia de los hechos ofensivos, y el que por su mayor amplitud podrá aplicarse sin violencia al campo de los delitos contra la honestidad y la religión; precisamente los que los iluministas querían dejar fuera del Código penal, (Vid. Amelung, 43 ss; Angioni I, 21 ss.). Las iniciales observaciones de Birnbaum, precursor-fundador de la concepción, de que lo decisivo para la tutela era la existencia de un bien asentado directamente en el mundo de la realidad, relevante para la persona individual o la colectividad, y que pudiera ser lesionado por el comportamiento delictivo (Vid. Birnbaum, 149 ss; Amelung, I, 49 ss; Sina, 23 ss y Marx, 5) pronto se verían en entredicho ante la conveniencia de incluir en los Códigos penales delitos afectantes a bienes o valores que no podían ser reconducidos a esa categoría, lo que determinará un repliegue de las exigencias teóricas sobre el concepto de bien jurídico, que acabará, ya se ha visto, por tutelar valores que antes habían de quedar extramuros del Derecho penal (Cfr., por todos, Hassemer, 61). Siendo así, es lógico que sea actualmente cuestionada la afirmación frecuentemente repetida de que la teoría del bien jurídico viene a continuar los propósitos garantizadores y limitadores del legislador de origen iluminista (Vid. -- Hassemer, 41 ss) estimando que lejos de tener una función crítica de límite a la penalización, la teoría del bien jurídico representó "el precio pagado de buen grado por Birnbaum en favor del momento dogmático y en detrimento del crítico" (Angioni, I, / 23); desconectando además el concepto de delito de la estructura social y diluyendo por tanto el criterio de la "dañosidad social" que constituía para los iluministas un factor decisivo a la hora de establecer la tutela penal (Cfr. Amelung, 43 ss); lo que, por lo demás, se corresponde perfectamente con el incipiente positi-

vismo jurídico característico de Birnbaum y con el dato de que - el bien jurídico surge precisamente en el momento en que va degradándose la función garantizadora y limitadora del legislador/ de los principios que habían sido utilizados como instrumentos - de ruptura del Derecho penal del Antiguo Régimen. En cualquier - caso, lo que no puede cuestionarse es que el desplazamiento de - lo "normativo" (el derecho subjetivo) a lo "material" (el bien - jurídico) hace más inciertos los límites del ilícito penal, difu - minando los perfiles que delimitan el campo de la intervención - punitiva y afectando sensiblemente a los elementos de la propia/ teoría del delito: el camino que lleva de la "violación" (del de - recho subjetivo) a la "lesión" (del bien jurídico) determina un/ cambio de scento en el interés penal, que se desplaza de la con - ducta al resultado propiciando el imperio del dogma causal en la - Ciencia del Derecho penal (Sgubbi, I, 35). El bien jurídico, no/ obstante, continuará su accidentada vida, ya como postulado prá - cticamente irrenunciable.

Con Von Liszt el bien jurídico desarrollará toda su ca - pacidad de límite al legislador; es más: el bien jurídico no es/ sino un concepto "límite" de la lógica jurídica. Constituye, en - te todo, una realidad válida en sí misma, cuyo contenido axioló - gico no depende del juicio del legislador. Contra el criterio de - Binding, la norma no "crea" el bien jurídico, sino que "lo en - cuentra". Por eso, su carácter de concepto "límite": porque pue - sto que el fin del Derecho (elemento el de "fin" que presidirá to - da la construcción lisztiana y que es decisivo para su entendi - miento del bien jurídico, (Vid. Liszt, III)) no es otro que el - de proteger los intereses del hombre, y estos preexisten a la in - tervención normativa, no pueden ser en ningún caso una creación/ de la elaboración jurídica, sino que se imponen a ella (Liszt, I, - 138 ss y II, 663). Ha de ser algo perceptible por los sentidos, / "transferible", y que puede ser modificado por la conducta delicti - va; aparte naturalmente de constituir un interés humano (Liszt, / I, 141 ss). En este sentido, como se ha observado (Rudolphi, -- 115), la concepción lisztiana del bien jurídico se conecta con - el pensamiento de la Ilustración, el manejar un concepto "libe--

rel" de bien jurídico que aspire a cumplir una función limitadora del legislador; con la particularidad que supone, por otra parte, el hecho de que es un concepto derivado de las propias condiciones de vida y no de los puntos de partida filosófico-jurídicos adoptados a priori. (Vid. consideraciones críticas en Rocco, 162 ss; Amelung, I, 91 ss; Hessemer, 39, por todos).

Las corrientes espiritualistas que bajo el influjo de la filosofía neo-kentiana se desarrollan a partir del comienzo de siglo tendrán su reflejo en el campo penal en la concepción metológica o "teleológico-metodológica" del bien jurídico (Vid./Amelung, I, 125 ss). Se inicia así una nueva vía que aproxima el bien jurídico a la "ratio legis" de la norma, entendiéndolo como reflejo del fin perseguido por el legislador en la configuración de cada tipo delictivo. El objeto de tutela se desconecta desde el principio de toda realidad exterior, identificándose con la finalidad que se persigue al establecerle y no con el bien o valor al que la misma se presta (Cfr. Polino, 145). De esta forma, el bien jurídico acaba convirtiéndose en la "copia", el "negativo" del fin de la norma y en un puro método teleológico para la interpretación (Mantovani, I, 162). Será, en definitiva, la "expresión sintética" con la que el pensamiento jurídico trata de condensar el significado y la finalidad de las normas penales. / En cuanto tal síntesis, el objeto de protección es exclusivamente un producto de la formación jurídica de los conceptos; los objetos de tutela no existen de por sí como tales, sino que adquieren vida sólo en el momento en el que constituyen el fin de una norma penal (Cfr. Honig, 83 ss; Grünhut, 8; Schwinge, 20 ss). De esta forma, se está renunciando a priori a que el bien jurídico cumpla cualquier función limitadora del legislador penal (Vid. Rudolphi, 154; Amelung, I, 133), posiblemente por el escepticismo sobre el resultado de los esfuerzos dirigidos al logro de un concepto sustancial de bien jurídico con función crítica y el convencimiento de la inutilidad de un concepto general con funciones meramente sistemáticas (Cfr. Angioni, I, 21 ss).

La razón histórica de esta ampliación del concepto de bien jurídico (mayor o menor según sea el entendimiento del tér-

mino "ratio" (Vid. Angioni, I, 26 ss) se encuentra en el deseo - de los neokantianos de defender a toda costa la idea de bien jurídico y consiguientemente de tutela objetiva de los cada vez - más frecuentes ataques que le dirigen los autores nacionalsocialistas alemanes y sus pretensiones eticizantes y subjetivistas./ De esta forma, la defensa de un concepto se reduce a la de un - nombre; no mucho, bien visto, si se considera que el precio que/ se pagaba, el vaciamiento sustancial del bien jurídico, podía - ser, como efectivamente ocurrió, muy útil a la ideología dominan- te (Vid. Amelung, I, 34; Sins, 69; Beretta, I, 1-76; II, *passim*, fundamentales para la comprensión de este periodo).

Las eventuales virtudes del planteamiento, exaltadas re- cientemente (Vid. Gregori, 67 ss; Bettiol, I, 917; Pagliero, I, / 391 ss), no consiguen ocultar, sin embargo, el hecho de que con- cebido de esta forma el concepto de bien jurídico resulta ser su- perfluo e inútil, acabando por "volatilizarse" dentro del conjun- to de la norma jurídica y sin que en ningún caso pueda cumplir - la función crítica o limitadora del legislador que debe desarro- llar el bien jurídico (Cfr. Sins, 78; Marx, 20; Amelung, I, 143); aparte naturalmente las dificultades que desde el estricto plano dogmático plantea la identificación entre bien jurídico y "re- --- tío" o "fin" de la norma (Vid. Musco, 88) y la imposibilidad de/ distinguir, por ejemplo, entre lesión y puesta en peligro, reco- nocida incluso por algunos de sus partidarios (Vid. Pagliero, I, 393, n.8.).

Realmente a partir de aquí es cuando se inicia el dete- rioro de la noción de bien jurídico, por lo menos en lo que se - refiere a sus funciones garantísticas de origen liberal. El va- ciamiento de contenido que se realiza, formalizando el concepto/ y dejándolo "abierto" a cualquier aportación --con lo que ello - significaba de posibilidades de manipulación ideológica-- deter- minarán que si bien se mantiene intacto el principio de que todo delito supone la lesión de un bien jurídico, de hecho y en la - práctica, la "desvitalización" del mismo es tal que el propio - postulado que se quería mantener deja de tener sentido; al menos el que tradicionalmente se le reconocía. El precio pagado por -

ello era tan alto que se produjo la quiebra del postulado, hasta el punto de reducir todo a un simple nombre que poco o nada tiene que ver con lo que originariamente se pretendía que fuese.

Aprovechando precisamente la debilidad del bien jurídico y en un principio con el falso propósito de darle su auténtica significación, se le conducirá mensualmente, en un clima progresivamente más autoritario, casi a su propia desaparición. Básicamente el proceso se desarrolla así: se afirmará primero la necesidad de dotar de contenido material al bien jurídico, propiciando un concepto sustancial del mismo, para después de producirse la "materialización" de la noción sostener que no todos los delitos entrañan la lesión de un bien jurídico así concebido, por lo que no sería correcto el principio correlativo y el bien jurídico, por tanto, no podría ser el elemento basilar del ordenamiento penal. En las circunstancias filosóficas y políticas del momento el papel de piedra angular debía corresponder, por el contrario, a la idea de deber, que responde mejor, por lo demás, a los contenidos autoritarios y a los planteamientos ideológicos de la época. En este ambiente, empiezan a alzarse las voces en contra del bien jurídico como si de una cruzada para lograr la caída del tirano se tratara. El clima es tal que el deterioro es evidente incluso en las posiciones menos extremas (Vid., por todos, Antolisei, II, 97 ss); será total, en cambio, en el caso de los autores alemanes nacionalsocialistas, agrupados en la "Kie--lerrichtung" (Schaffstein, I, 14 ss, y II, 99 ss; Gallas, 65 ss; Dehm, I, 14 ss).

Los representantes de la llamada "Escuela de Kiel", rechazarán en un primer momento de manera frontal el dogma del bien jurídico, por incompatible con los postulados del Estado totalitario, para admitirlo después cuando se ha "doblegado" y perdido su carácter liberal y aparece convertido en un instrumento/político-criminal inocuo. Desde el punto de vista político el bien jurídico se presenta a sus críticos como el producto de un modo de pensar individualístico-liberal de base naturalista y propio de la Ilustración, que supone el reconocimiento implícito de la existencia de derechos del individuo de carácter autónomo/

y capaces incluso de condicionar al Estado (Cfr. Musco, 73 ss; - Gregori, 54 ss). Concepción que está enfrentada de principio con la nueva posición asumida por el Estado, "ente ético por excelencia" (próximo a la concepción hegeliana del "Kulturstaat") que se ve lesionada cada vez que se comete cualquier comportamiento/contrario a las leyes, y cuya misión no puede ser la simplemente "garantizadora" de las condiciones de existencia de la sociedad, sino la de "impulsar una nueva moralidad" que el Jefe del Estado interprete según el "sano sentimiento del pueblo". Esta nueva concepción del delito se construirá sobre la base de la obligación de fidelidad de los súbditos a los mandatos del nuevo "Estado-ético". Lo fundamental en el delito no será tanto la violación de la ley formal, ni la lesión del bien jurídico cuanto la actitud ética del sujeto ante los valores comunitarios; un estatus que, en definitiva, es la ley fundamental del pueblo, es la ley interna de la nación que se sustancia en el ordenamiento autoritario establecido por el Estado. De esta "eticización" y "subjetivación" del ilícito al Derecho penal de autor hay un pequeño paso que pronto se recorrerá (Cfr. Scheffestein, I, 14 ss; Dehm, I, 14 ss; Gallas, 65 ss; Scarsano, 50; Mantovani, I, 192). Llegados aquí, el bien jurídico, noción eminentemente objetiva, habrá terminado su camino: si el delito, en su esencia, es la violación de un deber de fidelidad del individuo en relación al Estado, lo decisivo para la existencia del ilícito penal no es el bien jurídico, sino el deber concreto que para el sujeto se deriva del papel que desempeña en la comunidad (Cfr. Gregori, 35).

Paralelamente a las consideraciones de origen político, se afirma (de manera coherente con la función "activa" asignada al Estado) la existencia de normas de finalidad "propulsiva" y "transformadora" en las que lo decisivo es la meta que se pretende y no el bien jurídico (Cfr. Antolisei, II, 107 ss); así como la presencia de modalidades delictivas caracterizadas por incorporar elementos de naturaleza personal en los que lo relevante es también la violación del deber que vincula al sujeto con el Estado o la Administración (alta traición, falso testimonio, etc; Cfr. Scheffestein, I, 63 ss). En cualquier caso, la idea -

central que se persigue es clara: proclamar la insuficiencia del bien jurídico para constituir la base del contenido material del ilícito. Obsérvese, sin embargo, que del inicial rechazo de la noción se ha pasado a negar su "exclusivo protagonismo", precisamente cuando ya ha perdido una buena parte de su potencial crítico y liberal (Vid. Schwinge-Zimmerl, 43 ss y Dahm, II, 225).

Así las cosas, es lógico que el bien jurídico fuese también uno de los vencedores de la contienda bélica. Y no sólo por el declive de la doctrina nacionalsocialista -que cae junto con el régimen para el que había sido hecha a medida-, sino porque se presenta como el heredero del antiguo sistema liberal que había inspirado los modelos legales y doctrinales del pasado. (Cfr. Gregori, 45). De la experiencia anterior quedaría claro, sin embargo, que al deber le corresponde un sitio también en un sistema fundado en el principio del delito como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. No en el papel de fundamentador del injusto, sino en el de complemento a la ofensa al bien jurídico. Delitos como los culposos, de comisión por omisión, o de omisión pura, dejan patente que junto a la lesión del bien jurídico se añade el incumplimiento de un deber que pesaba sobre el sujeto, / factor éste incapaz en sí mismo para fundamentar la punición, pero que sirve para dar sentido y reforzar la lesión al bien jurídico que los mismos conllevan (Cfr. Angioni, I, 111 ss; Conde-Pumpido, 406 ss). En cualquier caso, en un sistema político-jurídico basado en los principios de la individualidad humana y de la libertad personal y que debe conformarse por eso con el simple acatamiento externo de sus preceptos, difícilmente podrá encajar una concepción del delito que tenga su fundamento en la idea de deber --por definición "totalitaria"-- y no en un criterio objetivo cual es el del bien jurídico (Cfr. Conde-Pumpido, 396).

Después de la guerra se volverá a elevar como principio indiscuso el de que el Estado debe establecer las normas penales para proteger los bienes o intereses vigentes en la sociedad. - Continúa, sin embargo, la concepción metodológica y se produce la expansión de la concepción finalista de la acción, cuyas inevitables consecuencias en tema de injusto siguen reflejando el -

subjetivismo imperante en el momento prebélico de su formación./ La distinción welzeliana entre el "desvalor de acción" y el "desvalor de resultado", en un Derecho penal dedicado a la tutela de bienes jurídicos será, como ha destacado Amelung, un momento importante en la historia posterior de la dogmática del bien jurídico, al poner de manifiesto que junto a la ofensa del bien mismo, que constituye el momento central del contenido del tipo de/injusto, se consideran también otros elementos de naturaleza subjetiva de importancia fundamental para la correcta y completa comprensión del contenido y significado desvalorativo de la conducta ilícita (Vid., por todos, Welzel, l 22; Cfr. Sainz Cantero, II, 333 ss). La nueva dimensión social en que aparece el Estado, de estructura "neo-liberal" y en el que se potencian los aspectos solidarísticos (Cfr. Di Majo, 276 ss y Sgubbi, I, 69 ss), que se plasman en las nuevas Constituciones, será otro factor de no menos importancia en los planteamientos del bien jurídico, entre los que destacan la concepción liberal y las que llamamos "jurídico-constitucionales", también de la misma matriz ideológica.

Al socaire de la reforma de los delitos contra la honestidad y la religión, en los que se veía el residuo de una concepción ética del Derecho penal incompatible con el espíritu tolerante del Estado y de la sociedad moderna, va a intentarse recuperar la noción liberal de bien jurídico. Partiendo de la base de que tal puede ser sólo aquello que ya antes de la intervención jurídica es poseedor de valor, se les calificará de situaciones/caracterizadas por la posibilidad de ser "ofendidas", "lesionables" según criterios causales, y cuyo significado valorativo es en términos generales, "inmutable" y "no relativo" --esto es: reconocido como tal por todos o la gran mayoría de los destinatarios-- (Cfr. Jäger, 13 ss). Frente a la concepción neokantiana, se afirmará que si hay norma es porque previamente existe un valor a tutelar (Cfr. Jäger, 20 ss; Marx, 17), por lo que aquellas que no protejan bien jurídico alguno deben ser erradicadas del sistema, que no podrá erigir delitos sobre la sola lesión de reglas éticas o sociales (Vid. Marx, 12 y Alternativ-Entwurf, art.

2).

Sin embargo, como ha demostrado Angioni (I, 86 ss), ni/ aún así es posible formular un concepto capaz de servir de límite al legislador, por cuanto el requisito de la "lesividad" resulte ser una puerta abierta por la que se pierde su capacidad - potencial para ello. Y es que "lesionables" son tanto los bienes ofendibles por singulares hechos delictivos (vide, integridad, - salud, libertad, etc.,) como aquellos otros que lo son por comportamientos prácticamente inocuos aisladamente considerados pero lesivos si son múltiples y repetidos (valores ideales, institucionales, etc.,) Lo que no se salva ni aún advirtiendo que la lesión ha de producirse en términos de causalidad material, si se/ recuerda que esta puede ser también psicológica, lo que permite/ incluir dentro de la noción a los valores éticos e inmateriales.

De raíz sociológica es la concepción del bien jurídico/ propuesta por Amelung en su conocida obra sobre el tema. Estima/ el autor además que sólo con el concepto de derecho subjetivo podría desarrollarse una función limitativa del legislador, por remitirse a un esquema organizativo claro (definido en la teoría - del contrato social) que permitiera identificar claramente qué debía ser considerado como delictivo (los comportamientos lesivos/ de esas condiciones de vida reflejadas en la filosofía del contrato social). La recuperación de esa función limitativa, por - tanto, pasa necesariamente por el rescate del criterio de la "dañinidad", determinada conforme a las reglas de los sistemas sociales (Cfr. Amelung, I, 25 y sgs; 48 ss; 330 ss). Siguiendo a - Talcott, Parsons y Luhmann, se concibe la sociedad como un sistema de "interacciones" en el que el criterio fundamental para enjuiciar cualquier comportamiento es el de la "funcionalidad". El delito, aunque no el único, es el comportamiento disfuncional - por excelencia, en cuanto que viene a dificultar la solución de/ los problemas del sistema, al contradecir una norma que se dirige a ese fin (Amelung, I, 353 ss). Todo ello dentro del fijado - por la Constitución de Bonn, en la que al Estado no le es posible comenzar con pena más que los comportamientos capaces de - estenter contra las condiciones de existencia de la sociedad. Es-

te, sin embargo, en cuanto que sólo recoge los más importantes - valores y la orientación de los más fundamentales problemas es - insuficiente para la determinación concreta del ámbito del ilícito, quedando por tanto como ineliminable el riesgo de que el legislador pueda considerar como delito lo que realmente no debiere serlo (Amelung, I, 368 ss).

Y precisamente en este honesto reconocimiento se encierra la utilidad de la teoría: en definitiva, que definir el delito como fenómeno que obstaculiza el funcionamiento de los sistemas sociales, sustancialmente no entraña muchas diferencias con la tesis de Binding y las que conciben el bien jurídico como todo aquello que "desde el punto de vista del legislador" constituye condición necesaria para el mantenimiento de la sociedad. "El resultado final -se ha advertido- es que a una sociedad abierta/ y pluralista debería corresponder un Derecho penal que protege - una sociedad tal y como la ha cerrado el legislador" (Musco, 107; Fiandaca, 20-21).

En planteamientos sociológicos se apoya también Hessemer (147 ss), quien afirma que el juicio de valor vigente socialmente sobre los bienes y los comportamientos lesivos de los mismos en un momento histórico determinado constituyen un límite que el legislador debe respetar a la hora de disponer la tutela penal, siendo la Constitución del Estado un indicativo útil de los mismos. Lo decisivo no es, por tanto, la posición objetiva del bien y del comportamiento lesivo, sino la estimación subjetiva de quien hace el juicio; cambiante, por ello, con las variaciones del contexto cultural y social desde el que se emiten - (Cfr. Hessemer, 149 ss, 230 ss). En cualquier caso, el juicio sobre cuáles son las valoraciones dominantes queda reservado libremente al legislador, por lo que difícilmente puede decirse que quede limitado a la hora de disponer la tutela penal (Vid. Fiandaca, 23 ss y Amelung, II, 142 ss).

IV.- En términos generales, las teorías "jurídico-constitucionales" del bien jurídico tratan de formular criterios capaces

de imponerse de manera necesaria al legislador ordinario, limitándolo a la hora de crear el ilícito penal. La búsqueda acabará pronto porque realmente no hay mucho donde escoger: si se persigue una finalidad vinculatoria, es claro que sólo puede servir una fuente jurídica que sea jerárquicamente superior y se imponga por su propia naturaleza. Y tal fuente no podía ser otra que la norma constitucional. La utilización de la misma, sin embargo, puede hacerse de diversas maneras, lo que aconseja distinguir entre las que lo hacen en un sentido genérico, a modo de marco de referencia, y las que, en cambio, se conectan a disposiciones concretas del texto constitucional. En las primeras, lo común es remitirse a la forma de Estado constitucionalmente establecida, generalmente mediante la vía de la deducción de los caracteres que se consideran necesarios en un sistema penal acorde con el mismo. El ligamen con la Constitución, (en ocasiones establecido a "posteriori", esto es: una vez elaborada la concepción de manera abstracta se la conecta con la Constitución) se limita normalmente a las características básicas del Estado, (casi siempre social y democrático) del que se derivan (por cada autor según su criterio y por lo común sin apoyo en las concretas disposiciones constitucionales) una serie de postulados que se entienden de carácter necesario en el ordenamiento penal. En otros casos se hará apelando a los principios que inspiran la norma fundamental y con arreglo a los cuales se reconstruye el sistema punitivo.

De carácter "estricto", en cambio, son aquellas otras posturas que firmemente apoyadas en el texto fundamental, a nivel de prescripciones específicas, deducen los objetos de tutela y la forma en que la misma debe producirse, circunscribiendo dentro de márgenes precisos las actividades del legislador penal ordinario. En la línea apuntada en primer lugar se inscribe la posición de Roxin (II, 20 ss), y que en última instancia se remite a la fórmula del Estado constitucionalmente establecido y al principio de la soberanía popular, que luego resulta ser el constitucionalmente proclamado. El punto inicial de partida es, por eso, la pregunta sobre qué es aquello que puede prohibir el le-

gislador bajo pena a sus ciudadanos, estimando, con razón, que la contestación depende del campo de actuación que le esté atribuido al Estado moderno. Si se tiene en cuenta que hoy todo el poder estatal procede del pueblo, resulta claro que su función no puede ser la realización de fines trascendentes o divinos, ni la corrección moral de adultos, sino la de asegurar a las personas el libre desarrollo de su personalidad, que la Constitución/ considera como presupuesto de una existencia humana digna. Para/ ello se hace necesario asegurar los presupuestos indispensables/ para la existencia en común (bienes jurídicos), dentro de los - que han de incluirse también el cumplimiento de las prestaciones públicas de que depende el individuo en el marco de la asisten-- cia social por parte del Estado. A conclusiones semejantes llega Rudolphi (158 ss), quien apela también al Estado de Derecho conformado en la Constitución alemana, concibiendo los bienes jurídicos como las "unidades de función social" indispensables para/ el desenvolvimiento de la sociedad, tal y como viene configurada en la Constitución, que por ello se considera el parámetro básico con arreglo al que determinar los bienes jurídicos objeto de/ tutela.

De sentido "individualista" es en cambio la posición de Michael Marx (26 ss), quien afirmará que la misión del Derecho penal tiene que derivarse de la proclamación de la dignidad del/ hombre contenida en el art. 1 de la Constitución alemana. En este sentido, el hombre es, en primer lugar, "persona", que debe - ser considerada como un fin en sí mismo, pero que vive y necesita de la sociedad para realizarse, precisando para ello de unas/ condiciones que es misión del Derecho penal proteger. Tales se-- rían los bienes jurídicos, que se conciben como aquellos objetos de los que la persona tiene necesidad para su propia "autorrealización". Fiendoca, (25 ss) vincula su planteamiento no ya sólo - a la forma del Estado, sino a los principios y directrices básicas del mismo. En su criterio, la tesis correcta no puede ser - otra que la de un planteamiento constitucional, del que sin em-- bargo no podrán obtenerse más que directrices de tutela "poten-- cialmente vinculantes", de carácter programático, cuya concreti-

zación hebrá de ser encomendada a la legislación que actúe y desarrolle la Constitución; con la que se establece, por tanto, -- una conexión de carácter flexible y meramente indicativa. Otro -- tanto puede decirse de la tesis de Pulitani (I, 25 ss; II, 111 - ss), que estime que sólo un entendimiento "abierto" del sistema/ constitucional de valores es viable en las modernas sociedades -- del momento, plurales y conflictuales. En la Constitución, en -- tiende, no puede verse una jerarquía de valores, en sí misma vólida y ordenada, un sistema "cerrado" que el intérprete debe desarrollar a modo de una teología aplicada, sino que debe concebirse como un sistema "abierto" en el que se han dejado conscientemente espacios para la libre decisión del legislador ordinario,/ que goza de libertad amplia tanto en la determinación de los bienes jurídicos como en la elección del momento en que ha de producirse la protección anticipada de los mismos.

De la forma constitucional del Estado reconocida en -- nuestra norma fundamental parte también Mir Puig (I, 123 y 141 - ss; II, 9 ss), concluyendo en la afirmación de que la pena, y en consecuencia el Derecho penal, no puede estar dirigido en un Estado de esta naturaleza, más que a la protección de bienes jurídicos, respecto de los cuales, sin embargo, ninguna referencia -- más ni ningún otro papel se reconoce a la Constitución.

En la misma línea, la doctrina italiana mayoritaria, -- viene citando las relaciones entre bien jurídico digno de tutela y Constitución en términos de "no incompatibilidad". Esto es: la Constitución no vendría a imponer u orientar la tutela de determinados bienes jurídicos, sino únicamente a servir de punto de -- relación conforme al que construir el sistema penal, de manera -- que en el mismo no tuvieran acogidos valores inconciliables con -- ella. De esta forma, la Constitución viene a cumplir un mero papel negativo de exclusión de determinados valores, pero rechazando la posibilidad de dar un contenido positivo y vinculante al -- proceso de elección y tutela de bienes jurídicos (Por todos Mantovani, I, 185 ss).

De sentido constitucional estricto es la posición de -- Bricole (I, 15 ss); sin duda el representante más cualificado de

esta postura y que lleva el protagonismo de la Constitución hasta la delimitación dentro de márgenes perfectamente reconocibles de los bienes jurídicos objeto de tutela penal. Prescindiendo - shore de la referencia a fundamentales aspectos de su planteamiento, baste recordar que en opinión del Profesor de Bolonia - los criterios de determinación del ilícito penal se derivarían - del papel preferente otorgado a la libertad personal en la norma fundamental italiana, cuya preeminencia exigiría que su privación sólo se produjera cuando se trata de atentados a bienes - equiparables a la misma, o por lo menos dotados de relieve constitucional. No bastaría, por eso, con la simple no incompatibilidad de la Constitución y el bien a tutelar, sino que será preciso que el mismo se encuentre entre los que expresa o implícitamente se encuentren contemplados por la propia Constitución. - Así, bienes susceptibles de tutela penal serían los derechos reconocidos a los ciudadanos en el texto constitucional, los garantizados en convenios internacionales y reconducibles a la fórmula de "derechos inviolables" (art. 2 Const. it.), los valores objetivamente tutelables en sí mismos, aún sin ir referidos a una/ persona concreta, y aquellos otros que sin ser propiamente constitucionales están ligados a uno de ellos por una relación que - los convierte en presupuesto necesario de la lesión de aquellos, de tal manera que la ofensa del bien conexo sea idónea e inequívoco pródromo de la lesión o peligro del segundo (Bricola, I, - 16-17). Así pues, la "naturaleza" constitucional del bien jurídico, en los términos expuestos, define la posibilidad o imposibilidad de tutela; el tiempo que la "significatividad" de la lesión, / concreta, a la vez que la conveniencia de la misma, su grado; es to es: la medida de la pena correspondiente, conforme a una escala de valores deducible constitucionalmente (Cfr. Bricola, I, 18 ss).

La misión del legislador penal, por tanto, no sería - otre que la de perfilar y complementar los valores plasmados en la Constitución, sin que le sea posible "crear" intereses no recogidos, ni desfiguren a través de las tipicidades penales el - sentido que constitucionalmente les ha sido atribuido. Entre las consecuencias que se deriven de un planteamiento de esta natura-

leza, que alcancen realmente a toda la teoría jurídica del delito (Vid. Bricola, I, 82 ss) destacan, además de las señaladas, - la posibilidad de una más clara delimitación respecto al ilícito administrativo, orientando el proceso de "descriminalización" y / "desadministrativización", al tiempo que dirigiendo la tarea interpretativa (Vid. Bricola, I, 17 ss). Sobre esta base se ha enfrentado Angioni el problema de la indagación del catálogo de - bienes jurídicos tutelables y la subsiguiente reconstrucción de / los tipos penales a la luz de la Constitución italiana, ofreciendo consideraciones que deben ser detenidamente analizadas a la - hora de realizar una tarea semejante (Vid. Angioni, I, 141 ss, - II, *passim*).

De carácter constitucional, aunque sobre la base de distintos presupuestos, es también la postura de Musco (124 ss). - Del mandato de la Constitución italiana, declarando que las pe--nas deben tender a la reeducación, se derivarían a juicio del -- autor italiano dos principios claramente limitativos del legislador ordinario: en primer lugar, la exigencia de que como conse--cuencias de la comisión del delito se derive un daño a las condiciones esenciales de la vida en común y cuya violación puede ser expresada en términos de "dañosidad social", pues la resocialización y reeducación sólo adquieren sentido si van referidas al - respeto de las formas mínimas de la vida en común; en segundo luger, se hace imprescindible que los bienes jurídicos sean "conceptualmente esferrables", en el sentido amplio de "perceptibles con el intelecto", porque la función asignada a la pena entreaña la - necesidad de que los valores para cuya protección se dispone puedan ser captados como tales por los destinatarios de la resocialización. Sobre la base de estas dos características básicas, podría determinarse qué debe ser tutelado penalmente, haciendo - una selección entre los valores presentes en la Constitución y - convirtiendo en bienes jurídicos únicamente aquellos que presentaten las características señaladas. Tales serían, pues, "los valores conceptualmente esferrables, de directa o mediata procedencia constitucional, que sirven para asegurar las condiciones esenciales de la vida en común" (Cfr. Musco, 128 ss).

V.- La exposición anterior (1) ha servido para poner de manifiesto al menos tres cosas: 1º) que, a pesar de los numerosos/intentos, el concepto de bien jurídico sigue siendo uno de los - más imprecisos y polémicos; 2º) que la cuestión clave, prácticamente irresuelta, es la de precisar verdaderamente el "qué" y el "cuánto" de la tutela; 3º) que tal delimitación depende y varía/ con los criterios valorativos vigentes en cada momento histórico, dada la inevitable dimensión social que concurre en el bien jurí- co.

Innecesario es advertir que detrás de la función limita- dora del bien jurídico lo que hay es un problema de confianza o/ desconfianza en el legislador ordinario, al que en consecuencia/ se quiere limitar más o menos a la hora de la creación del ilícito penal. La potencial peligrosidad que para el individuo y la - sociedad entraña un uso prepotente y desviado del instrumento pe- nal, me hacen partidario de extremar en lo posible las garantías de que tal utilización se verá al menos dificultada; pues sería/ ingenuo pretender que tales condicionamientos, en cuanto jurídi- cos, serían capaces de frenar una decidida voluntad de servirse/ interesadamente del instrumento penal para la consecución de fi- nes parciales. Esta es la razón (y conviene aclararlo expresamen- te) de que me preocupe especialmente la función limitadora del -

(1) Se han recogido las que creíamos más significativas. De me- nor relieve pueden considerarse la concepción del bien jurídico/ como "valor cultural" (Vid. M.E. Mayer, I, 134 ss), incapaz de - cumplir tanto la función dogmática como la crítica (Cfr. Amelung, I, 210 y Angioni, I, 67 ss); la concepción "inmaterial", que pre- tende mantener una noción de bien jurídico asentada en la filoso- fía neokantiana (Vid. Württenberger, 73 ss y 104 ss; críticamente, Angioni, I, 49 ss y Amelung, I, 175 ss); la que lo identifica - con el concepto de interés (Vid. Rocco, 245 ss); y la que lo re- conduce a la idea de "situación" (Vid., por todos, Tesouro, 1136 ss). Aparte de las limitaciones que cada una de esas posiciones/ presenten, sus resultados no son en ningún caso más satisfacto- rios que los que se obtienen a través de los planteamientos ex- puestos en texto.

bien jurídico, perspectiva a la que estamos dando preferencia al analizar las distintas formulaciones.

Ineficaz a estos efectos son, ya se dijo, los planteamientos "metodológicos", en cuanto que el bien jurídico aparece como una creación de la norma positiva, con cuyo "fin" se identifica, pudiendo cumplir a lo sumo un papel útil en sede interpretativa. Aún pretendiéndolo, el mismo resultado llegaba, sin embargo, la concepción liberal: la "lesionabilidad" como característica del bien jurídico resultaba ser una puerta demasiado abierta por la que se escapaba la capacidad potencial para servir de límite al legislador. Las recientes elaboraciones de base sociológica, si bien es verdad que precisan con mayor exactitud el funcionamiento social y los criterios de dañosidad, generalmente en términos funcionalistas, acaban en la misma indefinición, desde el momento en que se concluye afirmando que sólo los hechos "disfuncionales", "lesivos de las condiciones esenciales del sistema social", etc., deben merecer la atención del Derecho penal, valoración que queda reservada a la libre decisión del legislador. En realidad, únicamente la teoría del delito como lesión de un derecho subjetivo estaba en condiciones de limitar al legislador penal, ya que la dimensión social inherente al concepto de bien jurídico (perdió la referencia a la "dañosidad" en el marco del "contrato social") hace que la eventual individualización de los valores susceptibles de tutela penal y la graduación de los comportamientos lesivos de los mismo, no sea sino una cuestión ideológica, absolutamente condicionada por los criterios de quien la propone y el momento cultural e histórico en que se realiza; y en este sentido llevaba razón Hassemer.

Las teorías jurídico-constitucionales amplias, aunque de utilidad superior a las tradicionales del bien jurídico, a nuestro juicio, siguen haciendo una delimitación insuficiente. Las que se remiten a la estructura del Estado, porque lo que en realidad vienen a hacer es elaborar la teoría conforme a un "desideratum" que luego resulta ser el constitucionalmente establecido, sin que haya grandes diferencias con respecto a las que se formulaban especulativamente conforme a una concepción aceptada/

del Estado. Más eficaz puede mostrarse la concepción de Fiandaca, apelando a los principios fundamentales de la norma básica, por/cuanto supone bajar un escalón más hacia la concreción del área/ del ilícito, mientras que la concepción "abierta" de la Constitu- ción propiciada por Pulitanó, bien vista, no viene a ser sino la doctrina mayoritaria italiana de la "no incompatibilidad", ya - que en ambos casos en último término se afirma que las previsio- nes constitucionales no deben limitar al legislador penal más - que en los casos de abierto enfrentamiento.

A nuestro juicio, sólo a partir de una teoría constitu- cional estricta del tipo de la elaborada por Bricola para el de- recho italiano podrá delimitarse suficientemente el área del ilí cito penal. Y es que, en verdad, la tesis de Musco, aún no remi- tiéndose a los principios, llega a las mismas conclusiones que - aquellas, ya que lo que viene a elaborar, por lo demás de manera bastante útil, es una concepción general del bien jurídico que - puede servir perfectamente de base sobre la que empezar a operar la selección de los bienes jurídicos conforme a la tesis de los/ planteamientos estrictos.

A la tesis de Bricola, la consideración crítica más ge- neral que se le ha hecho es la de considerarla demasiado restric- tiva, estimando que no todos los valores que protege el Derecho/ penal han de encontrar un expreso reconocimiento en la Constitu- ción (Vid. Polino, 249; Zipf, 49; Mantovani, II, 450-51). Se ha/ cuestionado también el valor preferente que adquiere la libertad personal y que constituye como es sabido el parámetro conforme - el cual se construye la concepción (Fiandaca, 9 ss); que la limi tación de la tutela penal a bienes de rango constitucional con- lleve la renuncia a satisfacer las nuevas exigencias de protec- ción que puedan surgir de la continua evolución de la realidad - social (Pagliaro, II, 220); las dificultades que plantea la je- rarquización de los bienes jurídicos constitucionales (Fiandaca, 15); así como, en fin, la insuficiencia del criterio de la "sig- nificatividad" tanto del bien como de la lesión para servir a la identificación de los bienes jurídicos susceptibles de tutela pe- nal (Musco, 123).

Las consideraciones críticas expuestas, sin embargo, no nos parecen de la suficiente entidad como para desvirtuar la utilidad que ofrecen las posiciones jurídico-constitucionales estrictas. Aquella que señalaba la exclusión de tutela para los bienes jurídicos "nuevos", olvida que el tiempo necesario para que ello se produzca no es precisamente corto (Fiandaca, 14). En todo caso, más que aparición de bienes jurídicos inéditos históricamente, lo que vienen a surgir son nuevas formas de agresión/que suscitan la necesidad de dar respuesta típica a esas modernas exigencias de tutela derivadas del actual desarrollo tecnológico, (Cfr. Angioni, I, 134). Asimismo, resaltar las limitaciones que el planteamiento ofrece a causa de la admisión de los bienes implícitos y la dificultad -cierta y evidente- que entraña la elaboración de una jerarquía de bienes dentro de la Constitución, (problema, por lo demás, con o sin referencia a la Carta fundamental, ya viejo en el Derecho penal), resulta cuando menos paradójico si se considera que la solución a esas indeterminaciones se encuentra en el retorno a la dudosa capacidad limitativa/ de los principios; utilizados ya, por cierto, por algunas elaboraciones de la doctrina alemana que se consideran poco eficaces/ precisamente por quienes ahora hacen las críticas referidas.

De cualquier forma, una concepción de este género, ni se pretende ni debe entenderse como el medio mágico que resuelve todos los problemas, sino que, por el contrario, cuenta con numerosas limitaciones y dificultades. Constituye, sin embargo, una/ posición crítica poco rigurosa exigirle que solucione "todo", y/ desecharla, por ineficaz, para volver a elaboraciones menos fructíferas y a las que por ello se pide desde el principio el cumplimiento de menos cometidos.

VI.- A mi modo de ver, en el Derecho español un planteamiento jurídico-constitucional estricto del bien jurídico cepez de -cumplir la función del legislador ordinario debería estructurarse sobre los principios que he desarrollado en el trabajo a que/ se refiere este apretado resumen y que ahora sólo pueden ser -

enunciados brevemente:

1º) La base conceptual del entendimiento que se propone viene dada por el concepto "jurídico-constitucional" del bien jurídico. Es decir: de lo que se tratará es de conformar una categoría única con dos aspectos ("general" o "sustancial" y "constitucional") que aisladamente considerados son incompletos y en consecuencia incapaces de lograr que la teoría del bien jurídico alcance su plenitud de significado. No se trata de "yuxtaponer"/o "sumar" perspectivas distintas, sino de "integrar" en una sola realidades recíprocamente autónomas, aunque imperfectas aisladamente consideradas. Y es que un planteamiento constitucional del bien jurídico no puede prescindir de un concepto "general" o "sustancial" del mismo. Sino que por el contrario lo presupone, pues su omisión podría determinar un entendimiento simplemente formal del bien jurídico, que lo viere como una creación normativa y no como una realidad valiosa en sí misma; con la única variante de haber sustituido la norma penal por la constitucional. Y en este sentido llevaba razón Musco al achacar a la teoría de Bricola el haber prescindido de un concepto sustancial de bien jurídico.

En nuestro criterio, la búsqueda de un tal concepto debe partir del reconocimiento de que el legislador (en general, - incluso el constituyente) lo que hace es elevar a la categoría de bienes jurídicos lo que ya en la realidad social se muestra como un valor. Circunstancia, por lo demás, que es consustancial al propio sentido y a la función de una norma constitucional, cuya virtud no es otra precisamente sino la de recoger lo que constituyen los fundamentos y valores de una determinada sociedad en un momento histórico concreto. No "crea", por tanto, los valores a que se refiere, sino que se limita únicamente a proclamarlos - y darles un especial tratamiento jurídico. Ha de reconocérsele, por consiguiente, al concepto sustancial de bien jurídico, un soporte real, una naturaleza empírica, sobre la que se produce la valoración, primero del constituyente, después del legislador ordinario (Vid. Marx, 17; Rudolphi, 165; Polano, 271-273). En definitiva lo que reúne las tres condiciones que señalare M. S. -

Mayer: algo digno de protección, necesitado de protección y con capacidad de protección (II, 23).

Si a todo lo anterior añadimos que han de concurrir también las características a que en última instancia se reduce el moderno concepto liberal de bien jurídico, la "perceptibilidad" y la "lesionabilidad", podríamos considerar como tales en sentido material al "bien o valor, individual o social, susceptible - de ser percibido físicamente o mentalmente y lesionable". Debe insistirse, para concluir este tema, que pueden integrarse el concepto/ tanto bienes o valores de naturaleza individual como social (Vid. Scubbi, II, 439 ss; Marconi, 1052 ss). La única particularidad - con respecto a los primeros podría estar en el hecho de que serían perceptibles mentalmente y, del mismo modo, lesionables según los principios de la causalidad psíquica y no meramente mecánicas.

El concepto así obtenido, si bien es verdad que puede ser útil a la función dogmática y aún a la crítica (al ofrecer un punto de referencia sustancial con el que confrontar los concretos objetos de tutela), tampoco lo es menos que es incapaz de llevar a cabo la función limitadora del legislador ordinario en términos de mínima efectividad. Baste recordar, a estos efectos, que a un concepto parecido llegaban, bajo distinta prosa, la mayor parte de las concepciones anteriormente expuestas. Con la diferencia, sin embargo, de que para nosotros esta noción no constituye más que el soporte conceptual sobre el que debe actuar la perspectiva constitucional, que debe servir para limitarlo en unos casos, completarlo en otros y perfilarlo siempre. En rigor, no está en condiciones ni tan siquiera de asegurar, "per se", el objetivismo en el Derecho penal, ni la separación de éste con la Moral, contra lo que se ha pretendido en ocasiones.

En lo que se refiere concretamente a la función limitadora del legislador que nos está ocupando especialmente, el concepto es asimismo incapaz de llevarlo a cabo. Su naturaleza normativa, que lo conecta a criterios de valor, hace que, debiendo ser este reconocido por el hombre, su contenido conceptual sea notablemente contingente, dependiendo en todo caso de los puntos/

de partidos filosóficos, políticos y culturales. La variabilidad/históricas que el desarrollo social determina en lo que se refiere tanto a la significación de un determinado valor en un momento dado como a su significado dentro de la escala jerárquica de los mismos y su conexión con la estructura social y las condiciones de existencia humana, hacen que su trascendencia varíe de la misma forma que cambian históricamente las condiciones del sistema en que se inscribe (Cfr. Zipf, 81). La pretendida generalidad e invariabilidad histórica de algunos bienes y valores, que habrían de estar vigentes en cualquier sociedad y en cualquier momento (Vid. Wertenberger, I, 54) es rotundamente desmentida por la evolución histórica del Derecho penal y las enseñanzas de la Criminología, que muestran cómo la significación atribuida a un determinado bien o valor cambia no sólo históricamente, sino incluso geográficamente. El peligro de "perversión" del bien jurídico es por ello una realidad siempre posible, dadas las incertezas conceptuales que presenta; lo que explica y justifica la necesidad de buscar vías capaces de limitar y vincular al legislador ordinario a la hora de enfrentarse a ese proceso de selección de los mismos. Y ello sólo es posible, a nuestro juicio, -- conectándolo a los valores presentes en la Constitución.

29) Que la Constitución ha de ser el obligado punto de referencia en tema de ilícito penal, más aún, en la construcción de la teoría jurídica del delito, se justifica desde una doble perspectiva: jurídica, en cuanto que constituye la norma fundamental a la que deben acomodarse el resto de las que conforman el ordenamiento jurídico; política, desde el momento en que por su procedimiento de elaboración es el instrumento más fiable -- (aunque evidentemente imperfecto) el que acudir en búsqueda de los principios y valores socialmente compartidos y a los que debe responder un Derecho penal que quiera reflejar adecuadamente/ las características básicas de la comunidad en que ha de aplicarse. Sólo con esta referencia se elimina el riesgo (prácticamente ineliminable) de "perversión" del bien jurídico y de interpretación o construcciones interesadas sobre "qué" debe ser el Derecho penal, "cómo" debe incidir en el medio social y "cuáles" los

valores que debe proteger.

Políticamente, debe decirse desde el principio, sólo si se trata de una Constitución democráticamente elaborada. Es por eso que donde la función limitadora del bien jurídico adquiere pleno sentido es en el seno de una sociedad democrática, en la que los procedimientos de selección de los legisladores y los mecanismos de elaboración de las leyes aseguran, en mayor medida que en ningún otro sistema, una correspondencia entre los valores jurídicamente protegidos y los socialmente vigentes, de tal forma que puede afirmarse que cuanto más representativos sean los legisladores y más fiables los procedimientos de elaboración, tanto más acorde será la legislación penal con los valores y principios imperantes en la sociedad a que se refiere. De cualquier forma, este es un proceso al que el Derecho penal asiste casi en papel de espectador. La teoría política y no el Derecho penal es quien puede sportinger realmente los mecanismos limitadores y garantizadores de los derechos y libertades fundamentales del individuo.

Que desde la perspectiva jurídica la Constitución sea el obligado punto de partida en la construcción del ordenamiento penal y en concreto del contenido material del ilícito es una cuestión no necesitada de mayores razonamientos. Desde el momento en que cualquier norma puede ser tachada de inconstitucional y en consecuencia erradicada del sistema penal si no respeta los requisitos formales y sustanciales que de ella se derivan, es claro que la Constitución debe ser la base ineludible sobre la que se construye. Lo que revela, además, otra particularidad de la que ya antes habíamos hecho referencia: el carácter vinculante para el legislador de las valoraciones y principios constitucionales; virtud que, en cambio, no poseen las demás formulaciones.

La afirmación de que la construcción de la teoría jurídica del delito debe hacerse de forma coherente con la norma básica, requiere sin embargo alguna aclaración. En primer lugar, que afirmar tal cosa no supone una visión "positivista-formalista" de la Ciencia del Derecho penal, pues no significa hacer

coincidir ésta con el exclusivo estudio de la norma jurídica, -- desconectada de la realidad. Entre otras razones porque la propia Constitución ofrece, mejor, impone, los mecanismos de conexión con la realidad que las normas contemplan (art. 9-2 Const.) y porque la crítica debe estar orientada a un doble frente: al legislador ordinario si no se acomoda a los preceptos constitucionales (salvados los casos de interpretación correctiva) y al constituyente si es la norma de este género la que impone la solución que se juzga insatisfactoria. La crítica de la Constitución, que dependerá del credo filosófico e ideológico del jurista, ha de ser también, por tanto, en sus aspectos penales, cometido del penalista; de no ser así se vería siempre abocado a la aceptación de cualquier Derecho.

3º) En términos generales, las dos conclusiones básicas que pueden extraerse de la Constitución en orden al ámbito y al contenido material del ilícito, son, por lo que hace a la primera cuestión, el imperativo de que el ilícito quede reducido a los márgenes de la "estricta necesidad"; por lo que hace a la segunda, la afirmación de la necesaria "congruencia" entre el bien penalmente tutelado y los valores constitucionales.

A) La primera cuestión se derive del tratamiento dado - al principio de intervención mínima, la reserva de la ley establecida, el carácter personal de la responsabilidad criminal y la finalidad reeducativa asignada a las penas. Limitándonos aquí al principio de intervención mínima y prescindiendo de una formulación exhaustiva del mismo, interesa resaltar sólo que éste es uno de los postulados escogidos en la normativa constitucional. - Expresamente, en el art. 9-2º, al establecer para los poderes públicos el compromiso de realizar una política de carácter positivo y asistencial previa a cualquier intervención de naturaleza coactiva. Implícitamente, al desarrollar, sobre todo en el Cap. III del Tit. I, específicas áreas de la vida social, en donde también esté presente esta filosofía político-jurídica. Otro tanto sucede en relación al carácter fragmentario del Derecho penal, al reconocer que no todo atentado a un bien jurídico debe constituir un ilícito penal, sino que éste debe limitarse a los más -

graves. El art. 45-3º Const. es prueba más que significativa de ello. Todo ello implica un claro principio de política criminal/ que el legislador ha de tener en cuenta a la hora de crear ilícitos penales: que su contenido material sólo puede integrarse con los atentados más graves a los bienes jurídicos más fundamentales, después de que se haya realizado una política previa en torno a los mismos. En definitiva: el campo del ilícito penal debe/ quedar reducido a los márgenes de la "estricta necesidad".

B) Que en nuestro derecho el ilícito penal debe ocuparse de la protección de bienes jurídicos se deriva de un doble orden de consecuencias: de la propia definición constitucional del Estado (social y democrático de Derecho, art. 1-1 Const.) - (Vid. Mir, II, 13; Zipf, 25) y del análisis de su propio contenido. Como recordara Roxin, en un Estado de esta naturaleza la misión del Derecho penal no puede ser otra que la de proteger bienes jurídicos. La protección de derechos subjetivos, por su dimensión exclusivamente individualista, si bien es verdad que podría ser compatible con la estructura de un Estado de Derecho de corte liberal, sería contraria a las exigencias del Estado social. Del mismo modo, la concepción del ilícito penal en base a/ un deber de obediencia o de fidelidad al Estado, aunque tal vez compatible con un Estado social, sería, sin embargo, inestable/ con un Estado de Derecho.

La constitucionalización de tal principio se deriva - del art. 25 de la Const., que al distinguir entre penas y medidas de seguridad, asignándoles fines diversos, impide considerar el injusto como una mera desobediencia, pues de no ser así la pena se convertiría en una medida puramente preventiva que vendría a suplantar la función propia de las medidas de seguridad (Vid. - Mantovani, II, 449; Gallo, 8; Stelle, 33). Pero sobre todo se deduce del principio general según el cual todo derecho constitucionalmente garantizado no puede sufrir limitaciones si no es para la tutela de otro interés. Y puesto que las penas son sanciones limitativas o potencialmente limitativas de los derechos -- constitucionales, no puede admitirse el señalamiento y eventual/ aplicación de las mismas si no es para la protección de algún -

otro valor (Cfr. Mantovani, II, 449-450), como veremos, también/ de rango constitucional (Vid. STC, 8 abril 1981, II-7).

C) Además de los anteriores, como límites básicos para/ el legislador ordinario pueden destacarse los siguientes: 1º) La libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1-1 Const). 2º) La obligación asignada a los poderes públicos, entre los que sin duda se encuentra el legislativo, de "promover las condiciones - para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos; remover los obstáculos - que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participa--- ción de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cul tural y social (art. 9-2 Const.) (Vid. STC, 16 marzo 1981). 3º)/ El respeto a la "dignidad de la persona, los derechos inviola--- bles que les son inherentes, (y) el libre desarrollo de la perso nalidad" (art. 10-1 Const). 4º) El principio de igualdad sustan cial contenido en el art. 14 Const. En ningún caso, pues, el le gislador ordinario podrá dictar disposiciones que estenten contra el mismo, puesto que como ha declarado el TC (2 febrero 1981) - los constitucionales son principios generales de valor aplicati vo y no meramente programático, cuyo carácter informador de todo el ordenamiento jurídico puede determinar la inconstitucionalida d de los preceptos que no se corresponden con los mismos. Im-- porte advertir, para terminar este apartado, que el concepto de/ igualdad aparece entendido en la Constitución, no el modo libe-- rel, sino en sentido democrático y social. Esto es: no concebida como criterio abstracto proclamado generalmente, sino como prin cipio de verificación concreta asumido por el propio Estado y - que aparece conectado siempre a la idea de justicia. Visto de es ta forma, igualdad significa no que "todos", en abstracto, son iguales ante la ley, sino que "todos" son iguales ante ella se-- gún las circunstancias concretas de cada individuo o grupo, como muestra la conexión que se establece entre el concepto de igual d y el de discriminación, (art. 14) y la exigencia de una justic ia e igualdad reales y efectivas, (art. 9-2). Es decir: la - Constitución está potencialmente individualizando el concepto en

función de las particulares condiciones de cada sujeto, que habrán de ser tenidas en cuenta a la hora de analizar los obstáculos que habrá que remover para lograr ese límite ideal que representa la igualdad de todos. Si se tiene en cuenta que tales principios deben servir también para la interpretación, resulta innecesario advertir las consecuencias de importancia fundamental - que de todo ello se derivan para prácticamente todos los elementos de la teoría del delito, desde la culpabilidad hasta la medición de la pena, pasando por las circunstancias eximentes, atenuantes, etc.

4º) Del hecho de que la libertad personal sea sin duda/ un valor preferente de nuestro ordenamiento constitucional se deriva asimismo un importante límite para el legislador a la hora/ de crear ilícitos penales: sólo podrá recurrir a su privación o/ restricción cuando además de ser absolutamente indispensable, - porque tal medida desempeñe verdaderamente el papel de "ultima - ratio" y ha ido precedida de una política asistencial por parte/ del Estado, ello se haga para la protección de un bien constitucional también relevante (Cfr. para el derecho italiano, Bricola I, 15-16).

La relación del bien protegido con la Constitución no puede entenderse simplemente en términos de "no incompatibilidad" si se tiene en cuenta que en nuestra norma básica siempre que se limite un derecho o libertad se hace en función del simultáneo - respeto de otro valor también constitucional. Y, siendo así, resultaría extraño que para aspectos menos trascendentes que la libertad personal la Constitución no admite más límites que los - que se derivan de otro bien constitucionalmente reconocido, y que/ para ella considerara suficiente la simple "no incompatibilidad"/ del bien jurídico para cuya protección se priva al ciudadano de/ la misma. La importancia primaria de la libertad personal, la diferenciación entre los límites básicos de carácter general y los límites referidos a bienes concretos constitucionalmente contemplados y la necesidad de reducir la aplicación de la pena privativa de libertad, son elementos que pueden y deben servir para - orientar la cuestión en el caso español. En cuanto al primer te-

ma, porque esa prevalencia debe hacer que seamos especialmente rigurosos respecto de ella en el respeto a la Constitución, de manera que la privación de la libertad personal no pueda producirse como no sea para tutelar un bien jurídico expreso o implícitamente contemplado en el texto constitucional.

En concreto, bienes jurídicos defendibles, según el sentir constitucional, serían: a) Los directamente reconocidos a los ciudadanos en el mismo (directamente aplicables los de la sección 1ª, y mediante desarrollo legislativo, los demás). b) Los recogidos en convenciones internacionales incorporadas al derecho vigente en virtud del procedimiento establecido en los artículos 93 a 96 de la Const. y a los que hace referencia el art. 10-2 Const. c) Los tutelados en sí mismos sin referencia personal (salud pública, patrimonio artístico, etc.). d) Los constitucionalmente "integrables", "homologables" o "asimilables" a los propiamente constitucionales, entre los que han de incluirse los llamados "delitos obstáculos"; esto es: los relacionados con un bien constitucional de manera tal que su lesión supone poner en peligro de manera necesaria e inequívocamente idónea éstos. Es esta una categoría que debe ser utilizada y manejada de manera rigurosa, pues sólo excepcionalmente podrá dispensarse tutela penal a un bien jurídico que no esté expreso o implícitamente contenido en el texto constitucional. Frente a la simple "no incompatibilidad" de estos bienes con la Constitución, propugnamos la "integrabilidad" en la misma del bien jurídico que se pretende tutelar; esto es: su capacidad para ser incluido, "integrado", de una manera armónica y completa con el sentir constitucional./ Ello será posible cuando el bien jurídico logre superar el tamiz selectivo que suponen los límites de carácter general antes examinados y los específicos del área que se refiere la tutela, de forma que su significado y alcance sea coherente, casi un correlativo natural, con el espíritu que preside el tratamiento constitucional de la materia. Una visión estricta del papel que la libertad personal tiene en nuestra norma fundamental hace recomendable limitar su privación para la tutela de los bienes constitucionalmente "integrados", recurriendo para los "integrables"

el resto de medidas privativas o restrictivas de derechos.

Con ello podría darse satisfacción a un doble propósito: el de que cuando se trate de ser respetuosos con la Constitución más vale serlo por exceso que por defecto, y el de proporcionar/ un importante material para la imaginación a la hora de diversificar el elenco de posibles penas, restando desde luego protagonismo a la privativa de libertad.

Los límites constitucionales a la libertad del legislador alcanzan también el grado de la tutela. Es lo que el Prof. - Bricola ha llamado la "significatividad" del valor ofendido (Vid. I, 18 ss; Pizzorusso, 192 ss). Su sentido es claro: la clase y - medida de la pena debe corresponderse con la importancia del bien lesionado. Por eso que puedan plantearse cuestiones de inconstitucionalidad en los supuestos de desproporción. Una consideración de este tipo conlleva naturalmente la necesidad de establecer una jerarquía de los bienes constitucionales, lo que desde luego entraña sus dificultades (Vid. Sax, 9 ss; Bricola, I, - 18-19). Al legislador penel corresponde la misión de "intuir" - una escala de valores de los bienes jurídicos a tutelar. Criterio básico de la misma puede ser el de la libertad humana y el libre desarrollo de la personalidad, reconocidos ambos como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10-1 Const.) (Vid. Wurtenberger, 113). Comparando cada bien jurídico o valor/ con tales conceptos, empezando por la dignidad humana y los derechos que les son inherentes como parámetro básico y según la importancia que el mismo tenga en relación a aquélla, se puede ir/ obteniendo una gradación bastante concluyente. Asimismo, en relación a la incidencia que la falta de tutela de un determinado/ bien puede tener en orden al desarrollo de la personalidad y considerando preferentes los que estén directamente conectados a los valores superiores de nuestro ordenamiento. La escala de valores así conformada debe ser el criterio decisivo a la hora de/ la fijación de la clase y medida de la pena. En todo caso, debe/ buscarse la mayor correspondencia posible entre el bien tutelado y el derecho que se ve afectado por la sanción impuesta para su protección.

Constitucionalmente, la desproporcionalidad encuentra - su veto en los preceptos que emperen la justicia y la igualdad - en sentido sustancial, desde el momento en que una sanción desproporcionada supondría una evidente "injusticia comparativa" - contraria a ambos principios. Junto a ello, la propia función reeducativa asignada a las penas privativas de libertad revela la - inconstitucionalidad: las penas, en cuanto desproporcionadas, - son antieducativas, con lo que irían en contra de la propia finalidad que constitucionalmente se les encomienda (Bricola, I, 18/ ss).

Estas son, a nuestro juicio, las líneas maestras que deben seguirse en el derecho español, si se pretende dar al ilícito penal un asentamiento constitucional.

VII.- De la visión constitucional del bien jurídico se derivan, junto a las expuestas, que ahora resumimos, consecuencias - de orden concreto para toda la teoría del ilícito penal. Como - más relevantes pueden destacarse las siguientes (Vid. Bricola, - 17-18):

a) Tiene la virtud de enmarcar dentro de márgenes suficientemente precisos la actividad del legislador penal, funcionando como límite, siempre relativo, a la elección de los bienes jurídicos susceptibles de tutela y a la clase y medida de la pena/ dispuesta para su protección.

b) En concreto, no puede considerarse como tales sino - aquellos que se hallan reconocidos expresa o tácitamente por la Constitución ("integrados") y los que eventualmente pueden ser - "integrables", "homologables" o "asimilables" a ellos; en este - caso siempre que no se disponga penas que supongan la privación/ de libertad. Para este proceso, sin embargo, no basta con que no sean "incompatibles", sino que han de responder a las exigencias de orden positivo que impliquen los límites constitucionales básicos y las específicas del área en que se inscriben.

c) La tutela de los bienes jurídicos ha de hacerse, además, en los términos establecidos por la propia Constitución y -

dentro de las coordenadas de política criminal que la misma señala. Ha de efectuarse en todo caso, respetando su "contenido esencial", esto es: "aquella parte del contenido de un derecho sin la cual este pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo". (STC, 8 de abril de 1981, II-10).

d) El legislador no puede incriminar comportamientos que se concretan en el ejercicio de un derecho constitucional, excepto cuando sea para tutelar un bien de superior rango y trascendencia, o cuando se trate de un bien constitucional que funciona de límite, también constitucional, al ejercicio de otro derecho.

e) Sirve de auténtico criterio orientador en la política de descriminalización de delitos que tutelén intereses no conciliables con la Constitución o, aunque lo fueran, no relevantes dentro de su contexto.

f) Asimismo, servirá de criterio tendencial para la despenalización de los delitos que tutelén bienes jurídicos de escaso relieve constitucional, aunque desde luego contemplados o integrables en la misma en los términos expuestos. Otro tanto puede decirse en relación a aquellos otros cuya función es la de prevenir atentados a intereses constitucionalmente relevantes. En definitiva, se trate de un criterio capaz de delimitar dentro de márgenes claros, por lo menos mucho más definidos de lo que es usual, los respectivos ámbitos de actuación del ilícito penal y del ilícito administrativo, reservando el primero, como queda visto, a los bienes jurídicos de mayor relieve según el sentir constitucional, integrados o integrables en la Constitución y siendo competencia, por el contrario, del Derecho administrativo aquellos otros que no tengan esa cualidad (Vid. Bricols, 18-19; Mantovani, II, 458-459).

g) Determinando la incriminación de aquellas conductas que en un momento posterior puedan venir a ofender de manera relevante valores constitucionalmente tutelados que hoy, sin embargo, no lo son penalmente. Contra lo que suele afirmarse, el problema fundamental que se deriva de un planteamiento constitucio-

nal estricto del tema del bien jurídico no es tanto el temor de que bienes relevantes para la sociedad puedan no estar contemplados constitucionalmente, sino la discriminación, dentro de los bienes constitucionales, de aquellos que deben y aquellos otros que no deben merecer la tutela penal, conforme a las exigencias del principio de intervención mínima. Esto es lo que explicaría la situación a que ahora nos referimos; es decir: que un bien constitucionalmente recogido no sea protegido penalmente en el momento actual; hipótesis, por lo demás, que de ninguna manera contradice, por las razones que quedan apuntadas, los fundamentos de un planteamiento como el que proponemos.

h) Constatada la constitucionalidad de la norma, obligando al Juez a adecuarla, dentro de los límites que consiente la formulación penal, a los valores constitucionales, interpretando extensiva o restrictivamente la norma penal cuando ésta no se corresponde exactamente, en un concreto supuesto de hecho, con el sentido de la norma fundamental (Cfr. Mantovani, II, 458).

Innecesario es advertir que un planteamiento de este género (del que aquí sólo hemos recogido los que a nuestro juicio constituyen puntos de partida básicos) no se presenta como el remedio mágico capaz de solventar toda la compleja temática del bien jurídico y el contenido material del ilícito. Por el contrario, precisa todavía del desarrollo y concreción necesarios para hacer efectiva su gran utilidad potencial. Y ello tanto a nivel de principios como, sobre todo, en orden a la selección y caracterización de los bienes jurídicos susceptibles de tutela penal. La perspectiva de obtener soluciones válidas, o por lo menos más válidas que las usuales, es razón bastante en mi opinión para desear una mayor atención a esta materia, hasta ahora prácticamente huérfana de atención y estudio por la doctrina española.

Lo que sumariamente hemos expuesto no pretende ser sino una invitación a esa tarea. En ningún caso, postulados irrenunciables para la misma; pues nadie que conozca de cerca los límites de la actividad científica, al menos en nuestro campo, pue

de sensatamente afirmarlos. Es más: posiblemente algunas de las - proposiciones que se hayan hecho hayan de ser matizadas o incluso replanteadas conforme nuevas aportaciones doctrinales vayan - ocupándose de aspectos que aquí, por su extensión y derivaciones, sólo queden apuntados e intuidos. El giro que en la interpreta-- ción de la Constitución imprima la doctrina del Tribunal Consti- tucional será decisivo para verificar la practicabilidad de nume- rosas cuestiones, condicionando el tratamiento de algunos temas. En cualquier caso, este es el tributo que tiene que pagar todo - trabajo que intente explorar caminos poco andados, como es, en - este caso, la perspectiva constitucional.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- AMELUNG, I : Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft,/
Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungs---
bereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmenges-
chichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur
Lehre von der "Sozienschädlichkeit" des Verbre-
chens. 1972.
II: Recensión a Hassemer, en ZStW, 1975.
- ANGIONI, I: Contenuto e funzioni del concetto di bene giu-
ridico. 1980.
II: Beni costituzionali e criteri orientativi nell`
area dell'illecito penale. Comunicación al Con---
greso "Bene giuridico e riforme della Parte Spe-
ciale" (Sirscusa, 1981). Texto provisional.
- ANTOLISEI, I : Manuale di Diritto penale, 8ª ed. 1980.
II: Il problema del bene giuridico, en "Scritti di/
Diritto penale", 1955.
- A.A.V.V. Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. -
Allg. Teil 2ª ed. 1969.
- BARATTA, I : Positivismo giuridico e scienze del diritto pe-
nale. 1966.
II: Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza./
Contributo alle filosofie e alle critiche del -
Diritto penale. 1963.
- BETTIOL, I : Sistemi e valori del diritto penale, en "Scrit-
ti giuridici". I, 1966.
II: L'odierno problema del bene giuridico, en --
"Scritti", II, 1966.

- BINDING, I : Handbuch des Strafrechts, I, 1885.
- BIRNBAUM, Ueber das Erfordernis einer Rechtsverletzung - zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, - en "Archiv des Criminalrechts", Neue Folge, I, 1834.
- BRIOCIA, I : Teoria Generale del reato. Estratto del Novissimo Digesto italiano. 1974.
- CARNELUTTI, Il danno e il reato. 1930.
- CARRARA, Criterio distintivo delle contravvenzioni dai delitti, en "Opuscoli di Diritto Criminale", - III. 1879.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO La crisis del contenido sustancial del delito, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1960.
- DAHM, I : Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht. 1935.
II: Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft en ZStW, 57. 1938.
- FEUERBACH, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen/peinlichen Rechts. 1801.
- FIANDACA, Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale. Ponencia del - Seminario "Bene giuridico e riforme della Parte Speciale". (Siracusa, 1981). Texto provisional.
- GALLAS, Die Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechts-

- gutsverletzung. en "Festschrift für Gleispach" 1936.
- GALLO, I resti di pericolo, en Foro penale. 1969.
- GREGORI, Saggio sull'oggetto giuridico del reato. 1978.
- GRUNHUT, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, en "Festschrift für Frank", Bd. - I, 1930.
- HASSEMER, Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansatz zu einer präzisorientierten Rechtsgutslehre. - 1973.
- HONIG, Die Einwilligung des Verletzten. 1919.
- JÄGER, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten. 1957.
- LISZT, I : Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopédie der Rechtswissenschaft, en ZStw. 1888 (8).
- II: Rechtsgut und Handlungsbegriff Bindingschen Handbuche, en ZStw. 1886 (6).
- III: La teoria dello scopo nel diritto penale. - (Trad. italiana de Calvi). 1962.
- MAJO, di, Il diritto soggettivo nell'ideologia dello stato sociale. en Anuario bibliográfico de filosofía del derecho. 1971.
- MANTOVANI, I : Diritto penale, 1980.
- II: Il principio di offensività del reato nella Costituzione, en "Scritti in onore di Costantino Mortati". 1917.

- MARCONI, Le tutela degli interessi collettivi in ambito penale, en Rivista italiana di Diritto e Procedura penale. 1979.
- MARX, Zur definition des Begriffs "Rechtsgut". 1972.
- MAYER, M.E., I : Rechtsnormen und Kulturnormen. Breslau. 1903.
II: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. 1923.
- MAURACH, Tratado de Derecho penal, I (Trad. y notas de Córdoba Roda) 1962.
- MIR PUIG, I : Introducción a las bases del Derecho penal. - 1976.
II: Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho. 1979.
- MUSCO, Bene giuridico e tutela dell'onore. 1974.
- MUNAGORRI, Sanción penal y política criminal. 1977.
- MUÑOZ CONDE, Función de la norma penal y reformas del Derecho penal. en Nuevo Pensamiento penal. 1973. - (octubre-diciembre).
- PAGLIARO I : Bene giuridico e interpretazione della legge penale, en "Studi in onore di Francesco Antonicelli". 1965.
II: Principi di Diritto penale, PG. 1980.
- PETROCELLI, L'antigiuridicità. 4ª ed. 1966.
- PESSINA, Manuale di diritto penale italiano. 1899.

- PIZZORUSSO, Le norme sulla misura della pena e il controllo della ragionevolezza, en Gurisprudenza italiana. 1971 (IV).
- POLAINE NAVARRETE, El bien jurídico en el Derecho penal. 1974.
- FULITANO, I : Bene giuridico e Giustizia Costituzionale. Ponencia del Seminario "Bene giuridico e riforma della Parte Speciale" (Siracusa, 1981). Texto/provisional.
- II: La teoria del bene giuridico fra Codice e Costituzione, en La Questione Criminale. 1981.
- REGINA, Le norme penali e la tutela degli interessi privati. 1942.
- ROCCO, L'oggetto del reato e della tutela giuridica./ Contributo alle teorie generali del reato e della pena. 1913.
- ROSS, Colpa, responsabilità e pena. 1972.
- ROXIN, Sentido y límites de la pena estatal, en "Problemas básicos de Derecho penal" (traducción de Luzón Peña). 1976.
- RUDOLPHI, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, en "Festschrift für R.M. Honig". -/- 1970.
- SAINZ CANTERO, Lecciones de Derecho penal. II. 1982.
- SAY, Grundsätze der Strafrechtspflege, en BETTERMANN-NIPPERDAY-SCHEUNER, Die Grundrechte, Bd. 3. - 2. 1959.

- SCARANO, I rapporti di diritto penale. 1942.
- SCHAFFSTEIN, I : Zur Problematik des teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht, separata de "Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Richard Schmidt". 1936.
- II: Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung. 2, - en Deutsches Strafrecht. 1935 (ene-feb).
- SCHWINGE, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. - 1930.
- SCHWINGE-ZIMMERL Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht. 1937.
- SGUBBI, I : Responsabilità penale per ommesso impedimento/dell'evento. 1975.
- II: Tutela penale di "interessi difussi", en La Questione Criminale. 1975.
- III: Uno studio sulle tutela penale del patrimonio. 1980.
- SINA, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut" en "Basler Studien zur Rechtswissenschaft", 1962 (Heft 62).
- STAMPA BRAUN, Introducción al Derecho penal. 1962.
- STELLA, La teoria del bene giuridico e i. c. d. fatti/inoffensivi conformi al tipo, en Rivista italiana de Diritto e Procedura penale. 1973.
- TESAURO L'oggetto della tutela penale, en Temi. 1963.
- WELZEL, Derecho penal. PG. (Trad. de Fontán Balestre).

1.956.

WURTENBERGER, La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania. 1965.

ZIPF, Introducción a la Política Criminal. 1979.



FUNDACION JUAN MARCH
SERIE UNIVERSITARIA

TITULOS PUBLICADOS

Serie Azul

(Derecho, Economía, Ciencias Sociales, Comunicación Social)

- 17 Ruiz Bravo, G.:
Modelos econométricos en el enfoque objetivos-instrumentos.
- 34 Durán López, F.:
Los grupos profesionales en la prestación de trabajo: obreros y empleados.
- 37 Lázaro Carreter, F., y otros:
Lenguaje en periodismo escrito.
- 74 Hernández Lafuente, A.:
La Constitución de 1931 y la autonomía regional.
- 78 Martín Serrano, M., y otros:
Seminario sobre Cultura en Periodismo.
- 85 Sirera Oliag, M.^a J.:
Las enseñanzas secundarias en el País Valenciano.
- 108 Orizo, F. A.:
Factores socio-culturales y comportamientos económicos.
- 124 Roldán Barber, H.:
La naturaleza jurídica del estado de necesidad en el Código Penal Español: crítica a la teoría de la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma.
- 128 De Esteban Alonso, J.:
Los condicionamientos e intensidad de la participación política.
- 135 Santillana del Barrio, I.:
Evaluación de los costes y beneficios de proyectos públicos: referencia al coste de oportunidad en situaciones de desempleo.
- 153 Maravall Herrero, F.:
Organización industrial, estructura salarial y estabilidad de la inversión: Un análisis del caso español.
- 155 Alcántara Sáez, M.:
La ayuda al desarrollo acordada a Iberoamérica. Especial referencia al papel concesionario de la C. E. E.
- 162 Vanaclocha Bellver, F. J.:
Prensa político-militar y sistema de partidos en España (1874-1898).
- 170 Solé Puig, C.:
La integración socio-cultural de los inmigrantes en Cataluña.
- 184 Morán Aláez, E.:
La evolución demográfica en España: un test de la teoría de la respuesta multifásica de K. Davis.
- 185 Moreno Feliú, P. S.:
Análisis del cambio en las sociedades campesinas. Un caso de estudio: Campo Lameiro (Pontevedra).
- 187 Lojendio Osborne, I.:
La transmisión por endoso del certificado de depósito.
- 188 Arias Bonet, J. A.:
Lo Codi y su repercusión en España. Los manuscritos 6.416 y 10.816 de la Biblioteca Nacional.
- 192 Embid Irujo, A.:
Las libertades en la enseñanza.
- 198 Escuin Palop, V.:
Análisis de las soluciones italianas a los problemas del denominado regionalismo cooperativo.

