

# ¿HA DE CUMPLIR EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO UNA FUNCIÓN DE GARANTÍA O LEGITIMADORA DEL DERECHO PENAL?<sup>1</sup>

Hacia una búsqueda de la legitimidad material de las  
normas penales

**Samuel Rodríguez Ferrández**

Doctor en Derecho. Universidad Miguel Hernández de Elche (España)

Profesor de Derecho Penal. Universidad de Murcia (España)

samuel.rodriguez@um.es

---

<sup>1</sup> Este artículo se realiza en el contexto del Proyecto de Investigación "Incitación a la violencia y discurso del odio en Internet. Alcance real del fenómeno, tipologías, factores ambientales y límites de la intervención jurídica frente al mismo" (DER2014-53449-R), del Programa Estatal de "Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad", en el marco del Plan Estatal de "Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación del Gobierno de España. Su Investigador Principal es Fernando MIRÓ LLINARES.

## RESUMEN

El objetivo de este trabajo es doble: por un lado, poner de manifiesto la inadecuación del bien jurídico-penal para cumplir una función de legitimación material del Derecho Penal y, por otro, exponer qué principios deben cumplir con tal función dentro de un Estado social y democrático de Derecho.

Para ello, el trabajo se divide en dos partes: en la primera se aborda la evolución teórica del bien jurídico-penal hasta llegar a las concepciones predominantes en la actualidad, abordando la "crisis" que esta institución lleva experimentando desde hace tiempo; en la segunda se exponen los contenidos sobre los que, desde nuestra propia concepción, consideramos que se debe fundamentar la legitimidad material del Derecho Penal.

**Palabras claves:** *bien jurídico-penal; legitimidad material; necesidad de protección; intervención mínima; proporcionalidad.*

## ABSTRACT

The purpose of this paper is twofold: on the one hand, to highlight the inadequacy of the legal-penal good to fulfill a function of material legitimacy of Criminal Law and, on the other hand, to explain which principles must fulfill such function within a social and democratic State of Law.

In order to do this, the paper is divided into two parts: the first deals with the theoretical evolution of the legal-penal good to the current prevailing conceptions, addressing the "crisis" that this institution has been experiencing for some time; in the second, we expose the contents on which, from our own conception, we consider that the material legitimacy of Criminal Law must be founded.

**Keywords:** *legal-penal good; material legitimacy; need for protection; minimal intervention; proportionality.*

## 1. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo parte de la base de que, en orden a justificar o legitimar materialmente la intervención penal, de forma general y sin matizaciones, el criterio del bien jurídico-penal<sup>2</sup> protegido es “notoriamente insuficiente”, como afirma PAREDES CASTAÑÓN<sup>3</sup>. Frente a ello, la forma tradicional de analizar la decisión político-criminal de intervenir penalmente ante las conductas peligrosas para los intereses sociales (conforme a lo que dicho autor denomina una “dogmática jurídico-penal de raigambre germana”), vendría dada por los siguientes pasos: en primer lugar, por la definición del bien o bienes jurídicos protegidos que pueden verse afectados; en segundo lugar, por la realización de una valoración de importancia de los mismos, para después ponderarlos en relación con el principio de proporcionalidad; y, finalmente, por la realización de un análisis de los tipos penales correspondientes para comprobar qué conductas son incriminadas por los mismos y con qué sanciones penales. Hecho todo ello, se trataría de, uniendo todo ello en análisis, valorar si la respuesta legislativo-penal es o no adecuada para la protección de los intereses dignos de tutela.

Nosotros consideramos que la decisión de intervenir penalmente no puede ser adoptada por el legislador sin una base jurídica y empírica que la fundamente, ni de forma irracional; y tampoco basta con la afirmación, sin más, de que existen intereses sociales necesitados de protección o bienes jurídicos protegidos afectados por comportamientos que deben ser castigados, para decidirse por la intervención penal, porque el bien jurídico-penal es, como hemos afirmado, un criterio insuficiente, ya que supone la constatación que un interés es digno de protección, pero no ofrece una explicación (material) de por qué.

Es necesario exigir que el paso de interés social digno de protección, a un interés social protegido penalmente tenga lugar según un proceso que examine la decisión legislativa a adoptar desde concretos y perfilados criterios con fundamento material en los principios del Derecho penal. Así, por ejemplo, la decisión sobre la protección de nuevos intereses no protegidos hasta ese momento ha de ser fruto de un concienzudo análisis racional que relacione la intervención a realizar sobre la base de la necesidad de llevarla a cabo, de la inexistencia de otros medios jurídicos (o también no jurídicos) para emprenderla, y de la proporcionalidad de la misma. Concretamente creemos que para legitimar una intervención de ese tipo sería necesario realizar una evaluación empírica (a través de la aplicación del método de investigación en las Ciencias Sociales al ámbito jurídico, como disciplina social que es el Derecho) de la legislación en vigor, afrontando una evaluación de las consecuencias de la misma para que, a la luz de las conclusiones alcanzadas, se pueda determinar claramente, sobre la base de datos extraídos de la realidad, si es insuficiente la tutela que se dispensa a los intereses sociales efectivamente protegidos, así como una valoración político-criminal en términos de racionalidad o,

---

<sup>2</sup> Compartimos aquí la concepción de bien jurídico-penal formulada por MIR PUIG, 1989/90, pp. 203 - 215. Sobre la diferenciación entre bien, bien jurídico y bien jurídico-penal, véase ROMEO MALANDA, 2006, p. 38.

<sup>3</sup> PAREDES CASTAÑÓN, 2013, p. 175.

incluso de legitimidad (material), sobre las normas penales que llevan a cabo dicha protección, todo lo cual nos diría, en definitiva, si es necesaria la derogación de la norma actual, su mantenimiento o su reforma<sup>4</sup>.

Pues bien, para acometer una labor de tales características, es necesario previamente discernir claramente cuáles son los fundamentos materiales sobre los que debería realizarse tal evaluación, en orden a determinar la racionalidad y legitimidad de toda decisión político-legislativa en materia penal. Para ello, vamos a dedicar el presente trabajo, en primer lugar, a tratar de dar explicación a nuestra posición, ya anticipada, de que el bien jurídico-penal no puede cumplir con ese cometido, así como, en segundo lugar, a exponer cuáles deberían ser ineludiblemente tales pilares de racionalidad y legitimidad material. Así, pues, examinaremos seguidamente cómo se ha venido utilizando el bien jurídico-penal como criterio para avalar la legitimidad material de la intervención penal, partiendo de las más actuales concepciones sobre tal institución (constitucionalistas y funcionalistas), dejando a continuación constancia de la “crisis” experimentada por la misma. Sobre tal estado de cosas, tomaremos la posición ya anunciada en torno a la necesidad, pero insuficiencia, del bien jurídico-penal para desempeñar ese rol. Será entonces cuando expondremos los fundamentos materiales de racionalidad y legitimidad material que deberían guiar toda decisión político-legislativa en materia penal.

## **2. ¿QUÉ HAY DEL BIEN JURÍDICO COMO CRITERIO DE LEGITIMIDAD MATERIAL DE LA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL?**

### **2.1. El bien jurídico como argumento tradicional de legitimidad material de la intervención penal.**

Tradicionalmente se viene ligando por parte de la doctrina la cuestión del merecimiento de la intervención penal frente a determinadas conductas, con la consideración de que las mismas afectan a (en el sentido de lesionar o poner en peligro) un bien jurídico protegido. En efecto, parece como si la mera afirmación de que una conducta atente contra un interés categorizable dentro de este concepto de bien jurídico (penalmente) protegido, pueda legitimar la punición penal de tal conducta y que, consecuentemente, únicamente cuando esto sea así, podremos fundamentar tal intervención punitiva. El bien jurídico protegido parece ofrecer así una justificación (más allá de lo formal) de la correspondencia de la intervención penal con las normas del Estado de Derecho en el que se enmarcan; concretamente, parece ofrecer una legitimación material, basada en valoraciones sobre la necesidad o innecesidad de intervención del Derecho penal.

---

<sup>4</sup> Véase RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, 2016.

No obstante, admitida la consideración del Derecho penal como medio de control social que trata de disciplinar el comportamiento de los individuos y socializarlos, cumpliendo con determinados fines, parece obvio que no cualquier intervención legitimada formalmente tendrá por qué estarlo también materialmente. Siendo el Derecho penal no un fin en sí mismo, sino un instrumento al servicio de determinados fines sociales<sup>5</sup>, y existiendo, además, otros medios de control social como la propia familia y la educación, o como otras ramas del propio Derecho que, pudiendo ser igual o más efectivos que el Derecho penal para lograr los objetivos propuestos, prácticamente siempre resultan menos dañosas para las personas (cuya dignidad y libertad son la base de nuestro Ordenamiento jurídico, según marca nuestra propia Constitución española –en adelante, CE 1978–), parece obligado argumentar que la utilización del más grave medio punitivo, en cuanto restrictivo de derechos fundamentales básicos, sólo estará materialmente legitimada cuando pretenda la protección de bienes básicos para la vida de las personas en sociedad y, además, sólo si ese objetivo no puede lograrse de otro modo.

Esto es en lo que, ni más ni menos, ha pretendido un importante sector doctrinal convertir al bien jurídico: en criterio de legitimación material de la intervención penal, para lo cual se le define como elemento nuclear del tipo de injusto y, así, en el elemento capaz de lograr una conexión interna entre Dogmática y Política criminal<sup>6</sup> en la construcción de un sistema teleológico del Derecho penal.

Dejando de lado la evolución de esta institución en el seno de la doctrina<sup>7</sup>, se puede afirmar que, en la actualidad, la discusión sobre el bien jurídico-penal protegido parece haberse clarificado, al focalizarse en torno a la polémica entre posiciones constitucionalistas y funcionalistas sobre la concepción del mismo, dependiendo de si se entiende que el concepto de bien jurídico-penal deriva de la Constitución como Norma que define los intereses y valores fundamentales del Estado<sup>8</sup>, o simplemente se entiende

---

<sup>5</sup> ALCÁCER GUIRAO, 2002, p. 141.

<sup>6</sup> No nos resistimos a hacer en este punto un breve apunte sobre la plausible y necesaria interrelación entre Dogmática penal y Política criminal, advirtiendo que los criterios político-criminales se elaboran sobre la base del conocimiento que del Derecho positivo ofrece la Dogmática jurídica, mientras que ésta tiene en consideración los criterios de Política criminal y el fundamento material del Derecho penal a la hora de interpretar el Derecho positivo. Así, pues, se puede afirmar que “la Política criminal debe orientar racionalmente su misión [del Derecho penal] de tratamiento del fenómeno criminal en el ámbito de la reforma de la legislación penal considerando los principios e instituciones que durante décadas ha ido elaborando la Dogmática penal. Es así como se puede alcanzar un fin común perseguido por estos dos sectores del conocimiento: lograr la convivencia pacífica de los individuos y de los grupos que estos integran en la moderna sociedad” (BORJA JIMÉNEZ, 2003, pp. 36 - 37).

<sup>7</sup> Véase, por ejemplo, la completa exposición en lengua castellana de FERNÁNDEZ, 2004, pp. 11 - 72, que cuenta con el importante precedente de POLAINO NAVARRETE, 1974 con carácter monográfico. Es recomendable también la síntesis evolutiva realizada en un relativamente reciente trabajo por JAKOBS, 2012, tomando en consideración etapas teóricas previas la concepción de FEUERBACH. No obstante, en lengua germana es tradicional remitirse al estudio monográfico de SINA, 1962, si bien existe uno mucho más extenso y, sobre todo, actualizado, realizado por FIOŁKA, 2006 y publicado por la misma editorial.

<sup>8</sup> BRICOLA, 1973, p. 16. En sentido similar es particularmente interesante el trabajo monográfico de ANGIONI, quien recuerda que una teoría tal no supone una negación total de las aportaciones de la sociología jurídica como fundamento básico de la Política criminal (ANGIONI, 1983, p. 162). Sobre las distintas aportaciones de otros autores como MUSCO o ROMANO, véase especialmente el trabajo y las referencias de FIANDACA, 1982, pp. 56 y ss. También en un sentido similar, pero limitando la incidencia de la Constitución,

que deriva de la propia función social, en el sentido de acudir al concepto de dañosidad social para delimitar cuáles son las funciones sociales que deben ser efectivamente protegidas<sup>9</sup>. Examinemos estas posiciones actuales brevemente a continuación.

*a) Las posiciones actuales sobre el bien jurídico-penal protegido.*

1.- Las teorías constitucionalistas.

La construcción del nuevo modelo democrático como Estado social y democrático de Derecho, ha llevado a muchos autores a buscar en la Constitución la legitimidad de lo protegido por medio del Derecho penal. Así, MANTOVANI<sup>10</sup> señala que los bienes jurídico-penales son bienes o intereses preexistentes a la norma, pero reconocidos por una fuente jurídica superior, la Constitución. Los bienes jurídico-penales son, por tanto, ontológicamente preexistentes a la norma penal, pero se convierten en vinculantes para el legislador porque configuran bienes constitucionalmente relevantes. También desde esta vía se relaciona el bien jurídico-penal con la Política criminal. PULITANÓ<sup>11</sup> señala que el bien jurídico-penal marca el lugar de encuentro entre Política criminal y Dogmática penal, afirmando que el sistema de los bienes jurídicos constitucionales es el marco de referencia de un sistema penal renovado. Y BRICOLA señala que el ilícito penal sólo es tal cuando se concreta en la lesión a un valor constitucional relevante, a lo cual CARBONELL MATEU denomina “dignidad formal del bien jurídico”<sup>12</sup>.

En definitiva, como afirmaran COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, “la determinación de lo que puede y no puede ser tenido por bien jurídico” ha de estar guiada por los valores superiores del Ordenamiento jurídico constitucional de un Estado social y democrático de Derecho, plasmados en el caso español en el artículo 1 de la Constitución de 1978<sup>13</sup>. Conforme a ello se puede afirmar que el bien jurídico “representa un límite al legislador” que viene dado por “los diversos preceptos constitucionales” y “sus tradiciones interpretativas”, que vienen a especificar “aquellos objetos y valores de la vida social susceptibles de ser protegidos penalmente y aquellos que no lo son”<sup>14</sup>. Entre ellos, como apunta MIR PUIG, se pueden incluir no sólo los derechos y libertades fundamentales reconocidos como tales en el texto constitucional, sino también los denominados en el caso español “Principios rectores de la política social y económica”, además de los bienes

---

por sus propios condicionamientos históricos, en la selección de bienes jurídico-penales, MARINUCCI, 1994, pp. 333 y ss. Véase en defensa de las tesis de BRICOLA, ÁLVAREZ GARCÍA, 1991, pp. 20 y ss.

<sup>9</sup> CUELLO CONTRERAS, 2002, p. 54.

<sup>10</sup> MANTOVANI, 2001.

<sup>11</sup> PULITANÓ, 1985, pp. 3 y ss.

<sup>12</sup> CARBONELL MATEU, 1999, p. 215.

<sup>13</sup> COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999, pp. 325.

<sup>14</sup> VIVES ANTÓN, 2011, pp. 831 - 832. En este sentido se afirma que la ley penal no podrá tutelar bienes “que no tengan alguna suerte de entronque con la CE y, sobre todo, que sean contrarios a los valores que la CE encierra” (ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, 2017, p. 152).

jurídico-penales que pueden derivarse de instituciones reguladas constitucionalmente como la Administración Pública o la Administración de Justicia<sup>15</sup>. Por tanto y en síntesis, lo que queda claro desde estas posiciones doctrinales es que, como proclama PRADO, “la Constitución, sobre todo en una sociedad democrática, ha de ser un puente jurídico-político de referencia primordial en la cuestión del injusto penal [...] como afirmación del indispensable vínculo material entre el bien jurídico y los valores constitucionales, considerados ampliamente”<sup>16</sup>.

La gran problemática de la concepción constitucional o constitucionalista del bien jurídico-penal plantea, principalmente, dos aspectos. En primer lugar, se dice que no permite establecer límites dentro de todos los valores de la Constitución, pues parece propiciar que todo lo constitucionalmente reconocido como derecho o interés deba tutelarse penalmente. No obstante, ÁLVAREZ GARCÍA ha señalado en este sentido que no es lo mismo decir que existe un límite máximo para el legislador en la elección de las sanciones penales, cual es su reconocimiento constitucional, que admitir la existencia de “obligaciones constitucionales de penalización”<sup>17</sup>, lo cual supondría una evidente distorsión entre los papeles que tienen que jugar las Cortes legislativas y el Tribunal Constitucional. En segundo lugar, parece impedir el desarrollo de las distintas políticas conforme a las diferentes y nuevas configuraciones de la sociedad. Más concretamente, se argumenta que “[...] si se afirma la existencia de un catálogo cerrado de bienes jurídicos (en la Constitución) se estaría vulnerando al propio tiempo el principio básico del pluralismo, que llevaría a centrar en el consenso político las decisiones sobre qué debe protegerse, sin que ello sea fruto de una cristalización jurídico-formal de catálogos constitucionales”<sup>18</sup>. GARCÍA RIVAS considera acertada esta crítica, pero superable. Esto es, el autor considera que, en efecto, “la política criminal de un país no puede quedar cerrada ‘*hic et nunc*’ por la voluntad de los constituyentes”, así como que “el consenso debe jugar un papel decisivo a la hora de señalar en cada momento las directrices delimitadoras de la política criminal”, pero que todo ello no invalida “el apoyo constitucional del bien jurídico”, sino que advierte sobre “la necesidad de añadir al mismo un requisito ulterior y que podríamos denominar la necesidad de la intervención penal”<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> MIR PUIG, 2011, p. 115.

<sup>16</sup> PRADO, 2015, p. 147.

<sup>17</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, 2001, pp. 28 y ss., así como en ÁLVAREZ GARCÍA, 1999, pp. 16 – 20. En el mismo sentido se pronuncia MUÑOZ CONDE, al afirmar que “no existe una obligación para el legislador de sancionar penalmente toda conducta que lesione un bien jurídico [...]”, a lo que añade que “el Derecho penal a través del principio de intervención mínima y de la elaboración doctrinal del concepto de bien jurídico, presenta una serie de peculiaridades que lo convierten en un mecanismo de protección jurídica autónomo y hasta cierto punto independiente de las demás ramas del ordenamiento jurídico, incluido el Derecho constitucional. Éste sólo representa un marco dentro del cual el Derecho penal se mueve con más o menos libertad a la hora de decidir qué derechos fundamentales en forma de bienes jurídicos debe proteger o cómo debe hacerlo” (MUÑOZ CONDE, 2001, pp. 562 – 563). Sobre las denominadas “obligaciones constitucionales de penalización”, véase SANTANA VEGA, 2001, pp. 865 y ss.

<sup>18</sup> GARCÍA RIVAS, 1996, p. 51.

<sup>19</sup> GARCÍA RIVAS, 1996, pp. 51 – 52.

Además, valga apuntar finalmente que, en segundo lugar, también se ha objetado a las teorías constitucionales sobre el bien jurídico-penal “su débil fundamentación” al entender que “la función primordial de la Constitución no es regular el comportamiento de los ciudadanos entre sí, sino establecer las claves fundamentales del ejercicio del poder político”, así como que “la flexibilidad y ambigüedad propias del texto constitucional no permiten ‘concretar’ el interés protegido”<sup>20</sup>.

Es especialmente crítico con las teorías constitucionalistas DÍEZ RIPOLLÉS, al considerar que “por muchos contenidos implícitos o inmanentes que se incluyan en la Constitución, en ella no se contiene algún modelo penal, ni un catálogo de bienes jurídicos, ni una estructura principal acabada, ni, mucho menos, una teoría jurídica del delito. Ella traza, sin duda, unas líneas de avance en torno a un modelo de sociedad determinado, configurado a grandes trazos, y establece unos principios, derechos fundamentales y criterios rectores sobre los que estructurarlo. Pero a la hora de descender al plano políticocriminal no ofrece más que previsiones fragmentarias, desde luego de gran trascendencia, pero incapaces de sustentar por sí mismas o de derivar directamente de ellas cualquier programa políticocriminal perfilado”<sup>21</sup>. De este modo, en su opinión, “las tesis constitucionalistas ignoran la complejidad y mutabilidad de las actuales sociedades, así como la pluralidad de frentes sociales a los que se ha de atender, datos ambos que no se pueden pasar por alto aun cuando se parta de un escrupuloso respeto de los principios de lesividad, esencialidad o fragmentariedad, y subsidiariedad del Derecho penal. Proponen un modelo rígido de sociedad, escasamente dinámico o, todo lo más, sometido al arbitrio de las interpretaciones judiciales [...]. El escaso, y siempre desconfiado, margen de autonomía otorgado al legislador ordinario constituye un freno a la acomodación del subsistema de control social penal a la evolución de las necesidades colectivas y a la toma en consideración de modificaciones valorativas de importancia que van teniendo lugar en el seno de la sociedad, frente a las que la Constitución se convierte, mediante su sobreinterpretación, en buena medida en una rémora” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 182). En definitiva, el autor descarta que la Constitución pueda tener algún tipo de potencialidad en su modelo dinámico de racionalidad legislativa penal, “más allá de una predeterminación genérica, con frecuencia negativa, de los principios que han de inspirar la racionalidad legislativa, singularmente una vez que se supera el nivel elemental de la racionalidad ética. Y eso es, por lo demás, lo que refleja la práctica de nuestro actual Estado, con un legislador ordinario que se siente libre, una vez desarrollada la mayor parte de la estructura institucional constitucionalmente prevista, de tomar decisiones legislativas asentadas sobre la mayoría electoral de la que dispone, aun cuando siempre respetuoso con las posibles objeciones de inconstitucionalidad que nuestro Tribunal Constitucional tramita con cautela. La tesis constitucionalista debiera también decir si discrepa de esa arraigada práctica política” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 183).

En cualquier caso, pese a las mencionadas críticas, no sería en absoluto descabellado afirmar que nos encontramos ante un grupo de teorías sobre la concepción del bien jurídico-penal que, actualmente, pueden ser consideradas mayoritarias en la doctrina penal (afrontando incluso nuevas perspectivas metodológicas a través del denominado “neoconstitucionalismo”<sup>21</sup>), si bien seguidas muy de cerca por aquéllas que poseen una fundamentación de carácter sociológico, y que pasamos a exponer seguidamente.

<sup>20</sup> GARCÍA RIVAS, 1996, p. 51.

<sup>21</sup> ALONSO ÁLAMO, 2014, pp. 69 - 74.

## 2.- Las teorías sociológicas y funcionalistas (especial atención a la crítica a la utilidad del bien jurídico-penal en JAKOBS).

La irrupción de las teorías sociológicas en la búsqueda de nuevos fundamentos de racionalización del sistema jurídico, ha impregnado también el Derecho penal. Por ello la Dogmática penal contemporánea ha intentado especificar el concepto de bien jurídico-penal como un concepto equiparable a las categorías más importantes de valor de la vida social. Así, AMELUNG<sup>22</sup> considera el delito como un fenómeno que impide o dificulta al sistema social la superación de aquellos problemas que obstruyen su progreso. De este modo bien jurídico-penal serían o son las condiciones de existencia de la vida social. Para HASSEMER<sup>23</sup> el bien jurídico-penal trasciende al sistema penal. No es, pues, una mera creación del legislador, sino el contexto de la comprensión social normativa y del control social formalizado. El problema, según HASSEMER es que la protección de bienes jurídicos-penales se ha convertido en un criterio legitimador para justificar decisiones criminalizadoras, perdiendo por tanto el carácter de criterio negativo y limitador que tuvo originariamente. HASSEMER y su “Escuela de Frankfurt”<sup>24</sup> exigen, por tanto, orientarse a la realidad social, en el sentido de complementar interdisciplinariamente el Derecho penal y otras Ciencias Sociales y, por ello, intentando desarrollar una teoría de la criminalización como auténtico presupuesto de una Teoría del delito y de la legitimidad de la norma, rechaza de plano la pura protección del sistema social y delimita el bien jurídico-penal en torno a los intereses humanos que requieren protección penal. Es la teoría personalista del bien jurídico-penal (“interés humano necesitado de protección jurídico-penal”). Sobre esta posición, de todas formas, volveremos más adelante.

Muy relacionadas con estas concepciones sociológicas, es más, dentro de ellas<sup>25</sup>, están las concepciones funcionalistas sobre el Derecho penal o “funcionalismo penal”, que, habiendo seguido básicamente dos direcciones (que a continuación exponremos), se puede decir que presentan la característica común de “contemplar la función de la norma y, con ella, los conceptos categoriales de la teoría del delito *desde la pena*”<sup>26</sup>. Como afirma ARIAS EIBE, el funcionalismo penal se presenta como “una orientación dogmática en la que, dentro de una construcción de síntesis, se resaltan especialmente los aspectos teleológico-valorativos del sistema”<sup>27</sup>, siendo su pretensión “configurar un sistema abierto, como forma de compatibilizar la necesaria seguridad jurídica [...] con las necesidades que progresivamente van suscitándose”, prestando además atención para

---

<sup>22</sup> AMELUNG, 1972.

<sup>23</sup> HASSEMER, (1) 1989, pp. 85 y ss. Existe una versión traducida a nuestro idioma: HASSEMER, (2) 1989, pp. 275 y ss.

<sup>24</sup> Con ese nombre se conoce el grupo de investigación de penalistas que trabajan en el “Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie” de la “Goethe Universität” de Frankfurt Am Mein.

<sup>25</sup> De hecho, por todos, SILVA SÁNCHEZ las trató en su momento conjuntamente como “concepciones sociológico-funcionalistas de bien jurídico” (SILVA SÁNCHEZ, 1992, pp. 268 y ss.).

<sup>26</sup> VIVES ANTÓN, 1996, p. 435.

<sup>27</sup> ARIAS EIBE, 2008, p. 26.

sus propósito “los resultados progresivos de las investigaciones en las ciencias sociales”, lo cual, a su vez, exige que el sistema se estructure con base en “categorías normativas o valorativas, que resultan mucho más flexibles, y por tanto más aptas para recoger [en el propio sistema] las innovaciones que resulten convenientes”<sup>28</sup>.

Aplicando estos postulados funcionalistas a las concepciones sobre el bien jurídico-penal, identificaríamos una primera dirección, la denominada por algunos “funcionalismo teleológico” o, por otros, “funcionalismo moderado”, representada por autores como RUDOLPHI<sup>29</sup> o, sobre todo, como ROXIN<sup>30</sup>, que consideran que los bienes jurídicos-penales son intereses extraídos de la realidad social que, por tanto, preexisten al Derecho penal, pero que se elaboran basándose en los principios establecidos en la Constitución y conforme a la selección de valores que la misma establece<sup>31</sup>. De esta forma, pues, se han definido los bienes jurídico-penales como intereses sociales que deben ser tutelados, que preexisten por tanto a la Constitución, pero que no se elaboran sin tenerla en cuenta<sup>32</sup>. Así para ROXIN un concepto de bien jurídico vinculante políticamente, sólo se puede derivar de los cometidos plasmados en la Ley Fundamental de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo<sup>33</sup>. El bien jurídico-penal es, conforme a esta concepción, una circunstancia dada o una finalidad útil para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global para el funcionamiento del propio sistema, por lo que se trata de un concepto normativo, pero no estático, ya que está abierto al cambio social dentro de las finalidades constitucionales.

Pero todavía podríamos identificar una segunda dirección en el pensamiento funcionalista penal, cual es la que algunos han denominado “funcionalismo estratégico”, y otros “funcionalismo radical”, esto es, la inspirada en el enfoque sociológico del funcionalismo sistémico. Para JAKOBS<sup>34</sup>, principal exponente de esta dirección, el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la Constitución y la sociedad. A partir de allí, la consideración funcionalista tradicional del bien jurídico-penal como condición de la posibilidad de participar en la interacción social, es para JAKOBS insatisfactoria. El bien jurídico-penal arroja escaso rendimiento práctico: ni el bien jurídico-penal posee suficiente potencial crítico como para limitar eventuales excesos del legislador, ni tampoco la pena ha logrado nunca recomponer un bien jurídico-penal lesionado. Es la norma la estructura de la sociedad, y, por tanto, el bien

---

<sup>28</sup> ARIAS EIBE, 2008, p. 27.

<sup>29</sup> RUDOLPHI, 1975, pp. 324 y ss. Este autor sostiene que una norma penal sólo se justifica cuando es necesaria para la protección y seguridad de las condiciones de vida de una sociedad, estructurada sobre la base de la libertad de la persona y, al mismo tiempo, entendida por todos como razonable.

<sup>30</sup> ROXIN, 2001, p. 56.

<sup>31</sup> ROXIN, 2001, pp. 55 y ss. También, y en este sentido, ha recordado el maestro alemán la relación entre el reconocimiento constitucional y la naturaleza social de los bienes jurídicos (ROXIN, 2005, p. 149).

<sup>32</sup> CUELLO CONTRERAS, 2002, p. 60.

<sup>33</sup> ROXIN, 2001, p. 55.

<sup>34</sup> JAKOBS, 1997.

jurídico-penal protegido no es más que la vigencia de la norma, su validez y estabilidad, ya que un orden normativo sólo es real cuando dirige la comunicación. Para JAKOBS, pues, el Derecho penal no protege bienes jurídicos, en el sentido de intereses sociales distintos a lo normado, sino que busca simplemente confirmar la vigencia de las normas para garantizar la identidad normativa, la Constitución y la sociedad. La diferencia entre este funcionalismo sistémico autojustificativo y el funcionalismo denominado moderado de, por ejemplo, ROXIN, es que mientras éste “trata de convertir las premisas de un Estado liberal y social de Derecho en categorías dogmáticas y en soluciones de problemas jurídicos”, en los presupuestos sistemático-teóricos de JAKOBS no existe ningún contenido ni orientación político-criminal<sup>35</sup>.

*b) La crisis del bien jurídico.*

En esta tesitura, esta posición de JAKOBS sobre la finalidad del Derecho penal, y su identificación del “Rechtsgut” con la norma<sup>36</sup> ha adquirido el mérito (para otros demérito) de poner en duda el bien jurídico-penal protegido como elemento suficiente para la legitimación de la intervención penal frente a una conducta. Conforme a su forma de comprensión de la sociedad y del Derecho penal, el bien jurídico-penal no tiene ningún papel si no es que se le identifica con la norma: el bien jurídico-penal es “el bien a proteger, la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica”<sup>37</sup>. Esta aparente contradicción de planos no es tal en la concepción sistémica de JAKOBS, donde la confirmación de la identidad normativa realizada por el Derecho penal resuelve un problema social, dado que la propia sociedad se ha constituido a través de normas. Así, pues, “misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales”<sup>38</sup>, y la misión del Derecho penal no es la de proteger bienes jurídicos, sino la de confirmar normas.

Sin entrar todavía en una valoración de esta forma de comprensión de la sociedad, lo que no puede negarse es que tan formalista es sostener que la finalidad de la norma es confirmar la identidad normativa, como decir, desde otras posiciones, que lo es el

---

<sup>35</sup> ROXIN, 2000, p. 53.

<sup>36</sup> De acuerdo con una concepción incluida dentro del pensamiento funcionalista penal, y que algunos han denominado “funcionalismo estratégico”, y otros “funcionalismo radical”, inspirada en el enfoque sociológico del funcionalismo sistémico. Para JAKOBS, el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la Constitución y la sociedad. A partir de ahí, la consideración funcionalista tradicional del bien jurídico-penal como condición de la posibilidad de participar en la interacción social, es para JAKOBS insatisfactoria. El bien jurídico-penal arroja escaso rendimiento práctico: ni el bien jurídico-penal posee suficiente potencial crítico como para limitar eventuales excesos del legislador, ni tampoco la pena ha logrado nunca recomponer un bien jurídico-penal lesionado. Es la norma la estructura de la sociedad, y, por tanto, el bien jurídico-penal protegido no es más que la vigencia de la norma, su validez y estabilidad, ya que un orden normativo sólo es real cuando dirige la comunicación. Para JAKOBS, pues, el Derecho penal no protege bienes jurídicos, en el sentido de intereses sociales distintos a lo normado, sino que busca simplemente confirmar la vigencia de las normas para garantizar la identidad normativa, la Constitución y la sociedad.

<sup>37</sup> JAKOBS, 1997, p. 45.

<sup>38</sup> JAKOBS, 1997, p. 14.

proteger bienes jurídicos mientras no se concrete qué es un bien jurídico<sup>39</sup>. Esto es lo que ha dado lugar a que otros autores desde posiciones “cercanas” a JAKOBS, como FEIJOO SÁNCHEZ, afirmen que puede ser válida la consideración de que el Derecho penal protege bienes jurídicos, pero ése no puede ser nunca su sentido material, sino que más bien su función primordial es mantener la confianza y el respeto a las normas esenciales de convivencia y, así, se protegen los bienes jurídicos como elementos básicos del orden social<sup>40</sup>.

Como decimos, lo interesante de las posiciones funcionalistas más aparentemente radicales es que las mismas han servido para poner de manifiesto la debilidad actual del dogma del bien jurídico-penal protegido como supuesto referente de legitimación material de la intervención penal. En efecto, el dogma sobre el que se han cimentado la mayoría de las argumentaciones de engarce de la Dogmática y la Política criminal de los últimos años, en torno a que la legitimidad del Derecho penal estriba en su carácter protector de bienes jurídicos, se ha empezado a ver en “crisis” en los últimos años (lo que PÉREZ DEL VALLE considera en realidad “una crisis de la fundamentación teleológica del Derecho penal”<sup>41</sup>), básicamente porque si este elemento tenía que convertirse en un instrumento para eliminar del Derecho penal aquello que no tiene una relevancia lesiva material, está fracasando claramente en su objetivo. Y es que el bien jurídico, que nació con vocación limitadora, sirve hoy para todo lo contrario: para legitimar científicamente cualquier nueva incriminación, en cuanto que siempre que se quiere sancionar un nuevo comportamiento, basta con buscar un concepto de bien jurídico, aunque sea abstracto, para que esté justificado actuar penalmente. Como señala SILVA SÁNCHEZ, el paso del tiempo modificó la impresión inicial de que la exigencia de que el Derecho penal cumpliera funciones socio-terapéuticas restringiría su uso, hasta el punto de que hoy estas mismas funciones son el punto de partida de las tendencias expansionistas del Derecho penal<sup>42</sup>.

En este sentido apuntada atinadamente PALIERO, que, en vez de haber desarrollado algún tipo de “función de desincriminación en sentido reequilibrador”, el bien jurídico ha servido como “instrumento para el impulso o propaganda de campañas que siempre tienden a ampliar los márgenes de la criminalización”<sup>43</sup>, algo propiciado por la propia ambivalencia que, según el autor italiano, encierra el criterio de necesidad constitucional de protección de bienes jurídicos, que ha pasado de ser entendido como “tutela necesaria” (en el sentido limitativo o “selectivo” de “tutela estrictamente necesaria”) a serlo como “necesidad de tutela”. De este modo, “la ambivalencia del criterio de necesidad se salda con la expansión post-moderna del sistema de los bienes jurídicos, dando vida a un ensanchamiento global de lo penalmente relevante”<sup>44</sup> con, añadiríamos, una apariencia de legitimidad<sup>45</sup>.

---

<sup>39</sup> JAKOBS, 1996, p. 25.

<sup>40</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, 1997, p. 80.

<sup>41</sup> PÉREZ DEL VALLE, 2006, p. 4.

<sup>42</sup> MIRÓ LLINARES/GARCÍA MORENO, 2008, pp. 827 – 828.

<sup>43</sup> PALIERO, 2010, p. 153.

<sup>44</sup> PALIERO, 2010, p. 154.

<sup>45</sup> PALIERO concluye su estudio estudiando las “condiciones de legitimación” de esta expansión, identificando entre ellas, aparte del “concepto de relevancia constitucional” implícito en el bien jurídico y de las “nuevas exigencias de tutela de la sociedad del riesgo” (PALIERO, 2010, pp. 154 – 156), “la crisis del

Esto es lo que algunos han llamado “parábola involutiva”<sup>46</sup> y que también podríamos denominar como “crisis del bien jurídico-penal protegido”, debida, entre otros factores, a la vaguedad y amplitud conceptual de un elemento que parece expandirse o contraerse<sup>47</sup> por parte del intérprete de que se trate, sirviendo así para la incriminación de casi cualquier comportamiento<sup>48</sup> y, también, para la crítica de cualquier incriminación según se elija como objeto de protección uno u otro. Ello ofrece, en definitiva, un panorama “desconsolador y frustrante para cualquiera que pretenda encontrar en la teoría del bien jurídico las bases de una política-criminal legítima más allá de tópicos o afirmaciones genéricas o superficiales”<sup>49</sup>.

Así, pues, en palabras de MUÑOZ CONDE, “poco se gana, pues, con decir que el Derecho penal protege bienes jurídicos, si antes no nos ponemos de acuerdo sobre lo que entendemos como tales”<sup>50</sup>. Si a tal indefinición le sumamos “la teoría del bien jurídico no sólo no nos sirve para identificar las patologías del Derecho penal moderno, sino que contribuye a dichas patologías”, aunque sea involuntariamente<sup>51</sup> (concretadas en la tendencia político-legislativa de expansión del Derecho penal, y, dentro de ésta, en la aparición de los delitos de peligro abstracto y de los bienes jurídicos supraindividuales difusos)<sup>52</sup>, puede entenderse la crisis de la función garantista del concepto de bien jurídico-penal y el que hoy, desde voces distintas al funcionalismo sistémico, se empiece a sostener que la premisa de la protección de bienes jurídicos es insuficiente para definir este sector del Ordenamiento jurídico<sup>53</sup>.

La crisis del bien jurídico es, por tanto, doble o, quizás mejor dicho, tiene un doble origen: por una parte el concepto de bien jurídico-penal se ve puesto en duda por un concreto

---

principio de laicidad y el uso propagandístico del bien jurídico en la ‘moral crusades’” (PALIERO, 2010, pp. 156 - 157), y “la internacionalización del marco legal y las obligaciones de penalización de fuentes comunitarias” (PALIERO, 2010, pp. 157 - 162).

<sup>46</sup> FERRAJOLI, 2001, pp. 467 - 469; también sobre ello, véase FERNÁNDEZ, 2004, pp. 5 y ss.

<sup>47</sup> En este sentido, afirma acertadamente FEIJOO SÁNCHEZ que el bien jurídico en el plano político-criminal “resulta inaprensible conceptualmente porque es un concepto vago y maleable que carece de contenido material” (FEIJOO SÁNCHEZ, 2010, p. 190).

<sup>48</sup> Encontrando así, literalmente, bienes jurídicos “hasta debajo de las piedras con los que crear nuevas infracciones o justificar nuevas penas” (CANCIO MELIÁ, 2003, p. 115).

<sup>49</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, 2010, p. 192.

<sup>50</sup> MUÑOZ CONDE, 1991, p. II.

<sup>51</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, 2010, p. 186. Para este autor, “la concepción preventivo-instrumental de la pena orientada básicamente a la prevención de lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos es, en mi opinión, una de las principales responsables teóricas de la denominada tendencia expansionista e intervencionista del Derecho penal” (FEIJOO SÁNCHEZ, 2010, p. 204), cuestión que analiza a través del ejemplo de la expansión y la administrativización de las tipificaciones penales (FEIJOO SÁNCHEZ, 2010, pp. 204 - 210).

<sup>52</sup> Lejos queda ya la exclusiva tipificación de comportamientos lesivos para con bienes jurídicos individuales, respecto a los cuales la discusión se ceñía a si con ello el Derecho penal protegía sustratos materiales o facultades de disposición (en torno a esta cuestión, véase DEL ROSAL BLASCO, 1999, p. 679).

<sup>53</sup> GIL GIL, 2003, p. 13, quien señala que a ello hay que añadir que el Derecho penal protege, de los bienes jurídicos cuya suma constituye el orden social creado y protegido por el Derecho, aquellos bienes vitales más importantes frente a las formas más graves de agresión. Y es que, en efecto, a nuestro parecer, que nos encontremos ante un bien jurídico dependerá de que, en primer lugar, nos encontremos un interés social digno de tutela, y de que, en segundo lugar, podamos afirmar que tal interés se protege efectivamente en vía penal.

entendimiento teórico del Derecho penal, el funcionalismo sistémico de JAKOBS al que antes hemos aludido, que entiende que este sector del Ordenamiento no protege bienes jurídicos, en el sentido de intereses sociales distintos a lo normado, sino que busca simplemente confirmar la vigencia de las normas para garantizar la identidad normativa, la Constitución y la sociedad. Por otra parte, y aun por parte de quienes defienden que el Derecho penal debe proteger bienes jurídicos, se reconoce que tal concepto ya no ejerce la función garantística o de legitimación con la que fue creado, en cuanto que no sirve para limitar la intervención penal dada la amplitud con la que se interpreta el mismo, que permite entender como tal cualquier interés aun coincidente con el mero propósito incriminador con el que actúa el legislador de turno. O, dicho con otras palabras, habiendo surgido en su momento el bien jurídico “de la profundización en la idea de antijuridicidad material frente a la mera antijuridicidad formal propia del más estricto positivismo jurídico”<sup>54</sup>, años después resulta que “se ha abusado tanto de sus potencialidades que se le puede considerar en buena medida como un fetiche, cuya sola mención tiene capacidad para justificar casi cualquier cosa”<sup>55</sup>.

Se trata, en todo caso, de dos crisis procedentes de dos críticas distintas que, a nuestro parecer, deben merecer diferente valoración. La crisis del bien jurídico producida por la crítica funcionalista supone la argumentación de que no es posible una orientación teleológica de las normas penales sobre la base de los intereses que se pretenden tutelar, y nos podría llevar a reconocer un formalismo normativo en el que cualquier decisión de intervención penal socialmente aceptada a partir de las reglas formales establecidas sería válida. La otra conlleva el reconocimiento de que los objetivos para los que debía servir el bien jurídico ya no son cumplidos por él y, quizá, apenas lo han sido nunca, pero no pone en duda que los mismos (concretamente la necesidad de limitar la intervención penal a lo necesario) sean imprescindibles en el Derecho penal de un Estado democrático de Derecho. Es el momento de tomar posición al respecto de todas estas consideraciones.

## **2.2. El bien jurídico, elemento de legitimación material necesario pero insuficiente en un Estado democrático de Derecho.**

Pues bien, a nuestro parecer debemos comenzar por manifestar que la constatación fáctica de que hoy no exista acuerdo sobre lo que es el bien jurídico-penal, y el que ello se utilice para expandir y no para restringir el uso del Derecho penal, no convierte automáticamente en inexistente la función de protección de bienes jurídicos como fundamento legitimador del Derecho penal, sino que simplemente ahonda en la necesidad de definir y concretar dicha función.

La negación por parte del funcionalismo (y las teorías sistémicas del Derecho penal más radicales) de la validez del concepto de bien jurídico-penal y su consideración como

---

<sup>54</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, 1997, p. 17.

<sup>55</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, pp. 139 - 140.

innecesario en cuanto referente material de legitimidad, puede ser acertada, pero cae en el riesgo, quizá de algún modo directamente buscado, de incurrir en el más absoluto formalismo, como ya hemos advertido anteriormente. En otras palabras, si se destruye el bien jurídico-penal y no se sustituye por ningún criterio distinto, pero con contenido material, ello supondrá, ni más ni menos, la eliminación en el delito de cualquier exigencia de legitimación fuera de la propiamente formal, referida a la construcción normativa<sup>56</sup>, y, por tanto, la eliminación de cualquier posibilidad de juicio crítico, salvo el de carácter meramente técnico-formal, sobre lo sancionado o lo no sancionado<sup>57</sup>. En realidad detrás de todo ello está la cuestión de si entendemos nuestro Ordenamiento jurídico en un sentido normativo-formal, tal y como lo hacen JAKOBS, y quizá LUHMANN, en el que el Derecho penal adquiere sentido por el mantenimiento de sus propias normas<sup>58</sup>; o, por el contrario, exigimos a las normas penales para su legitimidad material, que no formal, una correspondencia con los fines de las mismas, así como de estos con los legítimamente aceptables en un Estado social y democrático de Derecho.

Con otros términos y utilizando el concepto procedimental de bien jurídico-penal de VIVES ANTÓN, si el mismo es básicamente “un momento del proceso de justificación racional de la limitación de la libertad”<sup>59</sup>, lo primero que debemos aceptar es, precisamente, su existencia, esto es, que el Estado está obligado a justificar, a argumentar en términos racionales, una privación de libertad de modo tal que no cualquiera de ellas será legítima simplemente porque lo acepte. Como señala PORTILLA CONTRERAS, a menos que queramos aceptar “un estado de tecnicismo jurídico permanente en el que se confunde la facticidad y legitimidad del Derecho y no es posible la crítica externa”<sup>60</sup>, es necesario algo más que la confirmación de la vigencia de la norma para dar un fundamento material al Derecho penal. Cuestión distinta es, a nuestro parecer, que tal fundamento material pueda ofrecerlo por sí mismo el concepto de bien jurídico-penal protegido.

La exigencia de que el Derecho penal castigue únicamente ataques a bienes jurídicos es, por tanto, y sobre todo, la manifestación de un planteamiento político-criminal que trata de limitar el uso del Derecho penal a cuando sea necesario<sup>61</sup>. El problema es, sin embargo, que el bien jurídico-penal, como criterio descriptor de la existencia de un interés social que puede ser protegido, es completamente insuficiente para definir la

---

<sup>56</sup> Así, PORTILLA CONTRERAS, 2003, pp. 900 y ss.

<sup>57</sup> En este sentido señala HORMAZÁBAL MALARÉE que “si se asiente el funcionalismo sistémico con su postulado que la misión del Derecho penal es asegurar por [sic] sobre todas las cosas simplemente la vigencia de la norma sin otra referencia material legitimadora que la defensa del sistema social, posiblemente el Derecho penal pierda con la teoría del bien jurídico, como señala MUÑOZ CONDE [...], ‘el último apoyo que le queda para la crítica del Derecho penal positivo’” (HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 7).

<sup>58</sup> Lo que SCHÜNEMANN críticamente denomina “círculo vicioso a través de la eliminación de fines externos fuera de la confirmación de la validez de la norma” (SCHÜNEMANN, 2001, p. 652).

<sup>59</sup> VIVES ANTÓN, 2005, p. 26. Más tarde también en VIVES ANTÓN, 2011, p. 829.

<sup>60</sup> PORTILLA CONTRERAS, 2003, p. 901. Añade el autor, y compartimos totalmente su parecer, que “el estado actual de la discusión sobre el bien jurídico demuestra la absoluta incapacidad de delimitar el *ius puniendi* estatal por la vía de reemplazar el concepto de bien jurídico así como las dificultades de encontrar un consenso sobre la legitimación externa al propio Derecho, alejada del positivismo imperante”.

<sup>61</sup> MIR PUIG, 1989/90, p. 205.

necesidad de intervención penal y, por tanto, para, mediante el juicio de si una conducta afecta o no a un bien jurídico, llevar a cabo una valoración político-criminal en términos de racionalidad o, incluso de legitimidad (material)<sup>62</sup>, sobre una concreta norma penal. La razón es que la auténtica cuestión política del Derecho penal no es si se protegen bienes o normas, sino qué normas o bienes deben protegerse<sup>63</sup> e, incluso, más allá de ello, frente a qué comportamientos en concreto es legítimo hacerlo por medio del Derecho penal. La primera conclusión fundamental es, por tanto, que para llevar a cabo esta función crítica no es válido o, si se prefiere, suficiente, el criterio del bien jurídico-penal protegido<sup>64</sup>.

Ahora bien, tampoco con lo anterior estamos afirmando que no existan los bienes jurídicos penalmente protegidos, sino que sólo estamos limitando su alcance. La intervención penal deberá llevarse a cabo frente a comportamientos que atenten contra bienes jurídicos, es decir, intereses sociales dignos de protección (o, como dice CANCIO MELIÁ, realidades sociales relevantes o valiosas cuya lesión constituya delito<sup>65</sup>). Lo que sucede es que la mera afirmación de que algo es un bien jurídico no permitirá justificar, sin más, la intervención penal<sup>66</sup>. Pero eso sí, es obvio pretender que la intervención penal deberá serlo para tutelar intereses sociales, e incluso es posible imponer unas exigencias, aunque sea mínimas, a los mismos.

Pues bien, la primera de ellas, obvia a nuestro parecer, es que esos intereses sociales dignos de protección han de ser constitucionalmente aceptables. Es decir, nos debemos encontrar ante intereses sociales que no choquen contra los derechos, garantías y valores recogidos en el texto constitucional que, como cúspide del Ordenamiento jurídico, condiciona el contenido de todas las normas que lo integran. En este sentido se puede decir que la importancia actual de la discusión entre la naturaleza constitucional,

---

<sup>62</sup> Para FEIJOO SÁNCHEZ “la teoría del bien jurídico desde la perspectiva político-criminal o crítica sirve en exclusiva para descubrir los fines protectores de una norma determinada de la parte especial y discutir, de partida, la legitimidad tuitiva de una norma concreta. Sin embargo, aunque se llegue a la conclusión de que el fin tuitivo es legítimo ello no significa automáticamente que la norma sea legítima. Por tanto, la teoría del bien jurídico sólo puede resolver algunos aspectos con respecto a la legitimidad de la norma, el problema es que se trata de una teoría que ha tenido el efecto pernicioso de hacer creer que resolvía la mayor parte de los problemas de legitimidad cuando no es así. La teoría del bien jurídico sólo sirve como criterio con respecto a la legitimidad del fin de una norma concreta, pero no con respecto a su contenido” (FEIJOO SÁNCHEZ, 2010, pp. 202 - 203). En sentido similar, BACIGALUPO ZAPATER, 2005, p. 339, quien advierte de la necesidad de no confundir en este punto el “problema dogmático” con el “problema político” del Derecho Penal; de este modo, ocurre que la teoría del bien jurídico “no puede dar respuesta al problema político del Derecho penal en una sociedad democrática”, que es decidir “qué bienes o qué normas es legítimo proteger”.

<sup>63</sup> BACIGALUPO ZAPATER, 2005, p. 339.

<sup>64</sup> Ha apuntado también en los últimos tiempos PAREDES CASTAÑÓN que “la teoría tradicional del bien jurídico, tal y como ha sido formulada y desarrollada en los discursos político-criminales más al uso entre los penalistas que se basan en la dogmática jurídico-penal de raigambre alemana [...] resulta notoriamente insuficiente”, sobre todo porque, en su opinión, se renuncia a la tarea de teorizar sobre el concepto de bien jurídico “apoyándose, explícitamente, en una teoría moral sustantiva y en una filosofía política que sean sólidas y específicas (que se confronten, pues, a otras alternativas)” (PAREDES CASTAÑÓN, 2013, pp. 175 - 176), lo cual, precisamente, trata de llevar a cabo el autor dentro de su obra (PAREDES CASTAÑÓN, 2013, pp. 177 - 202).

<sup>65</sup> CANCIO MELIÁ, 2011, p. 87.

<sup>66</sup> En el mismo sentido se pronuncia BECHARA, para quien “la teoría del bien jurídico ofrece, por sí misma, apenas un criterio negativo de limitación, pero no de justificación de la intervención penal” (BECHARA, 2014, p. 367).

sociológica o funcional del bien jurídico-penal protegido es prácticamente fútil, básicamente porque nadie desde posiciones sistémicas o funcionalistas niega que en los Estados democráticos la Constitución es la Norma Suprema y, del mismo modo, tampoco desde posiciones constitucionalistas no pueden evitar reconocer la necesidad de definir los intereses desde el punto de vista de sus funciones sociales. Evidentemente los bienes jurídicos son intereses que deben definirse sociológicamente. Es más, como afirma CUELLO CONTRERAS, “la propia exigencia del daño como requisito del bien jurídico a proteger penalmente, y la del comportamiento lesivo” que entraña todo delito, “sólo se explica por el hecho de que el bien jurídico y el comportamiento que lo daña han sido extraídos de la realidad social, no de la Constitución”<sup>67</sup>. Ahora bien, ese bien jurídico, definido o explicado conforme a la realidad social, no puede ser contrario a la Constitución. Por ejemplo, pensemos en el caso de que se creara un delito que protegiera única y exclusivamente los rituales y creencias de la Iglesia católica; ello iría frontalmente contra la igualdad de trato respecto a las demás confesiones religiosas existentes, con lo que, tratándose de interés social protegible, su protección excluyente por parte del Derecho penal sería inadmisibles, por inconstitucional. Así, pues, se puede decir que la Constitución marca un límite máximo, pero no nos referimos tanto al sentido en el que ha apuntado ÁLVAREZ GARCÍA que lo que no esté en ella no puede ser protegido<sup>68</sup>, como a que simplemente lo que es contraria a ella y, por tanto, a la propia configuración normativa de la sociedad, como Estado democrático de Derecho, no puede ser protegido penalmente. Y ello, fundamentalmente, porque la utilización del Derecho penal está condicionada por el modelo de Estado en el cual se enmarca y, en nuestro caso, el Derecho penal ha de respetar los límites que impone, en cuanto que supone la consagración de determinados valores y derechos, el Estado social y democrático de Derecho.

Cuestión distinta y de diferente calado, a nuestro parecer, es si, como sostiene un sector doctrinal, los bienes jurídicos dignos de protección, para serlo, deben tener como referente algún interés o bien individual. HASSEMER rechaza de plano la pura protección del sistema social y delimita el bien jurídico-penal en torno a los intereses humanos que requieren protección penal. Es lo que se conoce como la teoría personalista del bien jurídico-penal, que es definido como todo interés humano necesitado de protección jurídico-penal. En efecto, en el contexto de la discusión sobre los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos (o “universales”, en la terminología empleada por el autor), HASSEMER considera imprescindible “funcionalizar” este tipo de intereses generales a partir del individuo, de manera que los bienes jurídicos colectivos sólo pueden fundamentarse y legitimarse “en la medida en que se corresponden con intereses

---

<sup>67</sup> CUELLO CONTRERAS, 2002, p. 60.

<sup>68</sup> El autor ha señalado en este sentido que no es lo mismo decir que existe un límite máximo para el legislador en la elección de las sanciones penales, cual es su reconocimiento constitucional, que admitir la existencia de “obligaciones constitucionales de penalización”, lo cual supondría una evidente distorsión entre los papeles que tienen que jugar las Cortes legislativas y el Tribunal Constitucional (ÁLVAREZ GARCÍA, 1991, pp. 28 y ss., así como en ÁLVAREZ GARCÍA, 1999, pp. 16 - 20).

–conciliados– del individuo”<sup>69</sup>. Así, los bienes jurídicos sólo pueden ser considerados como tales en la medida que estén referidos a intereses de la persona, es decir, que “brinden la posibilidad de servir a los intereses del hombre”<sup>70</sup>. Para este autor, esto no supondría limitar a los bienes jurídicos individuales la consideración de dignos de tutela penal, dado que, en efecto, existen bienes jurídicos colectivos con clara referencia individual como, por ejemplo, el medio ambiente. Conforme a esta concepción, sólo, en todo caso y sin embargo, si la tienen y sólo, de entre todos los intereses sociales, aquellos que contacten con la propia persona individual (aun de forma mediata), merecerían una protección por vía penal.

En todo caso, el intento de reconducir todos los bienes jurídicos a la persona individual y a su dignidad como elemento definitorio del Estado democrático de Derecho es tan obvio como, a la vez, poco útil. Es evidente que sólo merecerán protección penal aquellos intereses sociales, individuales o colectivos que, de un modo más o menos directo, sean esenciales para la vida digna del hombre en sociedad. Pero esto, como tal, ni limita a bienes individuales la protección penal, ni impide la configuración de cualquier interés social como digno de tutela por vía penal, siempre que se pueda argumentar que el mismo es esencial para la vida colectiva. En otras palabras: el bien jurídico-penal no puede configurarse, en ningún caso, como un catálogo cerrado de bienes o intereses dignos de protección, y ello tampoco en lo relativo a una posible referencia individual de los intereses penalmente protegibles.

El único límite en la consideración por parte del legislador de los intereses sociales dignos de protección es, a nuestro humilde parecer, el que debe tratarse de intereses constitucionalmente aceptables. En términos “jakobsianos” equivaldría a decir que el Derecho penal sólo puede servir para confirmar la identidad normativa de la sociedad, de tal modo que, fuera de ello, el legislador puede decidir tutelar cualquier interés social (o norma). Nada le impide hacerlo penalmente mientras cumpla las **formalidades**. Cuestión distinta es si estará legitimado a hacerlo **materialmente** sea cual sea la forma de intervención y sea cual sea la conducta sancionada y la pena impuesta. Ante tal cuestión ya hemos señalado que la respuesta ha de ser negativa. También hemos dicho, y vamos a volver sobre ello seguidamente, que el bien jurídico-penal no es el elemento que nos sirve para valorar tal cuestión.

Siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, el fin último del Derecho penal, que es la prevención de comportamientos delictivos, “no se limita a sí misma”, sino que es necesaria la introducción de una serie de criterios limitadores sobre ella, de carácter formal y material, que tienen que ver con el “modelo de Estado”<sup>71</sup>. Si, como decimos, el bien jurídico-penal no puede ejercer esa función desde el punto de vista material en nuestro Estado social y democrático de Derecho, habrá que buscar y determinar qué garantías, límites o principios pueden hacerlo.

---

<sup>69</sup> HASSEMER, (2) 1989, p. 281.

<sup>70</sup> HASSEMER, (2) 1989, p. 282.

<sup>71</sup> SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 249.

### 3. LA BÚSQUEDA DE LA LEGITIMIDAD MATERIAL DE LAS NORMAS PENALES.

#### 3.1. Punto de partida de la legitimidad material: intereses sociales dignos de protección y constitucionalmente aceptables.

¿Dónde buscar entonces la legitimidad material de las normas penales? Estamos de acuerdo con SOTO NAVARRO en que no puede ser la Constitución la que exclusivamente suministre los criterios de legitimación material de las normas penales. Nos parece acertado que dichos criterios se extraigan más bien de las convicciones sociales mayoritarias<sup>72</sup>, de aquellos intereses que la sociedad considere especialmente valiosos y, en consecuencia, dignos de protección.

Así, pues, como hemos señalado, mientras los intereses sociales dignos de protección sean constitucionalmente aceptables, esto es, mientras se trate de intereses sociales que no choquen contra los derechos, garantías y valores recogidos en el texto constitucional que, como cúspide del Ordenamiento jurídico, condiciona el contenido de todas las normas que lo integran, se puede decir que todo interés que pase a ser protegido penalmente es de libre elección por el legislador. Generalmente lo que esto supone es una libertad de incriminación casi total, pues difícilmente el legislador va a pretender tutelar un interés contrario a la Constitución, la cual, por otro lado, tiene un ámbito de incidencia en esa libertad legislativa cuantitativamente limitado. Bien es cierto que, en todo caso, la Constitución y, por ende, su concreta forma de regulación, el sistema

---

<sup>72</sup> Para esta autora, “las convicciones sociales que resulten mayoritarias según las reglas del debate público deben constituir el referente normativo fundamental para la concreción legislativa de las formas de conducta intolerables por su dañosidad social” (SOTO NAVARRO, 2003, p. 82). Ya su maestro había reparado paralelamente en la conveniencia de [...] eludir la tentación de atribuir sistemáticamente a las propuestas populares o mediáticas un carácter irracional; además de lo injustificado que con frecuencia resulta tal calificativo, deberíamos ser conscientes de que una descalificación permanente de las opiniones populares cuestiona directamente el modelo de sociedad democrática y pluralista con el que nos identificamos y por cuya preservación nos esforzamos” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 175, con crítica incluida a SILVA SÁNCHEZ en p. 169 en cierto modo por esa descalificación). Además, al parecer de DÍEZ RIPOLLÉS, “tampoco conviene descuidar el incontrovertible hecho de que, sin perjuicio del modelo de sociedad hacia el que caminemos, la relevancia contemporánea que las cuestiones de seguridad ciudadana, y de delincuencia en general poseen, así como la tendencia a resolver un buen número de conflictos sociales mediante el Derecho penal, imposibilitan en la práctica aislar a la opinión pública de la política criminal”. Así, pues, en su opinión, “parece tácticamente preferible concentrarse en la mejora de los requisitos participativos y discursivos que debiera satisfacer todo debate público sobre estos temas, que en ignorar o desacreditar, ilusoriamente, a tal opinión pública” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 189). De hecho, frente a las críticas de falta de estabilidad y de falta de fiabilidad o representatividad de la opinión pública, contraargumenta DÍEZ RIPOLLÉS que “[...] debe asegurarse, en primer lugar, que estemos ante opiniones compartidas de manera generalizada por la población, de modo que sólo queden fuera de esa visión minorías muy reducidas. En segundo lugar, debe tratarse de pareceres que muestren una persistencia notable, esto es, que se hayan mantenido sustancialmente inmodificados por encima de circunstancias sociales pasajeras o acontecimientos aislados. En tercer lugar, su método de concreción ha de ser uno de inclusión y no de acumulación, o lo que es lo mismo, las decisiones sobre el contenido de tutela, el ámbito de responsabilidad o la configuración de las sanciones, sean de carácter general sean referidas a supuestos especiales, responderán a lo que prácticamente todos piensan que es lo correcto, y no a transacciones mediante las cuales se toman ciertas decisiones apoyadas por determinados sectores sociales como contrapartida por la adopción de otras impulsadas por sectores distintos” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 191).

democrático, establecen como pilares inquebrantables tanto los valores superiores del Ordenamiento jurídico (destacando entre ellos en lo que nos interesa la libertad y la igualdad), como la dignidad de la persona (art. 10) erigida en fundamento del orden político y de la paz social. Ello obliga al legislador, en nuestra opinión, a someter el consenso social también al respeto a estos principios esenciales de nuestro Estado, en tanto éste reviste la concreta forma política de Estado social y democrático de Derecho. Es decir, que la mera formulación de la mayoría o del consenso social como base de legitimidad sigue siendo, a nuestro parecer, insuficiente como construcción de una legitimación del sistema penal: la mera constatación de que un interés es considerado digno de tutela por la mayoría de la sociedad, incluso que la mayoría de la sociedad está completamente de acuerdo en la forma de protección de un interés y en la concreta tipificación de su infracción, no puede convertir la intervención penal en legítima (materialmente) si se demuestra que la misma es completamente ineficaz, inefectiva o ineficiente y conlleva la privación de derechos fundamentales, pues la dignidad de la persona está por encima de otros intereses sociales dignos de protección.

Si lo que pretendemos es exigir al Derecho penal una legitimidad material junto a la formal, y la misma deviene de los fines del Derecho penal en una determinada configuración social y política, en el Estado social y democrático de Derecho, la legitimidad debería reconducirse a las ideas citadas de necesidad, intervención mínima y proporcionalidad, así como de dignidad humana como criterio fundamental de orientación de la intervención penal<sup>73</sup> (en la medida en que la Constitución la proclama como fundamento del orden político y de la paz social), por lo que no bastará con el acuerdo de intervención para la definición de un objeto de protección para hablar de racionalidad o legitimidad de la norma, sino que será preciso algo más: que la intervención sea, además, necesaria, en el sentido de intervenir cuando sea **necesario** para tutelar los intereses que conforman la vida en sociedad de los ciudadanos, respetando su **dignidad, proporcionalmente** y siempre que **no sea posible intervenir con otros medios**<sup>74</sup>.

Este parecer es consecuente con la convicción de que los fines legítimos del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho (o, en otras palabras, la eficacia del Derecho penal en este marco político), no están identificados sólo con la prevención de comportamientos delictivos sino, también, con la propia autolimitación de la violencia estatal<sup>75</sup>. Sólo si se entiende que esto es así podrá reconocerse que, aunque una norma trate de prevenir comportamientos que pongan en riesgo un interés social digno de protección, conforme a la convicción social mayoritaria, la intervención no es racional si

---

<sup>73</sup> MIRÓ LLINARES, 2009, p. 54.

<sup>74</sup> MIRÓ LLINARES, 2009, p. 54.

<sup>75</sup> Para SILVA SÁNCHEZ el fin último del Derecho penal, que es la prevención de comportamientos delictivos, "no se limita a sí misma", sino que es necesaria la introducción de una serie de criterios limitadores sobre ella, de carácter formal y material, que tienen que ver con el "modelo de Estado" (SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 249).

no es necesaria o, incluso, no es legítima si priva de derechos fundamentales de forma innecesaria.

### 3.2. Las “bases” de la legitimidad material de la decisión legislativa adoptada para la protección de bienes jurídico-penales.

A la hora de sentar las “bases” de lo que entendemos que debe constituir el sustrato de la legitimidad material de la intervención legislativa penal, es imprescindible desmenuzar el contenido de cada uno de los tres principios que, según venimos señalando, han de constituir en nuestra opinión el fundamento de la legitimidad material del Derecho penal<sup>76</sup>. Lo haremos sucesivamente a lo largo de las siguientes páginas.

#### *a) El principio de necesidad de protección.*

En nuestra concepción, el principio de necesidad hace referencia a que la decisión legislativa de castigar a través del Derecho penal un determinado comportamiento debe corresponderse con unas exigencias de tutela que sean reales. Y ello porque es una “condición imprescindible” el “que la intervención penal, además de justificable normativamente, sea en verdad necesaria”<sup>77</sup>. Así definido, y tal y como ha considerado nuestro Tribunal Constitucional a la hora de desarrollar los componentes del principio de proporcionalidad, este principio tiene que ver mucho no sólo con dicha proporcionalidad, sino también, en su formulación tradicional, con el principio de intervención mínima y con el de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Si bien aceptamos la relación del principio de necesidad con el primero de estos dos principios (el de intervención mínima, tal y como será definido un poco más adelante), consideramos más adecuado hablar, para la segunda relación señalada, de un **principio de lesividad** que de un principio exclusiva protección de bienes jurídicos, que viene a hacer referencia “a la necesidad de encontrar en una conducta algún grado de peligro o daño a un bien jurídico”<sup>78</sup>. Por esto mismo incluso podríamos denominarlo también

---

<sup>76</sup> Cada uno de ellos aparece de alguna forma referenciado dentro de la sugerente y mucho más completa y detallada propuesta de SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, 2012, que ha agrupado en tres (con sus correspondientes subprincipios, encontrando reflejo de todos y cada uno de ellos en preceptos de nuestro Ordenamiento jurídico-positivo) los presupuestos materiales de la Política criminal: seguridad en la vida social, legalidad y respeto de la dignidad (SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, 2012, pp. 96 - 116). El principio de seguridad se subdividiría en prevención pública, necesidad y subsidiariedad (SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, 2012, pp. 131 - 159); el de legalidad en mandato de determinación, aplicación de la Ley y sometimiento al proceso (SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, 2012, pp. 162 - 194); y, finalmente, el de respeto a la dignidad en interdicción de la desproporcionalidad, utilidad y culpabilidad (SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, 2012, pp. 195 - 224).

<sup>77</sup> QUINTERO OLIVARES/GONZÁLEZ BONDIA/FALLADA GARCÍA-VALLE, 2015, p. 106.

<sup>78</sup> RANDO CASERMEIRO, 2010, p. 160. Apunta ORTIZ DE URBINA GIMENO que la expresión “exclusiva protección de bienes jurídicos” se hizo popular “en el transcurso de la exitosa campaña operada en los años sesenta para purgar el Derecho penal alemán de elementos que servían a una concreta concepción de la

**principio del daño**, en tanto podemos aceptar e, incluso, compartir, la concepción del angloamericano “harm principle” (cuyos presupuestos fueron formulados por J.S. MILL en el siglo XIX<sup>79</sup> y que en la década de los ochenta fueron desarrollados extensa y brillantemente a lo largo de una magistral obra de cuatro tomos por J. FEINBERG<sup>80</sup>), que está “orientado prioritariamente a asegurar las condiciones de la convivencia social, en cuanto los intereses primordiales del individuo son protegidos frente a injerencias externas, y ello de modo que intente asegurarse la mayor optimización posible de las esferas de libertad de todos”<sup>81</sup>. Ello implica que “no toda conducta lesiva ha de ser prohibida penalmente”<sup>82</sup>, sino que para adoptar tal decisión antes hay que analizar y comparar daños teniendo en cuenta una serie de lo que FEINBERG denominó “mediating maxims for the application of the harm principle”<sup>83</sup> (o “mediating principles” en la denominación más sintética que se utiliza usualmente por la doctrina para referirse a los mismos<sup>84</sup>), entre los que se incluyen “la intensidad y probabilidad del daño, la relevancia de los intereses a proteger, el grado de limitación de la libertad personal del autor y el valor social del comportamiento”<sup>85</sup>.

En cualquier caso, refiriéndonos a este principio aquí como principio de lesividad, el mismo (que DÍEZ RIPOLLÉS niega que sea equiparable o identificable en su modelo con el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos) implica “que tan sólo podemos emplear los medios punitivos del Estado frente a conductas que sean dañosas para la sociedad”<sup>86</sup>.

Simplemente añadiríamos a todo lo dicho que, para DÍEZ RIPOLLÉS, relacionado con el principio de lesividad, pero independiente de él, se encuentra otro “principio de protección”, cual es el de interés público. Para este autor, “la identificación de aquello cuya dañosidad social afecta de modo grave a los presupuestos imprescindibles para la convivencia externa precisa de un punto de referencia” y, en su opinión, “éste se obtiene mediante la remisión al interés público”. Así, pues, “los comportamientos frente a los que ha de intervenir el Derecho penal deben afectar a las necesidades del sistema social en su conjunto”, lo cual exige<sup>87</sup>:

- por un lado, que nos encontremos “ante conductas cuyos efectos trasciendan el conflicto entre autor y víctima”, ya que se atribuye al Derecho penal, frente a otras ramas del Ordenamiento jurídico, “la función de intervenir cuando el conflicto tiene una potencialidad de *generalización* tal que, si no se reacciona de manera adecuada a él, puede generar unos efectos perturbadores que van más allá de los que ya produce en la concreta interacción social afectada”. O, en otras palabras, “la pasividad ante el conflicto pondría en serio peligro la misma pervivencia del orden social”;

---

moral, campaña que se apoyó en el eslogan 'separación de Derecho y moral', pero en realidad, en su opinión, “lo que se quería atacar era la pretensión de imponer *una específica caracterización* de la moral por medio del Derecho penal, lo cual es algo muy distinto” (ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2007, pp. 62 - 63).

<sup>79</sup> MILL, 1859, disponible en <http://www.gutenberg.org/ebooks/34901>.

<sup>80</sup> FEINBERG, 1984, 1985, 1986, 1988.

<sup>81</sup> VON HIRSCH, 2007, pp. 39 - 40.

<sup>82</sup> VON HIRSCH, 2007, p. 41.

<sup>83</sup> FEINBERG, 1984, pp. 187 y ss.

<sup>84</sup> Así, por ejemplo, véase VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS, 2012, pp. 50 - 61.

<sup>85</sup> VON HIRSCH, 2007, p. 41.

<sup>86</sup> RANDO CASERMEIRO, 2010, p. 160.

<sup>87</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, pp. 144 - 145.

- por otro lado, que “ese conflicto que trasciende a la interacción entre autor y víctima se percib[a] como socialmente dañoso desde la perspectiva de los intereses generales, y no desde intereses exclusivos de ciertos grupos sociales”, debiéndose tratar de asegurar “simplemente que se atiende a los intereses del conjunto social, y no a intereses parciales, ni siquiera a intereses contrapuestos compatibles”.

Ello excluye la intervención del Derecho penal frente a conductas que no afecten a la “convivencia social externa”, lo cual ocurrirá principalmente en dos casos, tal y como apunta DÍEZ RIPOLLÉS<sup>88</sup>:

- cuando dichas conductas no obstaculicen “la realización de los planes vitales individuales ajenos -la autorrealización personal de terceros-”;
- cuando, “aun incidiendo en tales planes de vida, se estima que tales incidencias son inherentes a la interacción social y no exigen ningún tipo de reacción, o al menos ningún tipo de reacción colectiva”.

El análisis de la dañosidad social, o, en otras palabras, “la identificación de los comportamientos socialmente dañosos”, requerirá ineludiblemente “la colaboración de las ciencias sociales y, en particular, de la sociología, en cuanto disciplinas que pueden aportar una descripción empírica de los problemas de organización de la convivencia social y de los instrumentos arbitrados para su solución”<sup>89</sup>. En efecto, las Ciencias sociales y la Criminología pueden dar un conocimiento cierto de la realidad que se pretende regular a través de una ley penal, y ello porque, pudiendo ser los procesos de cambio social reales o aparentes, si el legislador prescindiera de su constatación empírica a través esas disciplinas, correría el riesgo de regular problemas ficticios, promovidos artificialmente o de asumir una función promotora del cambio social que no le corresponde<sup>90</sup>. Y es que, tal y como asevera NOLL, a mayor información empírica de que se disponga, más se reduce el ámbito de las decisiones valorativas arbitrarias<sup>91</sup>, esto es, más se avanza hacia decisiones racionales, que podrían ser adoptadas en esta concreta materia a través de árboles de decisión de criminalización de conductas ofensivas, tal y como ha propuesto recientemente de un modo muy original MIRÓ LLINARES<sup>92</sup>.

Así, pues, a través de un análisis sociológico deberá verificarse empíricamente la dañosidad social de una forma de conducta, de modo que queden determinadas sus consecuencias negativas para el conjunto del sistema social. Para SOTO NAVARRO nos encontramos ante “un presupuesto imprescindible, que, corregido por los juicios valorativos a realizar en fases sucesivas, permitirá justificar, en su caso, la decisión de inculpar un comportamiento”. Si se diera el caso de que no sea posible la constatación empírica de la dañosidad social de una conducta, para esta autora “deberá optarse en favor de la impunidad o de la descriminalización de dicha conducta (principio *in dubio*

---

<sup>88</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 138.

<sup>89</sup> SOTO NAVARRO, 2003, p. 81.

<sup>90</sup> SOTO NAVARRO, 2003, p. 158.

<sup>91</sup> NOLL, 1980, p. 77.

<sup>92</sup> MIRÓ LLINARES, 2015, especialmente pp. 56 - 60.

*pro libertate*), en coherencia con un orden social en el que la libertad de los ciudadanos constituye un valor superior”<sup>93</sup>.

Pero, en todo caso, como apunta SILVA SÁNCHEZ, hay que tener claro que “no basta con la ‘necesidad’ de la intervención penal”, sino que es necesario, además, “que el hecho en sí de la intervención jurídico-penal, así como la medida de su intensidad, resulten adecuados y proporcionados”<sup>94</sup>. Ello lo veremos posteriormente, una vez que examinemos antes las exigencias que conlleva en un Estado social y democrático de Derecho poder afirmar que existe una insuficiencia de “mecanismos extrapenales”, ante una determinada conducta constatada empíricamente ya como socialmente dañosa, para poder recurrir al Derecho penal.

#### *b) El principio de intervención mínima.*

El principio de intervención mínima, denominado así en la doctrina penal española por primera vez por MUÑOZ CONDE<sup>95</sup>, afecta de forma directa al contenido y extensión del “ius puniendi”<sup>96</sup> y aparece inspirado por el logro de una mayor racionalidad y efectividad de su ejercicio por parte del Estado. De este modo, según este principio, el Derecho penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación de la paz social, frente a las agresiones más intolerables que se realizan contra el mismo. Por tanto, siempre que existan otros medios diferentes al Derecho penal para la defensa de los derechos individuales, éstos serán preferibles, por ser menos lesivos. Así, tradicionalmente se viene aceptando en el principio de intervención mínima un doble contenido<sup>97</sup>:

- Por un lado, supone la **intervención fragmentaria** del “ius puniendi”<sup>98</sup>, lo cual significa que el Derecho penal “no protege todos los bienes jurídicos, sino los más fundamentales, y ni siquiera protege a éstos frente a cualquier clase de atentados, sino tan sólo frente a los ataques más intolerables”<sup>99</sup>.

La paternidad de la enunciación del carácter “fragmentario” del Derecho penal corresponde a BINDING<sup>100</sup>, que lo hizo a principios del siglo XX para referirse al carácter incompleto de la Parte especial, lo cual constituía, a juicio de aquél, una “gran deficiencia del Derecho penal”. En definitiva, se trataba de “un importante vicio del Derecho penal que debía subsanarse dando una protección completa a

<sup>93</sup> SOTO NAVARRO, 2003, p. 158.

<sup>94</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2009, p. 15.

<sup>95</sup> MUÑOZ CONDE, 1975, pp. 59 y ss.

<sup>96</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 378.

<sup>97</sup> Expresado sintéticamente con maestría por DEL ROSAL BLASCO del siguiente modo: “El carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal exigen que éste no extienda sus conminaciones penales a todos los bienes, valores o intereses protegibles sino sólo a los más importantes, dignos y necesitados de protección; y, además, que esa protección no se extienda a todos los ataques sino únicamente a aquellos que sean más graves e intolerables” (DEL ROSAL BLASCO, 2005, pp. 953 - 954).

<sup>98</sup> Véase MAIWALD, 1972, pp. 9 - 23

<sup>99</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, 1978, p. 19.

<sup>100</sup> BINDING, 1902, p. 20.

los bienes jurídicos”<sup>101</sup>. La utilización originaria del término, por tanto, no se corresponde con la actual, tal y como lo acabamos de definir. De ahí que DÍEZ RIPOLLÉS considere que hablar de “fragmentariedad” supone emplear una locución no “especialmente afortunada”, en la medida que “aporta un contenido semántico indicador de una cierta falta de perspectiva valorativa o de coherencia ordenadora, lo que ciertamente no corresponde al uso que del concepto ahora se hace”, por lo que considera preferible hablar en este caso de “esencialidad”, por reflejar “mejor lo que se quiere expresar”<sup>102</sup>.

- Por otro lado, el principio de intervención mínima conlleva además uno de los denominados y ya mencionados “mediating principles”: que el Derecho penal sólo ha de **intervenir subsidiariamente**<sup>103</sup>, es decir, que “no será legítimo acudir a medios de especial severidad, como los ‘penales’, si cabe utilizar, con éxito, medios de naturaleza ‘no penal’, menos devastadores”<sup>104</sup>, lo cual significa, en definitiva, que “la política ‘penal’ -la prevención del delito a través de la pena- debe ocupar el último lugar [‘ultima ratio’] en los planes de política ‘criminal’ del Estado”<sup>105</sup>.

DÍEZ RIPOLLÉS pone importantes objeciones a la configuración tradicional del carácter “subsidiario” del Derecho penal. De hecho, para empezar, niega que deba estar en estrecha conexión con la vertiente de fragmentariedad (o esencialidad), al considerar que “la integración de ambos principios en un metaprincipio de intervención mínima ha originado muchas confusiones conceptuales en las que algunos hemos caído durante demasiado tiempo”<sup>106</sup>. Además, considera que, pese a su importancia, en su modelo no debe tenerse en cuenta la “ultima ratio” del Derecho penal en el nivel de racionalidad ética, ya que, por un lado, en dicho carácter subsidiario “el componente de instrumentalidad es lo suficientemente predominante como para que sea más aconsejable insertarlo en racionalidades ulteriores”, y, por otro lado, “su indudable componente ético queda reflejado debidamente”<sup>107</sup>, dentro de su modelo, en el principio de correspondencia con la realidad como principio de protección.

Dicho principio viene a significar el predominio de una aproximación empírica a la hora de analizar la realidad social para ser consistente desde el punto de vista ético. Ello viene a suponer, pues, que “toda conducta gravemente dañosa para los intereses públicos en el mantenimiento de determinada convivencia social

---

<sup>101</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, 1981, p. 362.

<sup>102</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 141.

<sup>103</sup> Véase KAUFMANN, 1974, pp. 103 y ss.

<sup>104</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 382.

<sup>105</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 383.

<sup>106</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 143.

<sup>107</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 144.

externa ha de ser accesible a su constatación mediante las ciencias empíricosociales”<sup>108</sup>.

Estas dos vertientes, fragmentariedad (o esencialidad) y subsidiariedad, se unen, al fin y al cabo, en la exigencia de que el Derecho penal debe conseguir su propia racionalidad, como señaló BRICOLA, conteniendo su tendencia “inflacionista” y procurando que su papel de instrumento excepcional, de “extrema ratio”, sirva para la tutela “fragmentaria” de los bienes jurídicos esenciales para la existencia y desarrollo de la comunidad estatal<sup>109</sup>.

Es cierto, sin embargo, que las exigencias derivadas del principio de intervención mínima chocan frontalmente desde hace mucho tiempo con la tendencia “neocriminalizadora” del Derecho penal<sup>110</sup>, que ha puesto en evidente crisis la vigencia real del principio de intervención mínima mismo<sup>111</sup>. Ya advertía en su día MIR PUIG, respecto al carácter fragmentario de la protección de bienes jurídicos, que “las últimas reformas del Código penal parecen olvidar lo positivo del carácter fragmentario de la protección penal, inspiradas por lo general en el principal afán de *completar* la protección de ciertos bienes jurídicos”, resultando “curioso” el “observar que en nuestro país las Leyes penales más recientes han perseguido el objetivo de crear nuevos delitos, agravar las penas de otros ya existentes, o ampliar la esfera de estados peligrosos y medidas de seguridad”<sup>112</sup>.

Pues bien, dicha tendencia persevera en la actualidad<sup>113</sup>, y podría decirse que ha ido mucho más allá de lo nadie pensaba cuando MIR PUIG la detectó. En efecto, como describen MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, “actualmente se advierte una tendencia a ampliar el ámbito de intervención penal a la protección de *bienes jurídicos universales* cada vez más inaprensibles y, por eso mismo, difíciles de delimitar”, bienes que son de “importancia” en las “sociedades modernas”, no obstante lo cual “ello en ningún caso debería significar la pérdida de identidad del Derecho penal y su conversión en una *soft law* haciéndole cumplir funciones más propias del Derecho civil o administrativo o

---

<sup>108</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 145.

<sup>109</sup> BRICOLA, 1997, p. 189. MARTOS NÚÑEZ, con una enunciación esencialmente formal, concibe el principio de intervención mínima como aquél por el que “[...] el Derecho penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del Ordenamiento jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo” (MARTOS NÚÑEZ, 1991, pp. 219 - 220).

<sup>110</sup> Véase, con intención sintetizadora de las diferentes aristas de tal fenómeno, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, 2017, pp. 81 - 144.

<sup>111</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 389.

<sup>112</sup> MIR PUIG, 2002, p. 111. Así mismo, apuntaba dicho autor, respecto a la naturaleza subsidiaria del Derecho penal, que “abandonada la mera posición de árbitro de las fuerzas sociales propia del Estado liberal clásico, el actual Estado social tiende a invadir progresivamente nuevos ámbitos de la vida de la sociedad. En nuestra parcela ello tiende a reflejarse en la ampliación de la protección penal, que se extiende a nuevas esferas e intensifica su rigor. Tal tendencia sólo será admisible si no cabe imponer medios de protección menos lesivos que la pena o la medida de seguridad” (MIR PUIG, 2002, p. 110).

<sup>113</sup> Es recomendable en este punto, por esclarecedora y por ser plenamente aplicable a España, la lectura de PRITTWITZ, 2000, pp. 427 y ss.

utilizándolo simplemente como ‘tapadera’ de los déficit de funcionamiento de otras ramas del Derecho”<sup>114</sup>.

En cualquier caso, nos interesa destacar, a modo de conclusión, que el principio de intervención mínima se explicita en un mandato consistente en que el Derecho penal tan sólo debe tutelar aquellos intereses sociales que se consideren más valiosos (según el antedicho principio del consenso social), hallándose estrechamente ligado así al fundamento del Derecho penal en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, de tal manera que, de incumplirse con lo que dicta su contenido (se infringiría así lo que desde la doctrina penalista anglosajona se ha denominado el “derecho a no ser criminalizado sin una razón sustancial”<sup>115</sup>), será descartable (irracional e ilegítima materialmente) la intervención penal que pretenda actuar de ese modo.

*c) El principio de proporcionalidad penal.*

Dice SILVA SÁNCHEZ con razón que, aunque se cumpliera con todas las exigencias que conlleva la vigencia del principio de intervención mínima, esto es, que el Derecho penal apareciera como último recurso ante el fracaso de todas las demás instancias, ello no implicaría que su utilización supusiera una respuesta adecuada ni, mucho menos, proporcionada<sup>116</sup>. Es decir, “una conducta socialmente lesiva no se convierte en delictiva por el hecho de que no se hallen –o no se busquen suficientemente– mecanismos fuera del Derecho penal para su razonable contención”, sino que “para ser caracterizada como delictiva, la conducta debe merecer la sanción penal como reacción justa”<sup>117</sup>, proporcionada.

El principio de proporcionalidad surgió en el ámbito del Derecho de policía, como un límite frente a la arbitrariedad administrativa, expandiéndose posteriormente a todos los ámbitos del Derecho<sup>118</sup>. Actualmente se erige en un auténtico imperativo propio del Estado de Derecho, ya que ha llegado a ser “algo más que un criterio, regla o elemento de juicio utilizable técnica y asépticamente para afirmar consecuencias jurídicas”, pues se puede decir que en la actualidad “constituye un principio inherente al Estado de Derecho con plena y necesaria operatividad en cuanto su exigida utilización se presenta como una de las garantías básicas que han de observarse en todo caso en que se vean lesionados derechos y libertades fundamentales”<sup>119</sup> (así lo afirma también nuestro Tribunal Constitucional, que establece que este principio opera no sólo en el ámbito penal y en el administrativo, sino siempre que estemos ante medidas restrictivas de derechos fundamentales –SSTC 56 y 207/1996–). De hecho, el juicio de proporcionalidad se ha ido precisando en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no como canon de

<sup>114</sup> MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2004, pp. 82 - 83.

<sup>115</sup> HUSAK, 2013, pp. 205 y ss. Véase, con mayor detalle y profusión, BAKER, 2011.

<sup>116</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2009, p. 15.

<sup>117</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2009, p. 15.

<sup>118</sup> PEDRAZ PENALVA/ORTEGA BENITO, 1990, p. 69. También, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, 1990, p. 29.

<sup>119</sup> PEDRAZ PENALVA/ORTEGA BENITO, 1990, p. 79.

constitucionalidad autónomo sino como juicio potencialmente afectante a otros principios constitucionales (STC 161/1997) y derechos individuales<sup>120</sup>.

Así, pues, con carácter general, como apunta GARCÍA ALBERO, el principio de proporcionalidad impone un límite general a la tendencia del Estado a castigar “comportamientos puramente racionales respecto de los fines’ perseguidos, exigiendo además una adecuación de aquéllos con referencia a valores”<sup>121</sup>. En nuestro ámbito, el jurídico-penal, dice SILVA SÁNCHEZ que el principio de proporcionalidad, que es en su opinión el “mediating principle” más paradigmático y decisivo<sup>122</sup>, permite conectar los fines del Derecho penal con el hecho cometido por el delincuente, impidiendo el establecimiento de conminaciones penales o la imposición de penas de forma abstracta, sin relación valorativa con el hecho<sup>123</sup>. En efecto, según este principio, también llamado por algunos autores de “prohibición de exceso” (“Übermassverbot”) o de “proporcionalidad en sentido amplio” (“Verhältnismässigkeit”)<sup>124</sup>, la gravedad de la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, a la gravedad del injusto<sup>125</sup> (lo cual “aparece como una exigencia de justicia”<sup>126</sup>), debiendo tenerse en cuenta sobre todo la gravedad intrínseca del hecho, por el grado de desvalor del resultado y de la acción –importancia y número de bienes jurídicos afectados, entidad del daño, peligrosidad de la acción y desvalor de la intención–, así como, en menor medida, “la gravedad ‘extrínseca’ del hecho, esto es, el peligro de frecuencia de su comisión y consiguiente alarma social, que también cabe incluir en el desvalor objetivo de la acción”<sup>127</sup>.

Puede decirse así que el principio de proporcionalidad penal tiene un doble destinatario<sup>128</sup>: por una parte, el poder legislativo, que está obligado a establecer penas proporcionadas, en abstracto, a la gravedad del delito, y, por otra parte, el poder judicial, que debe regirse por la proporcionalidad a la hora de determinar, en concreto, la pena a imponer a cada conducta. Este principio, además, quizá por la “*vis expansiva* de la proporcionalidad” de la que hablaba LAMARCA PÉREZ hace unos años<sup>129</sup>, sirve en la actualidad a muchos autores y Cortes Constitucionales para integrar toda una serie de criterios, hasta ahora dispersos, como la construcción de una jerarquía de bienes jurídicos intrasistemática (principio de necesidad), la “ultima ratio” (principio de intervención mínima)<sup>130</sup>, o también, por ejemplo, el criterio “favor libertatis”, o el de “no

<sup>120</sup> Sobre ello, véase DE LA MATA BARRANCO, 2007, p. 73.

<sup>121</sup> GARCÍA ALBERO, R., 2001, p. 349.

<sup>122</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2012, p. 16.

<sup>123</sup> SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 260.

<sup>124</sup> COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999, pp. 81 y ss.; CUERDA ARNAU, 1997, pp. 452 y ss.

<sup>125</sup> LUZÓN PEÑA, 1996, p. 85. Y, en el caso de la medida de seguridad, ésta debe corresponderse “con la peligrosidad del sujeto” (MORILLAS CUEVA, 2005, p. 131).

<sup>126</sup> VON HIRSCH, 1998, p. 31.

<sup>127</sup> LUZÓN PEÑA, 1996, p. 85.

<sup>128</sup> Véase CUERDA RIEZU, 1997, pp. 246 - 248.

<sup>129</sup> Lamarca Pérez, 2011, p. 17

<sup>130</sup> Como, por ejemplo, PRIETO DEL PINO, 2016, pp. 288 - 294.

más daño que utilidad”<sup>131</sup>. En suma, todo esto da lugar a que, hoy en día, la doctrina entienda el principio de proporcionalidad, por influencia fundamental de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, como principio de proporcionalidad en sentido amplio que, a su vez, se descompone en tres subprincipios, condiciones de aplicación o requisitos “intrínsecos”<sup>132</sup>: el de idoneidad, el ya apuntado de necesidad, y el de proporcionalidad en sentido estricto<sup>133</sup>:

- El subprincipio de idoneidad supone la exigencia de que la intervención por medio del Derecho penal sea requerida para la tutela del bien jurídico, y que la medida adoptada (sea pena o sea medida de seguridad), sea la adecuada –de ahí que también se le denomine a este subprincipio como de “adecuación” (“Geeignetheit”)– para conseguir la finalidad o el resultado que se persigue.
- Por su parte, como ya hemos afirmado anteriormente, el subprincipio de necesidad – también llamado de “exigencia de intervención mínima”, del “mínimo ataque posible” o “principio del medio relativamente más suave”<sup>134</sup> (“Erforderlichkeit”)–, dentro del principio de proporcionalidad, se concreta en el ámbito del Derecho penal en dos principios tratados de alguna forma anteriormente: por una parte, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (o de lesividad, como preferimos) y, por otra, el principio de intervención mínima, con las exigencias de “ultima ratio” y carácter fragmentario del Derecho penal. Por ello, aquí se trataría de considerar que la intervención del legislador es necesaria o exigible, desde el prisma de la proporcionalidad, cuando éste no haya podido optar por un medio distinto, igualmente eficaz, que no limitara o que lo hiciera en menor grado.
- Finalmente, el principio de proporcionalidad en sentido estricto (“Proportionalität”) viene a coincidir con el principio de proporcionalidad de las penas y el principio de proporcionalidad de las medidas de seguridad, tal y como ha sido entendido tradicionalmente por la doctrina; es decir, supone que las consecuencias jurídicas derivadas del delito sean proporcionadas a la gravedad del mismo<sup>135</sup>.

En cualquier caso, consideramos que la necesidad de proporcionalidad constituye también una exigencia del Estado democrático. Como dijo MIR PUIG, “un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la

---

<sup>131</sup> Desde estos dos últimos puntos de vista, LASCURAÍN SÁNCHEZ postula que “la evaluación de la norma que en términos de libertad exige el principio de proporcionalidad es una evaluación global de sus costes y de sus beneficios. Así, el carácter coactivo de la norma no se circunscribe al de la sanción, sino que incluye también el de la propia limitación de la autonomía que el propio precepto supone; su carácter gravoso comprende también los costes económicos que su efectiva aplicación genera. Por su parte, el cómputo de los beneficios de protección de la norma habrá de tomar en cuenta no sólo el valor del concreto bien jurídico protegido, sino también la medida en la que se le protege, y, con ello, el grado de amenaza del comportamiento incriminado para el orden social” (LASCURAÍN SÁNCHEZ, 1998, p. 188).

<sup>132</sup> PERIS RIERA/CUESTA PASTOR, 2000, p. 2.

<sup>133</sup> Véase, por todos, AGUADO CORREA, 1999, pp. 147 - 148.

<sup>134</sup> PRIETO DEL PINO, 2016, p. 281.

<sup>135</sup> AGUADO CORREA, 1999, p. 148.

sociedad tienen los hechos a que se asignan<sup>136</sup>, a lo cual ha añadido con posterioridad “según el grado de la ‘nocividad social’ del ataque al bien jurídico”<sup>137</sup>.

Concluyendo con el principio de proporcionalidad como exigencia de legitimidad material del Derecho penal en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, la idea básica a extraer sobre su contenido es que, como hemos visto que apuntaba anteriormente SILVA SÁNCHEZ, proscribía tanto el establecimiento de conminaciones penales como la imposición de penas sin guardar una relación valorativa (proporcionada) con el hecho. Pero, ¿cómo se podría examinar, analizar o, en nuestra terminología, evaluar el cumplimiento de este principio? El propio SILVA SÁNCHEZ apuntó<sup>138</sup> la existencia de, al menos, dos tipos de criterios que podrían ser de ayuda en esta labor:

- Por un lado, hablaba en su momento de la posibilidad de acudir a **criterios absolutos**, que darían lugar a la comparación entre el daño producido por el hecho y el daño que produce la imposición de la pena sobre el autor o partícipe del hecho. Así, nos estaríamos moviendo, para SILVA SÁNCHEZ, en un contexto conmutativo (tanto haces, tanto recibes) en el que se buscaría una pretensión de legitimación del castigo. Sin embargo, nos podemos encontrar con problemas a la hora de establecer comparaciones entre hechos. Además, también hay que tener en cuenta que el daño a considerar no es únicamente el daño material, sino que también comprende otros aspectos de carácter intelectual, como los daños desde la perspectiva de la psicología social (al provocar el delito inseguridad en la población, en tanto los ciudadanos se ven como víctimas potenciales), o el daño ideal (dada la negación de la norma que supone el hecho dañoso).
- Por otro lado, y superando el anterior tipo de criterios, también señalaba SILVA SÁNCHEZ la posibilidad de emplear **criterios relativos**, que se concretarían en una comparación de la reacción punitiva a analizar, con otras reacciones punitivas emprendidas respecto de otros hechos. Así, por ejemplo, si lo que se está evaluando es si el delito de robo cumple con las exigencias del principio de proporcionalidad, se podrá dar una respuesta afirmativa si se constata que tiene aparejada una pena inferior a la prevista para otros delitos como las lesiones o el homicidio.

En todo caso, en opinión de SILVA SÁNCHEZ, en Derecho penal parece regir, como criterio de proporcionalidad, el criterio del coste-beneficio, que supone la adecuación entre el medio empleado respecto al fin buscado, aunque hay que aclarar que éste, cuando de penas se trata, es doble. Así, siguiendo el presente gráfico<sup>139</sup>, se podría decir que existe en la sanción penal una conminación abstracta y una imposición concreta, entre las que se da una “relación tensa” a la hora de centrar el examen de proporcionalidad de la

---

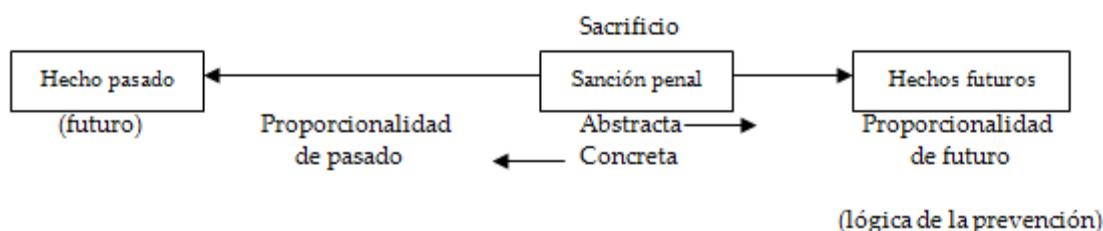
<sup>136</sup> MIR PUIG, 2002, p. 142.

<sup>137</sup> MIR PUIG, 2004, p. 137.

<sup>138</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2006.

<sup>139</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2006.

norma penal. Así, por un lado, existe una “proporcionalidad pasada”, respecto al hecho cometido, y que no es adecuada para el hecho futuro (y viceversa), en tanto la “proporcionalidad de futuro” tiene que ver con la concepción de la pena como un mecanismo disuasorio (un desincentivo proporcionado al incentivo que el posible delincuente tiene para cometer el delito), como un medio para lograr el fin de prevenir comportamientos delictivos.



Así, pues, la evaluación de la norma penal a los efectos que nos interesa, desde el prisma de la proporcionalidad, exigirá centrarse en el examen de la “proporcionalidad de futuro” desde la que el legislador enfocó la incriminación antes de ser adoptada (“ex ante”) o una vez que lo haya hecho (“ex post”), pues, como hemos visto anteriormente, el legislador está obligado a establecer penas proporcionadas, en abstracto, a la gravedad del delito para prevenir la realización de comportamientos que lesionen o pongan en peligro intereses sociales valiosos.

La “proporcionalidad de pasado”, es decir, aquella por cuyo cumplimiento ha de velar el poder judicial a la hora de determinar, en concreto, la pena a imponer a cada conducta, no será objeto principal de un proceso de evaluación legislativa respecto a la proporcionalidad de la norma; podrá ser un objeto de investigación accesorio (por ejemplo, a la hora de estudiar el contenido de las resoluciones judiciales aplicativas de una determinada norma penal), pero ya no el objeto principal, que se focalizará en la existencia de una proporción en abstracto entre la pena establecida por el legislador para la prevención de un delito y la gravedad de éste.

#### 4. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES.

En la primera parte del trabajo hemos visto que, tradicionalmente se viene ligando por parte de la doctrina la cuestión del merecimiento de la intervención penal frente a determinadas conductas con la consideración de que las mismas afectan a, en el sentido de lesionar o poner en peligro, un bien jurídico protegido. Así, parece como si la mera afirmación de que una conducta atente contra un interés categorizable dentro de este concepto de bien jurídico (penalmente) protegido, pueda legitimar la punición penal de tal conducta y que, consecuentemente, únicamente cuando esto sea así podremos fundamentar tal intervención punitiva.

A través del estudio de las funciones que un amplio sector doctrinal le ha venido atribuyendo al bien jurídico-penal y de la evolución teórica que ha experimentado esta institución, hemos podido corroborar lo anterior. Pero también es cierto que, tras el estudio de las posiciones teóricas actuales sobre el bien jurídico-penal, igualmente hemos podido constatar que el mismo se encuentra en una situación de "crisis". En concreto, dicha crisis tiene un doble origen: por una parte el concepto de bien jurídico-penal se ve puesto en duda por un concreto entendimiento teórico del Derecho penal, el funcionalismo sistémico de JAKOBS, que entiende que este sector del Ordenamiento no protege bienes jurídicos, en el sentido de intereses sociales distintos a lo normado, sino que busca simplemente confirmar la vigencia de las normas para garantizar la identidad normativa, la Constitución y la sociedad. Por otra parte, y aun por la de quienes defienden que el Derecho penal debe proteger bienes jurídicos, se reconoce que tal concepto ya no ejerce la función garantística con la que fue creado, en cuanto que no sirve para limitar la intervención penal, dada la amplitud con la que se interpreta el mismo, que permite entender como tal cualquier interés aun coincidente con el mero propósito incriminador con el que actúa el legislador de turno.

La constatación fáctica de que hoy no existe acuerdo sobre lo que es el bien jurídico-penal, y el que ello se utilice para expandir y no para restringir el uso del Derecho penal, no convierte automáticamente en inexistente la función de protección de bienes jurídicos como fundamento legitimador del Derecho penal, sino que simplemente ahonda en la necesidad de definir y concretar dicha función.

La negación por parte del funcionalismo, y las teorías sistémicas del Derecho penal más radicales, de la validez del concepto de bien jurídico-penal y su consideración como innecesario en cuanto referente material de legitimidad, puede ser acertada, pero cae en el riesgo, quizá de algún modo directamente buscado, de incurrir en el más absoluto formalismo. En otras palabras, si se destruye el bien jurídico-penal y no se sustituye por ningún criterio distinto, pero con contenido material, ello supondrá, ni más ni menos, la eliminación en el delito de cualquier exigencia de legitimación fuera de la propiamente formal, referida a la construcción normativa, y, por tanto, la eliminación de cualquier posibilidad de juicio crítico, no de carácter meramente técnico-formal, sobre lo sancionado o lo no sancionado.

En nuestra opinión, la exigencia de que el Derecho penal castigue únicamente ataques a bienes jurídicos es, sobre todo, la manifestación de un planteamiento político-criminal que trata de limitar el uso del Derecho penal a cuando sea necesario. El problema es, sin embargo, que el bien jurídico-penal, como criterio descriptor de la existencia de un interés social que puede ser protegido, es completamente insuficiente para definir la necesidad de intervención penal y, por tanto, para, mediante el juicio de si una conducta afecta o no a un bien jurídico, llevar a cabo una valoración político-criminal en términos de racionalidad o, incluso de legitimidad (material), sobre una concreta norma penal. La razón es que la auténtica cuestión política del Derecho penal no es si se protegen bienes o normas, sino qué normas o bienes deben protegerse e, incluso, más allá de ello, frente

a qué comportamientos en concreto es legítimo hacerlo por medio del Derecho penal.

Ahora bien, tampoco con lo anterior estamos afirmando que no existan los bienes jurídicos penalmente protegidos, sino que sólo estamos limitando su alcance. La intervención penal deberá llevarse a cabo frente a comportamientos que atenten contra bienes jurídicos, intereses sociales dignos de protección. Lo que sucede es que la mera afirmación de que algo es un bien jurídico no permitirá justificar, sin más, la intervención penal. Pero eso sí, es obvio pretender que la intervención penal deberá serlo para tutelar intereses sociales, e incluso es posible imponer unas exigencias, aunque sea mínimas, a los mismos.

En este sentido, la primera de dichas exigencias, es que esos intereses sociales dignos de protección han de ser constitucionalmente aceptables. Es decir, nos debemos encontrar ante intereses sociales que no choquen contra los derechos, garantías y valores recogidos en el texto constitucional que, como cúspide del Ordenamiento jurídico, condiciona el contenido de todas las normas que lo integran. Y ello, fundamentalmente, porque la utilización del Derecho penal está condicionada por el modelo de Estado en el cual se enmarca y, en nuestro caso, el Derecho penal ha de respetar los límites que impone, en cuanto que supone la consagración de determinados valores y derechos, el Estado social y democrático de Derecho que configura la Constitución.

Cuestión distinta y de diferente calado, es si, como sostiene un sector doctrinal, los bienes jurídicos dignos de protección, para serlo, deben tener como referente algún interés o bien individual. Creemos que el intento de reconducir todos los bienes jurídicos a la persona individual y a su dignidad como elemento definitorio del Estado democrático de Derecho es tan obvio como, a la vez, poco útil, ya que ello ni limita a bienes individuales la protección penal, ni impide la configuración de cualquier interés social como digno de tutela por vía penal, siempre que se pueda argumentar que el mismo es esencial para la vida colectiva. En otras palabras: el bien jurídico-penal no puede configurarse, en ningún caso, como un catálogo cerrado de bienes o intereses dignos de protección, y ello tampoco en lo relativo a una posible referencia individual de los intereses penalmente protegibles.

El único límite en la consideración por parte del legislador de los intereses sociales dignos de protección es, pues, el que debe tratarse de intereses constitucionalmente aceptables. Nada le impedirá al legislador decidir tutelar penalmente cualquier interés social mientras cumpla las formalidades. Cuestión distinta es si estará legitimado a hacerlo materialmente sea cual sea la forma de intervención y sea cual sea la conducta sancionada y la pena impuesta. Ante tal cuestión la respuesta ha de ser negativa y, además, el bien jurídico-penal no es el elemento adecuado para valorar tal cuestión.

En la segunda parte del trabajo hemos formulado las “bases” de lo que entendemos que debe constituir el sustrato de la legitimidad material de la intervención legislativa penal, concretadas en tres principios: necesidad de protección, intervención mínima y proporcionalidad.

En primer lugar, el **principio de necesidad de protección** va a estar relacionado con lo apuntado más arriba respecto a la idea de dañosidad social. Es decir, será necesaria la utilización de técnicas de investigación social que permitan constatar empíricamente la dañosidad social de la forma de conducta incriminada o a incriminar. De resultar que no se deriva dañosidad social alguna de la situación respecto a la que se produjo la correspondiente intervención legislativa (pretendidamente fundamentada en aquélla en su momento), o, incluso, si, como vimos más arriba que apuntaba SOTO NAVARRO, se diera el caso de que no sea posible la constatación empírica de la dañosidad social, la conducta deberá ser descriminalizada, en coherencia con un orden sociopolítico en el que la libertad de los ciudadanos constituye un valor superior, y la dignidad humana su fundamento.

En segundo lugar, el **principio de intervención mínima** exigirá también una valoración empírica, de carácter procedimental, sobre las posibilidades de intervención existentes (en el momento en que se creó la norma y en el actual), con el objeto de poder dictaminar cuál de todas ellas, incluida la penal, resulta más eficaz para la prevención y evitación de comportamientos riesgosos para con los intereses sociales que se pretendían proteger. Así, pues, la intervención penal será ilegítima desde el punto de vista material cuando no tenga como objetivo tutelar intereses sociales que se consideren más valiosos (conforme al principio del consenso social) frente a la clase de atentados más intolerables que se puedan producir contra los mismos y/o cuando quepa utilizar otros medios de naturaleza “no penal”, menos graves en cuanto a sus consecuencias.

Finalmente, la evaluación respecto al **principio de proporcionalidad** ha de estar centrada en la “proporcionalidad de futuro”, desde cuyo punto de vista el legislador pretendía que la pena funcionase como un medio para lograr el fin de prevenir comportamientos delictivos. Y, en concreto, se deberá analizar en retrospectiva el momento en el que la decisión de intervenir penalmente fue efectivamente adoptada, para decidir si se puede decir que la pena que se previó es proporcionada, en abstracto, respecto a la gravedad del delito tipificado, en orden a la prevención de comportamientos que lesionen o pongan en peligro intereses sociales valiosos. Si las exigencias derivadas de la vigencia del principio de proporcionalidad penal no se vieran cumplidas, por existir una desigualdad (igualdad como valor superior del Ordenamiento jurídico, y como principio constitucional) punitiva evidente a la luz de la comparación o comparaciones punitivas entre la norma de la que se trate y otras, aquélla sería ilegítima desde el punto de vista material, ya que, como apunta HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, “un tratamiento desigual tiene que mantener una proporción entre el tratamiento desigual y la finalidad del mismo”<sup>140</sup>.

En todo caso, consideramos que, en un Estado social y democrático de Derecho como en el que nos encontramos, en el que rige lo establecido en el **art. 1.1 de la CE 1978**, a la luz del cual la libertad es un valor superior del Ordenamiento jurídico (junto a la

---

<sup>140</sup> HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, 2003, p. 468.

mencionada igualdad<sup>141</sup>, más la justicia y el pluralismo político), un “principium” que implica que cualquier limitación externa sobre la misma deba ser justificada<sup>142</sup>, dicha libertad sólo puede restringirse en lo que resulte estrictamente necesario (STC 62/1982, de 15 de octubre, sobre el delito de escándalo público, que terminó por despenalizarse). Esto es, en nuestra opinión, si resulta que se demuestra empíricamente que una ley penal creada y en vigor para la prevención real de comportamientos delictivos, está restringiendo la libertad de los ciudadanos innecesariamente (principio de necesidad), probándose también que existían otros instrumentos igualmente eficaces pero menos restrictivos (principio de intervención mínima), resultando ser, por tanto, una medida desproporcionada (principio de proporcionalidad), dicha ley, como hemos dicho, debe ser declarada ilegítima desde el punto de vista material, y la vía existente en nuestro sistema democrático para ello es la declaración de inconstitucionalidad.

Y es que, como afirma MIRÓ LLINARES “la aprobación de cualquier cambio normativo conlleva siempre la modificación de procesos sociales, bien por medio de la creación de nuevas instituciones o la modificación de las existentes, o bien por medio de la modificación de comportamientos de los ciudadanos mediante la imposición de nuevas obligaciones o permisiones. Todos estos procesos se pueden medir como costes, y no sólo en términos económicos, en cuanto al gasto patrimonial que conllevará la implantación de los mismos, sino también en términos de **intromisión en esferas de libertad**. En efecto, cualquier cambio normativo suele producir una intervención en la libertad de los ciudadanos, que puede ir desde una mera modificación en sus hábitos (coste mínimo) hasta una restricción de su libertad de obrar en aspectos específicos (coste alto). En una sociedad que parte de la libertad y la dignidad de la persona como pilares del sistema democrático, deberá evaluarse el coste en términos de intervención en la libertad de los ciudadanos que supone la implantación de una determinada política pública a través de una norma”<sup>143</sup>. El beneficio a compensar frente al coste vendría dados por “incrementos reales de seguridad general”<sup>144</sup>.

Así, pues, en definitiva, “una norma será eficiente si consigue sus legítimos objetivos propuestos, de mejora de la vida social, con la menor restricción de libertad posible, y esto se relaciona con la propia legitimidad en aquellas normas que puedan suponer restricciones de derechos fundamentales, en cuanto que no será legítima una norma si existe otra que pueda lograr idénticos efectos con una menor afectación de la libertad de

---

<sup>141</sup> Porque, como se está comprobando, compartimos la visión del “Derecho penal del futuro”, trazada por MORILLAS CUEVA, como un “Derecho para la igualdad y para la libertad” (MORILLAS CUEVA, 2002, p. 23).

<sup>142</sup> WINTGENS, 2003, p. 27.

<sup>143</sup> MIRÓ LLINARES, 2009, p. 462. El texto resaltado se ha añadido a la cita.

<sup>144</sup> Como dice SILVA SÁNCHEZ, “no es del todo irrazonable, entonces, que la población dirija a los poderes públicos peticiones de intervenir de modo drástico a fin de garantizar la seguridad general. Los Estados vienen respondiendo a tales demandas de un modo doble. Por un lado, mediante una acelerada ampliación del espacio propio de la legislación penal. Por otro, con un incremento de la gravedad de las penas tradicionales, así como de la intensidad de los medios de intervención policial dentro y fuera del proceso penal. Esta política, que algunos denominan populismo punitivo, tiene un efecto claro: restringe las libertades públicas. Ahora bien, la cuestión es si cabe esperar que resulte eficiente, esto es: que los costes de libertad que comporta se vean compensados por incrementos reales de seguridad general” (SILVA SÁNCHEZ, 2009, p. 15).

los ciudadanos”, de tal manera que “la medición de la eficiencia requerirá de la realización de estudios sociológicos y empíricos de diferente alcance según la temática de la norma de que se trate”<sup>145</sup>.

## 5. BIBLIOGRAFÍA.

AGUADO CORREA, Teresa (1999), *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Edersa, Madrid.

ALCÁ CER GUIRAO, Rafael (2002), “Prevención y garantías: conflicto y síntesis”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 25.

ALONSO Á LAMO, Mercedes (2014), *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los Derechos Humanos. Estudios*, Universidad de Valladolid, Valladolid.

Á LVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (1991), “Bien jurídico y Constitución”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 43.

Á LVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (1999), *Introducción a la Teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.

AMELUNG, Knut (1972), *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft (Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage: Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der “Sozialschädlichkeit” des Verbrechens)*, Athenäum, Frankfurt am Main.

ANGIONI, Francesco (1983), *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano.

ARIAS EIBE, MANUEL José (2008), “Bases sociológicas del funcionalismo penal contemporáneo”, recuperado de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080521\\_18.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_18.pdf).

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (2005), “Sobre el Derecho penal y su racionalidad”, en GÓ MEZ-JARA DÍ EZ, C. (ED.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada.

BAKER, Dennis J. (2011), *The right not to be criminalized. Demarcating Criminal Law’s authority*, Oxford University Press, London.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva (2014), *Bem jurídico-penal*, Quartier Latin, São Paulo.

---

<sup>145</sup> MIRÓ LLINARES, 2009, pp. 462 - 463. Además, “por otra parte, y para la valoración de la eficiencia de la norma resulta esencial no sólo evaluar la norma en sí misma, sino también las instancias o instituciones que hacen posible la aplicación de la misma. En efecto, las normas jurídicas son puestas en práctica por distintos agentes cuyo funcionamiento también puede repercutir en la eficacia [efectividad] y eficiencia de una determinada normativa. Una correcta valoración sobre la norma no podrá, por tanto, realizarse si no se tiene en cuenta el funcionamiento y estructura de todas las instituciones que la ponen en práctica” (MIRÓ LLINARES, 2009, p. 463).

BINDING, Karl (1902), *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, 2ª ed., vol. 1, Wilhelm Engelmann, Leipzig.

BINDING, Karl (1922), *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die arten des Delikts. Band I. Normen und Strafgesetze*, 4ª ed., Meiner, Leipzig.

BIRNBAUM, Johan Michael Franz (1834), "Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung", en *Archiv des Criminalrechts*, t. 15.

BIRNBAUM, Johan Michael Franz (2010), *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito* (traducido por José Luis GUZMÁN DÁLBORA), Bdef, Montevideo/Buenos Aires.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano (2003), *Curso de Política Criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

BRICOLA, Franco (1973), "Teoria generale del reato", en AZARA, A./EULA, E. (DIRS.): *Novissimo Digesto Italiano*, XIX, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino.

BRICOLA, Franco (1997), "Carattere 'sussidiario' del diritto penale e oggetto della tutela", en DEL MISMO: *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Società editricie il Mulino, Bologna.

CANCIO MELIÁ, Manuel (2003), "Dogmática y Política criminal en una teoría funcional del delito", en MONTEALEGRE LYNETT, E. (COORD.): *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en el Derecho penal*, t. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

CANCIO MELIÁ, Manuel/PÉREZ MANZANO, Mercedes (2011), "Principios del Derecho Penal (II)", en LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (COORD.): *Introducción al Derecho Penal*, 1ª ed., Thomson Reuters-Civitas, Madrid.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos (1999), *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (1999), *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín (2002), *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Dykinson, Madrid.

CUERDA ARNAU, María Luisa (1997), "Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal", en ORTS BERENGUER, E. (ED.): *Estudios jurídicos: Libro Homenaje al Profesor José Ramón Casabó Ruiz. Volumen I*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia.

CUERDA RIEZU, Antonio (2003), "Proporcionalidad, efecto desaliento y algunos silencios en la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna", en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./ROMEO CASABONA, C.Mª./GRACIA MARTÍN, L./HIGUERA GUIMERÁ, J.F. (EDS.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*:

*libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid.

DAHM, Georg (1935), *Gemeinschaft und Strafrecht*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier (2007), *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo (1999), "El homicidio y sus formas en el Código penal de 1995", en CEREZO MIR, J./SUÁREZ MONTES, R.F./BERISTAIN IPIÑA, A./ROMEO CASABONA, C.Mª. (EDS.): *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo (2005), "La regulación legal de los actos preparatorios en el Código penal de 1995", en JORGE BARREIRO, A./BAJO FERNÁNDEZ, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C.J. (COORDS.): *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Cizur Menor.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (1997), "El bien jurídico protegido en el Derecho penal garantista", *Jueces para la Democracia*, núm. 30.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2003), *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (1) (2005), "El control de constitucionalidad de las leyes penales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 75.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2) (2005), "La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control", en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./PRIETO DEL PINO, A.Mª./SOTO NAVARRO, S., *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (1997), *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, Colex, Madrid.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (2010), "Funcionalismo y teoría del bien jurídico", en MIR PUIG, S./QUERALT JIMÉNEZ, J.J. (DIRS.); FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. (COORD.), *Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

FEINBERG, Joel (1984), *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 1, Harm to Others*, Oxford University Press, New York.

FEINBERG, Joel (1985), *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 2, Offense to Others*, Oxford University Press, New York.

FEINBERG, Joel (1986), *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 3, Harm to Self*, Oxford University Press, New York.

FEINBERG, Joel (1988), *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 4, Harmless Wrongdoing*, Oxford University Press, New York.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (2004), *Bien jurídico y sistema del delito*, Bdef, Montevideo/Buenos Aires.

FERRAJOLI, Luigi (2001), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5ª ed., Trotta, Madrid.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von (1989), *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, (traducido de la 14ª edición alemana por Eugenio Raúl ZAFFARONI e Irma HAGEMEIER), Hammurabi, Buenos Aires.

FIANDACA, Giovanni (1982), "Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*.

FIOLKA, Gerhard (2006), *Das Rechtsgut. Strafgesetz versus Kriminalpolitik Dargestellt am Beispiel des Allgemeinen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuches, des Strassenverkehrsgesetzes (SVG) und des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG)*, 2 vols., Helbing & Lichtenhahn, Basel.

GALLAS, Wilhelm (1936), "Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung", en DAHM, G. (COORD.): *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft. Festschrift zum 60 Geburtstag von Graf W. Gleispach*, Walter de Gruyter, Berlin.

GARCÍA ALBERO, Ramón (2001), "La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos", en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (COORDS.): *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Elcano.

GARCÍA RIVAS, Nicolás (1996), *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (2000), *Derecho penal. Introducción*, 2ª ed., Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid.

GIL GIL, Alicia (2003), "Prevención general positiva y función ético-social del Derecho penal", en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./ROMEO CASABONA, C.Mª./GRACIA MARTÍN, L./HIGUERA GUIMERÁ, J.F. (EDS.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (1990), *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid.

GRÜNHUT, Max (1930), "Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft", en Hegler, A. (Coord.): *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930*, t. I, Neudruck der Ausgabe, Tübingen.

HASEMER, Winfried (1) (1989), "Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre", en PHILIPPS, L./SOLLEN, H. (COORDS.): *Jenseits des Funktionalismus, Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Decker/Müller, Heidelberg.

HASEMER, Winfried (2) (1989), "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico" (traducido por Patricia S. ZIFFER), en *Doctrina Penal*, núms. 46-47.

HEFENDEHL, Roland (ED. alemana); ALCÁCER GUIRAO, Rafael/MARTÍN LORENZO, María/ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (ED. española) (2007): *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio Luis (2003), "Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26.

HONIG, Richard (1919), *Die Einwilligung des Verletzten. Teil I: Die Geschichte des Einwilligungsproblems um die Methodenfragen*, J. Bensheimer, Mannheim/Berlin/Leipzig.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (1991), *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona.

HUSAK, Douglas (2013), *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal* (traducido por Rocío LORCA FERRECCIO), Marcial Pons, Madrid.

JAKOBS, Günther (1996), *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, Madrid.

JAKOBS, Günther (1997), *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (traducido de la 2ª edición alemana por Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), Marcial Pons, Madrid.

JAKOBS, Günther (2012), *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, Ferdinand Schöningh, Paderborn.

KARGL, Walter (2000), "Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena", en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ED.)/ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (ED. española): *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada.

KAUFMANN, Arthur (1974), "Subsidiaritätprinzip und Strafrecht", en ROXIN, C./BRUNS, H.J./JÄGER, H. (COORDS.): *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin.

LAMARCA PÉREZ, Carmen (2011), *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales*, Colex, Madrid.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (1998), "La proporcionalidad de la norma penal", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5.

LISZT, Franz von (1888), "Der Begriff des Rechtsguts im Strafrecht und in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 8.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (1996), *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Universitas, Madrid.

MAIWALD, Manfred (1972), "Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts", en SCHROEDER, F.C./ ZIPF, H. (COORDS.): *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, CF Müller, Karlsruhe.

MANTOVANI, Ferrando (2001), *Diritto penale. Parte generale*, 4ª ed., Cedam, Padova.

MARINUCCI, Giorgio (1994), "Costituzione e politica dei beni giuridici", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*.

MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio (1991), "Principios penales en el Estado social y democrático de Derecho", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 1.

MEZGER, Edmund (1942), *Criminología* (traducido por José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ), Revista de Derecho Privado, Madrid.

MEZGER, Edmund (1955), *Tratado de Derecho penal. Tomo I* (traducido por José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ), Revista de Derecho Privado, Madrid.

MILL, John Stuart (1859), *On liberty*, The Walter Scott Publishing, London, disponible en <http://www.gutenberg.org/ebooks/34901>.

MIR PUIG, Santiago (1989/90), "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*", *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XIV.

MIR PUIG, Santiago (2002), *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., Bdef, Montevideo/Buenos Aires.

MIR PUIG, Santiago (2004), *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Reppertor, Barcelona.

MIR PUIG, Santiago (2011), *Bases constitucionales del Derecho Penal*, Iustel, Madrid.

MIRÓ LLINARES, Fernando (2009), *Proyecto docente e investigador*, Elche.

MIRÓ LLINARES, Fernando (2015), "La criminalización de conductas 'ofensivas'. A propósito del debate anglosajón sobre los 'límites morales' del Derecho penal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17.

MIRÓ LLINARES, Fernando/GARCÍA MORENO, Elena (2008), "Artículo 384", en COBO DEL ROSAL, M. (DIR.): *Comentarios al Código penal*, t. XI, CESEJ, Madrid.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo (1990), *Metodología y Ciencia penal*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo (2002), "Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 4.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo (2005), *Derecho penal. Parte general. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal. La Ley penal*, 1ª ed., Dykinson, Madrid.

MUÑOZ CONDE, Francisco (1975), *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Barcelona.

MUÑOZ CONDE, Francisco (1991), "Prólogo", en HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona.

MUÑOZ CONDE, Francisco (2001), "Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal", en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (COORDS.): *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Elcano.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes (2004), *Derecho penal. Parte General*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

NIETO MARTÍN, Adán/MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta/BECERRA MUÑOZ, José (DIRS.) (2016), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid.

NOLL, Peter (1980), "Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 91.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio (1981), *Sobre el concepto de Derecho penal*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (2007), *La excusa del positivismo. La presunta superación del "positivismo" y el "formalismo" por la dogmática penal contemporánea*, Thomson-Civitas, Madrid.

ORTS BERENGUER, Enrique/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (2017), *Compendio de Derecho penal. Parte General*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

PALIERO, Carlo Enrico (2010), "La 'doble función' del bien jurídico en el ordenamiento constitucional italiano", en MIR PUIG, S./QUERALT JIMÉNEZ, J.J. (DIRS.); FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. (COORD.): *Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (2013), *La justificación de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto/ORTEGA BENITO, Victoria Luisa (1990), "El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas", *Poder Judicial*, núm. 17.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos (2006), "En el punto de mira. La crítica a la teoría de los bienes jurídicos", *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4.

PERIS RIERA, Jaime Miguel/CUESTA PASTOR, Pablo José (2000), "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, de 20 de julio (proporcionalidad de los sacrificios en la aplicación de las penas)", *Diario jurídico La Ley*, núm. 4970.

POLAINO NAVARRETE, Miguel (1974), *El bien jurídico en el Derecho penal*, Universidad de Sevilla, Sevilla.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (2003), "La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico: la tensión entre el iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del Derecho: especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos", en GURDIEL SIERRA, M./OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./CORTÉS

BECHIARELLI, E. (COORDS.): *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia.

PRADO, Luiz Regis (2015), *Bem jurídico-penal e Constituição*, 7ª ed., Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, São Paulo.

PRIETO DEL PINO, Ana María (2016), “Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad”, en NIETO MARTÍN, Adán/MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta/BECERRA MUÑOZ, José (DIRS.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid.

PRITTWITZ, Cornelius (2000), “El Derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal” (traducido por María Teresa CASTIÑEIRA PALOU), en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ED.)/ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (ED. española): *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada.

PULITANÓ, Domenico (1985), “Politica criminale”, en MARINUCCI, G./DOLCINI, E. (EDS.): *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/GONZÁLEZ BONDIA, Alfonso/FALLADA GARCÍA-VALLE, Juan Ramón (2015), “La construcción del bien jurídico protegido a partir de la Constitución”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (DIR.); JARIA I MANZANO, Jordi (COORD.), *Derecho Penal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia.

RANDO CASERMEIRO, Pablo (2010), *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia.

RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel (2016), *La evaluación de las normas penales*, Dykinson, Madrid.

RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel (2017), “Los tópicos del Derecho penal de la postmodernidad y alcance del rol crítico de la doctrina especializada”, en *Argumenta Journal Law*, núm. 26.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (1978), *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid.

ROMEO MALANDA, Sergio (2006), *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho penal*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano/Comares, Bilbao/Granada.

ROXIN, Claus (2000), “Problemas básicos del sistema de Derecho penal”, en DEL MISMO: *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el proceso penal* (traducido por María del Carmen GÓMEZ RIVERO y María del Carmen GARCÍA CANTIZANO), Tirant lo Blanch, Valencia.

ROXIN, Claus (2001), *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (traducido y anotado de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y Javier DE VICENTE REMESAL), Civitas, Madrid.

ROXIN, Claus (2005), "Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?", en HEFENDEHL, R. (COORD.): *Empirische Erkenntnisse, dogmatische Fundamente und kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, Carl Heymanns, Köln.

RUDOLPHI, Hans Joachim (1975), "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico" (traducido por Enrique BACIGALUPO ZAPATER), en *Nuevo Pensamiento Penal*.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (2012), *Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios*, Marcial Pons, Madrid.

SANTANA VEGA, Dulce María (2001), "Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente", en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (COORDS.): *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Elcano.

SCHAFFSTEIN, Friedrich (1934), *Politische Strafrechtswissenschaft*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg.

SCHÜNEMANN, Bernd (2001), "La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal" (traducido por Mariana SACHER), en CEREZO MIR, J. (COORD.): *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid.

SCHWINGE, Erich (1930), *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur Strafrechtlichen Methodenlehre*, L. Rohrscheid, Bonn.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1992), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2006), "El principio de proporcionalidad penal", ponencia presentada en el *I Seminario sobre Teoría jurídica del delito*, Universidad Miguel Hernández de Elche, Elche.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2009), "El populismo punitivo", *Escritura Pública*, núm. 55.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2012), "Prólogo a la edición española", en VON HIRSCH, A./SEELMANN, K./WOHLERS, W. (ED. alemana); ROBLES PLANAS, R. (ED. española): *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona.

SINA, Peter (1962), *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*, Helbing & Lichtenhahn, Basel.

SOTO NAVARRO, Susana (2003), *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (1996), *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (2005), "Constitución, sistema democrático y concepciones del bien jurídico protegido", *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 26.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (2011), *Fundamentos del sistema penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

VON HIRSCH, Andrew (1998), *Censurar y castigar* (traducido por Elena LARRAURI PIJOAN), Trotta, Madrid.

VON HIRSCH, Andrew (2007), "El concepto de bien jurídico y el *principio del daño*" (traducido por Rafael ALCÁ CER GUIRAO), en HEFENDEHL, R. (ED. alemana); ALCÁ CER GUIRAO, R./MARTÍN LORENZO, M./ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. (ED. española): *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona.

VON HIRSCH, Andrew/SEELMANN, Kurt/WOHLERS, Wolfgang (2012), "Introducción. ¿Qué son los *mediating principles*?", en VON HIRSCH, A./SEELMANN, K./WOHLERS, W. (ED. alemana); ROBLES PLANAS, R. (ED. española): *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona.

WELZEL, Hans (1976), *Derecho penal alemán* (traducido por Juan BUSTOS RAMÍREZ y Sergio YÁÑEZ PÉREZ), 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

WINTGENS, Luc J. (2003), "Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación" (traducido por Félix MORALES LUNA), *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003.

WOLF, Erik (1928), *Strafrechtliche Schuldlehre. Teil I: Die gegenwärtige Lage, die theoretischen Voraussetzungen und die methodische Struktur der strafrechtlichen Schuldlehre*, J. Bensheimer, Mannheim/Berlin/Leipzig.