



Revista

Realia

MÉXICO

Número 1 • Mayo 2011



El bien jurídico como principio irrenunciable en el derecho penal del siglo XXI

Gilberto Martiñón Cano

*Doctor en derecho por la Universidad de Granada.
Maestro en ciencias jurídico penales
por la Universidad de Guanajuato-México.
Maestro en impartición de justicia penal por la
Universidad Iberoamericana y el Consejo del Poder
Judicial del estado de Guanajuato-México.
Juez penal de partido en Guanajuato-México.*

Revista Penal México, núm. 1, enero-junio de 2011

RESUMEN: *En el pasado, con inspiración musicada en la ilustración, se forjaron los principios de derecho penal clásico, entre ellos el de mínima intervención. No obstante, en la actualidad, época de las “sociedades postindustriales de riesgo”, existe un expansionismo del derecho penal caracterizado por la proliferación de delitos de bien jurídico colectivo y de peligro abstracto, por lo que se habla de una crisis de legitimidad del derecho penal.*

Por esa situación se enfrentan dos posturas: El mínimo intervencionismo versus el expansionismo del derecho penal y, a fin de encontrar la más adecuada solución, debe analizarse lo existente en la actualidad, no el pasado, evitar el derecho penal simbólico, traducir los conceptos sociológicos de riesgo a términos jurídico penales y conciliar el nuevo derecho penal con otras materias jurídicas, en cuya fusión, aparecerán nuevas ramas de conocimiento.

La nueva rama del derecho penal, consecuencia de la “creación de riesgos no tolerados” tiene que redefinir los principios de viejo cuño, resultando previsible que no subsista el de mínima intervención. Pero un principio, en ningún caso renunciable, es el de ofensividad o bien jurídico.

PALABRAS CLAVE: *Derecho penal clásico, Derecho penal extendido, Principio de intervención mínima, Delitos de peligro abstracto, Bien jurídico.*

Sumario: I. El problema: Crisis de legitimación del derecho penal. II. El principio de intervención mínima del derecho penal clásico. III. El derecho penal extendido. IV. Los parámetros para encontrar la solución a la crisis de legitimación de derecho penal. 1. El análisis debe ser del presente, no del pasado. 2. Rechazar el derecho penal simbólico. 3. Elaborar un concepto jurídico penal de riesgo. 4. Conciliar el derecho penal con otras materias jurídicas. V. La nueva rama de derecho penal. VI. La legitimidad del derecho penal. VII. El bien jurídico como elemento legitimador del derecho penal.

I. El problema: Crisis de legitimación del derecho penal

El derecho penal del presente se sustenta en principios mayoritariamente forjados en el pasado, después de la Ilustración pero inspirados en ella, entre otros, el de intervención mínima¹ que se erige como piedra angular del discurso garantista.

Dicho principio identifica dos mecanismos de control social: el informal que pertenece a la sociedad y el formal del Estado, los que se encuentran sincronizados de forma tal que cuando el primero falla entra el segundo en búsqueda de restablecer los valores básicos de la convivencia; por lo que, en un conflicto social, el derecho penal es, debe ser, el último recurso en aplicarse.

Sin embargo, la sociedad no es como era, ha cambiado, por lo que el argumento que sirvió en el pasado no soluciona satisfactoriamente los problemas del siglo XXI. Hoy por hoy, como explica la tesis de las “sociedades contemporáneas de riesgo”, no hay un exiguo intervencionismo penal; por el contrario, una mayúscula proliferación de delitos.²

En el discurso tradicional se afirma que el derecho penal es legítimo cuando el Estado interviene aplicando, lo menos posible, el *ius puniendi* y lo hace hasta después de que otras ramas del derecho han fracasado en su intento por controlar las conductas antisociales. Sin embargo, en la praxis contemporánea, en muchas ocasiones, el derecho penal se aplica como primer recurso y a veces como el único. Por lo que el derecho penal clásico se haya en crisis,³ ya que se combinan sus fines originales con otros que le son ajenos y característicos de otras especialidades jurídicas, fundamentalmente las del derecho administrativo; por lo

que se habla del fenómeno de “la administrativización del derecho penal”.

Ahí el dilema, ahí se sitúa en el cuadrilátero de la polémica: el principio de intervención mínima *versus* la “administrativización del derecho penal”.

II. El principio de intervención mínima del derecho penal clásico

El principio de intervención mínima esgrime como arma fundamental su carácter garantista y ataca la tesis del expansionismo sosteniendo que el derecho penal no debe desgastarse en gestiones ordinarias de problemas sociales⁴ y, si lo hace, se torna disfuncional además de que se desnaturaliza.

Disfuncional porque se crean, con desmesura, figuras penales que abarcan el ámbito del derecho administrativo con construcciones dogmáticas carentes de un preciso bien jurídico a más de que limitan garantías y pululan los tipos penales de peligro abstracto.⁵

Desnaturalización ya que el derecho penal, concebido como una rama del derecho público, al “administrativizarse” se privatiza dejando de ser de interés predominantemente estatal como ejemplifica el caso de la “mediación en materia penal”, donde son las partes quienes aportan la solución a una *litis* criminal y no lo resuelve el Estado por medio de un juez.

Producto de ello, los seguidores de esta postura exponen como solución: la renuncia a la búsqueda de nuevos caminos y la erradicación de las figuras penales de riesgo, como las que contengan un bien jurídico difuso.⁶

En esta idea la “escuela de Frankfurt”⁷ explica la expansión del derecho penal como una consecuencia de “la funcionalización social del derecho”, que pro-

¹ Vid. Berdugo Gómez de la Torre, I. y otros, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 2a. ed., Editorial Praxis, Barcelona, España, 1999, p. 55.

² Vid. Feejio Sánchez, B., “Sobre la administrativización del derecho penal en la sociedad del riesgo. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”, en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, Editorial Colex, 2006, pp. 137 y ss. Del Rosal Blasco, B., “¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* [<http://criminet.ugr.es/recpc>], 11 de julio del 2009, p. 3. Herzog, F., “Límites del derecho penal para controlar los riesgos. Una perspectiva crítica ante el derecho penal de peligro”, en *Nuevo foro penal*, núm. 53, 1991, p. 303.

³ Según Ferrajoli el trance del derecho penal se ubica en tres ejes: la crisis de la legalidad; la crisis de la inadecuación estructural del Estado de Derecho a las funciones de *welfare state* y la crisis de Estado nacional. Ferrajoli, L., *La ley del más débil*, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Editorial Trotta, Madrid, España, 1999, pp. 15 y ss.

⁴ Vid. Feejio Sánchez, B., “Sobre la administrativización...”, *op. cit.*, p. 138.

⁵ Vid. Maqueda Abreu, Ma. L., “La idea de peligro en el moderno derecho penal. Algunas reflexiones a propósito del proyecto de código penal de 1992”, en *Actualidad penal*, núm. 26, 1994, p. 481.

⁶ Vid. Caro Coria, D.C., “Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos”, *Memorias del II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Lima, Perú, 1997, *passim*.

⁷ No se interioriza al debate si realmente se trata de una escuela jurídica o de un grupo de autores con una idea común pero mayores diferencias amalgamando abolicionistas y minimalistas. Vid. Feejio Sánchez, B., “Sobre la administrativización...”, *op. cit.*, pp. 137 y ss.

voca que la rama jurídico penal se adecue al nuevo modelo social de “las sociedades de riesgo” edificando nuevos paradigmas, unos que conciben la protección de bienes jurídicos colectivos y otros elaborando tipos penales de peligro abstracto, ambos “malignos”. Por lo que propone el rechazo de toda sistemática que desatienda los principios del derecho penal de corte liberal fraguados en la Ilustración: las garantías del acusado, la protección de bienes jurídicos personales y el reconocimiento del principio de *ultima ratio*⁸ y así repudia:

1. La expansión del derecho penal que crea figuras de peligro abstracto con un bien jurídico vago.

2. Al direccionismo del derecho penal que pretende prevenir el delito controlando la conducta de los gobernados, más que castigarlos cuando lo cometan.⁹

3. El uso del derecho penal como un instrumento de política de seguridad pública, que busca la reducción de riesgos, incrementando las medidas de seguridad.

4. La utilización de un derecho penal simbólico o virtual.¹⁰

5. El destierro de las garantías político criminales y procesales.

III. El derecho penal extendido

En cambio, los que avalan la expansión del derecho penal acusan al sistema clásico de obsoleto, anacrónico e incapaz de explicar y atacar los nuevos fenómenos delictivos basando su proclama proexpansión de figuras penales, básicamente en dos puntos:¹¹

1. La necesidad de crear nuevas figuras penales, fundamentalmente de peligro abstracto y de protección a funciones estatales en la zona que, en antaño, eran competencia exclusiva del derecho administrativo.

2. La pena, en su conservadora concepción, es ineficiente ya que se llega a aplicar donde no hace falta y no se emplea donde sí hace falta,¹² como en los casos de macrorriesgo social.

IV. Los parámetros para encontrar la solución a la crisis de legitimación del derecho penal

1. El análisis debe ser del presente, no del pasado

Para solucionar la crisis de legitimidad del derecho penal un lógico presupuesto, umbral de la solución, es considerar que del hecho nace el derecho y no al contrario.

El hecho, guste o no, es que las sociedades contemporáneas se caracterizan por “el riesgo” irradiante de actividades ilegales o legales que antes no acontecían. Entonces, si el derecho penal pretende solventar los problemas vigentes,¹³ vigente debe ser el estudio que anhele una solución.

En el entendido que el examen no arranca de cero, sino de ponderar y replantear los apotegmas¹⁴ elaborados en y para el pretérito,¹⁵ rediseñando su aplicabilidad o descartándolos. Lo que sólo es posible si se considera cada caso en concreto sin que, *a priori*, se descarten todos o se acepten todos.

2. Rechazar el derecho penal simbólico

La respuesta a la nueva criminalidad no se localiza en el camino fácil, emotivo y acientífico, por lo que sin más se descalifica el “derecho penal simbólico” usado por “sofistas del presente” que personifican, con pedantería calculada, un falso discurso político aseverando ser portadores de los reclamos sociales y, muchas veces, han tenido éxito engendrando delitos o sanciones draconianas que por su inutilidad desacreditan el derecho penal.¹⁶

⁸ Vid. Feejio Sánchez, B., “Sobre la administrativización...”, *op. cit.*, p. 147.

⁹ “Se criminalizan comportamientos no porque sean socialmente inadecuados, sino para que pasen a serlo [...] se pone el acento en la prevención de futuras perturbaciones de gran magnitud [...]”. Feejio Sánchez, B., “Sobre la administrativización...”, *op. cit.*, p. 147.

¹⁰ Vid. Feejio Sánchez, B., “Sobre la administrativización...”, *op. cit.*, p. 149.

¹¹ Vid. Feejio Sánchez, B., “Sobre la administrativización...”, *op. cit.*, p. 139.

¹² “Una política criminal inadecuada produce cada vez un mayor distanciamiento entre lo abstractamente punible y lo efectivamente penado”. Feejio Sánchez, B., “Sobre la administrativización...”, *op. cit.*, p. 140.

¹³ Beck, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, España, 1998, *passim*, p. 13.

¹⁴ Vid. Ferrajoli, L., *La ley del...*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁵ Con el precedente argumento se descarta el discurso de resistencia de la escuela de Frankfurt que discurre el “discurso del abuelo” al sostener que era mejor lo anterior, lo de corte liberal, que lo actual, “la sociedad contemporánea del riesgo”.

¹⁶ Vid. Rodríguez Mesa, Ma. J., “Las razones del derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. <http://ariminet.org.es/recpe>, p. 6.

El derecho penal tiene y debe tener un efecto disuasivo, pero nunca debe ser placebo construyendo una falsa ilusión de seguridad, ya que de hacerlo gasta o mejor dicho desgasta su real efecto intimidatorio, deslegitimando al derecho penal.

3. Elaborar un concepto jurídico penal de riesgo

El concepto de un derecho penal referido a las sociedades de riesgo es una terminología ambigua sin un certero contenido dogmático penal.¹⁷

Explica Beck, como origen del riesgo, que la sociedad moderna avanza buscando la riqueza, convirtiendo el progreso en su religión; por cuyo fin se realizan actividades técnicas y científicas que propalan riesgos derivados de los conflictos que surgen de la producción y reparto de la fortuna; entre otros desempleo, salarios mínimos precarios, la disminución de la protección social, contaminación ambiental, etcétera. De tal suerte, define el riesgo, como: “[...] Inseguridades determinables y calculables que la misma modernidad industrial produce como consecuencia secundaria, advertidas o no, subyacentes a determinadas ventajas y ante las que reacciona —o precisamente no reacciona— con regulaciones sociales [...]”.¹⁸

Concepto sociológico que debe traducirse, adaptarse y ubicarse en el derecho penal como un término dogmático y, con ello como después de ello, confeccionar adagios que trasformen el derecho penal de obsoleto en actual.¹⁹

Algo ya se ha hecho en dos temas: en la comisión de los delitos del tradicional derecho penal como consecuencia de un riesgo, como en la perpetración de conductas no previstas en el derecho penal conservador que son resultado de la puesta en marcha de un riesgo.

Para los casos de la comisión de conductas ya previstas en el derecho penal clásico a consecuencia de un riesgo²⁰ emergen, con convincentes argumentos, la tesis de la imputación a la conducta de Jakobs que se complementa con la teoría de imputación del resultado de Roxin, cuyas diferencias y semejanzas no es dable aquí examinar,²¹ sino sólo mencionar como modelos de “conceptualización penal” de nociones sociológicas.

Por otro lado, en los casos de creación de nuevos delitos, se han elaborado tipos de peligro abstracto que incitan a una nutrida discusión científica. Algunos afirman que son contrarios al principio de ofensividad ya que la figura se tiene por actualizada sin que exista una constatable perturbación a un bien jurídico. Lo que no se comparte ya que una cosa es la efectiva o potencial lesión al bien jurídico y otra muy distinta que no exista.²²

Con base en éstas y otras diversas razones, otro sector de la doctrina científica, acorde con el principio de presunción de inocencia, sostiene que los delitos de peligro abstracto son realmente “tipos de imprudencia sin resultado” o “tentativas imprudentes” a razón de que deben ser interpretados sistemáticamente con el principio de culpabilidad; a cuya consecuencia no existe una presunción *iuris et de iure*, sino *iuris tantum* de puesta en riesgo del bien jurídico. Es decir cuando el activo actualiza el verbo típico se conjetura, salvo prueba en contrario, de que se puso en peligro el bien jurídico tutelado.²³

No es momento de analizar el entramado teórico de los referidos delitos, por lo que el precedente párrafo sólo tiene la función de evidenciar que no es válido desechar, estigmatizando su nombre, los delitos de peligro abstracto cuyo desarrollo camina hacia una postura garantista.

¹⁷ Vid. Feejio Sánchez, B., “Sobre la administrativización...”, *op. cit.*, p. 143. En similar sentido Del Rosal Blasco, B., “¿Hacia el derecho...”, *op. cit.*, p. 28.

¹⁸ Beck, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, España, 1998, *passim*.

¹⁹ En ese intento algunos autores conceptualizan la sociedad de riesgo ampliando la original concepción de Beck, tales como Hassemmer, Herzog, Karfagl y Prittwitz. Vid. Feejio Sánchez, B., “Sobre la administrativización...”, *op. cit.*, pp. 140 y ss.

²⁰ “[...] Los límites de lo que está dentro del riesgo permitido se pueden trazar en parte con exactitud: si la ley prohíbe una conducta como abstractamente peligrosa, tal comportamiento entraña en condiciones normales un riesgo no permitido [...]”. Jakobs, G., “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del riesgo permitido, la prohibición de regreso y el principio de confianza”, en *Estudios de derecho penal*, Traducción al castellano y estudio preliminar Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J, Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Editorial Civitas, Madrid, España, 1997, p. 213.

²¹ Vid. Pérez Alonso, Esteban Juan, “Las revoluciones científicas del derecho penal: Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal”, en *Anuario del derecho penal y ciencias penales*, t. L, año MCMXCVII, Ministerio de Justicia, Madrid, España, p. 205.

²² Vid. Zugaldía Espinar, J. M., *Delitos de acción. La culpabilidad (I)*. En *derecho penal parte general*, director José María Zugaldía Espinar y coordinador Esteban Juan Pérez Alonso, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2002, pp. 476 y ss.

²³ Vid. Zugaldía Espinar, J. M., “Delitos de acción. La tipicidad (III)”, en *Derecho penal parte general*, director José María Zugaldía Espinar y coordinador Esteban Juan Pérez Alonso, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2002, p. 482.

4. Conciliar el derecho penal con otras materias jurídicas

No todo lo que provocan las sociedades contemporáneas del riesgo puede, ni debe ser materia de derecho penal²⁴ ya que, el riesgo y su contracara la seguridad, al menos tienen tres dimensiones: la etapa objetiva que trata de la probabilidad estadística de ser víctima de un delito; la subjetiva que es el temor de las personas a ser víctimas de un delito; y la tolerable que se ocupa de los casos en que se aceptan algunos riesgos en aras del progreso.²⁵

Esos dilemas pueden ser atacados con tres estrategias diversas: la estrategia de reducción de riesgo que utiliza programas preventivos orientados a que el comportamiento de las personas disminuya o desaparezcan los peligros; la estrategia de gestión de riesgo que se basa en operaciones gerenciales que escudriñan los factores del riesgo y la forma de prevenirlos; y la estrategia del control del riesgo, donde interviene el derecho penal.²⁶

Dichas diferencias puntualizan que el derecho penal no debe caracterizarse por la soberbia ambición de abarcar todo el fenómeno del riesgo y, donde sí se ocupe, debe coordinarse con otras áreas del derecho ligando conceptos que necesariamente darán lugar al nacimiento de una o más ramas jurídicas.

V. La nueva rama de derecho penal

A la actualidad no le quedan los argumentos del pasado,²⁷ por lo que es necesario calzar las nuevas soluciones con una nueva rama de derecho penal como ya lo propusieron Hassemmer en Alemania, quien formuló el “derecho de intervención” y, lo propio hizo en España, Silva Sánchez al formular el “derecho penal de segunda velocidad para los delitos ecológicos y de riesgo”.

En el “derecho penal de intervención” se propone que la nueva área jurídica, que tiene un perfil económico, posea el mismo nivel de garantías que el derecho penal ancestral. Y, de forma similar, el derecho penal de segunda velocidad busca imponer, a los nuevos delitos, penas de derecho administrativo sancionador.²⁸

El nombre *ad hoc* de la nueva rama del derecho penal, por ser clarificante del tema, es: “Derecho penal del riesgo” y más trascendente que su nombre es su contenido en el que se visualizan diferencias con el derecho penal clásico, como diferencias en la nueva rama de derecho penal derivado de las variadas formas de criminalidad.

Las hay de repercusiones leves, que pueden ser tratadas con una combinación de derecho administrativo y “algo” de derecho penal, resultando predecible la aplicabilidad de muchas máximas del derecho penal clásico excepto los de *ultima ratio* y de intervención mínima.

De igual manera dentro de la nueva forma de delincuencia constan las graves afectaciones cometidas por la delincuencia organizada de la más variada estirpe y para combatirla, entre otras teorías, con creciente auge se localiza la del “derecho penal del enemigo”.

El “derecho penal del enemigo” en realidad es una arenga cargada más de reflexiones que de emotividad. Su discurso se basa en tratar, sin garantías fundamentales, a los “facinerosos” a quienes considera diferentes de los ciudadanos. Sin embargo, la delincuencia organizada no se ataca con un *tougt of crime* (duro contra el enemigo), sino con un *smart on crime* (inteligente contra al enemigo).²⁹ Para ello, no sirve un argumento de vibrantes palabras, sino razones científicas que proporcionen correctas estrategias antidelito.

La creación de una nueva rama dentro del derecho penal, como toda novedad, tiene y tendrá detractores,³⁰ entre ellos quienes recurren al argumento de

²⁴ “[...] Exige articular un sistema de protección que no puede ser sólo jurídico-penal, pero también ha de ser jurídico-penal.” Terradillos Basoco, J.M., “El derecho penal de la globalización: Luces y sombras”, en *Trasformaciones del derecho en la mundialización. Estudios de derecho judicial*, núm. 16, Escuela Judicial, Consejo del Poder Judicial, Madrid, España, 1999, p. 216.

²⁵ Vid. Del Rosal Blasco, B., “¿Hacia el derecho...”, *op. cit.*, p. 21.

²⁶ Vid. Del Rosal Blasco, B., “¿Hacia el derecho...”, *op. cit.*, p. 31.

²⁷ “[...] Es nuestra responsabilidad ofrecer un modelo alternativo que, sin renunciar a determinados principios básicos, resulte, sin embargo aceptable o acogible por los encargados de diseñar la política criminal oficial e impulsar la elaboración y aprobación de las leyes penales.” Del Rosal Blasco, B., “¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. <http://criminet.ugr.es/recpc>. 11 de julio del 2009, p. 5.

²⁸ Vid. Rodríguez Mesa, Ma. J., “Las razones del derecho...”, *op. cit.*, p. 4.

²⁹ Vid. Del Rosal Blasco, B.: ¿Hacia el derecho...”, *op. cit.*, p. 10.

³⁰ No sobra recordar que toda novedad, por sistema, siempre es atacada. Así lo hizo Savigni con el proyecto de codificación, como también lo hizo Bentham con la declaración francesa de los derechos humanos de 1778. Vid Ferrajoli, L., *La ley del...*, *op. cit.*, p. 18.

que el derecho penal debe ser un todo absoluto, sin excepciones.³¹ Empero no pueda existir homogeneidad en la heterogeneidad por lo que dicha afirmación es ayuna de razón.

VI. La legitimidad del derecho penal

Acorde con la Real Academia de la Lengua, la palabra legítimo, en su tercera acepción, significa lo cierto, genuino y verdadero en cualquier línea.³² De tal suerte, para que el derecho penal sea legítimo implica que sea intrínsecamente válido,³³ y para así calificarlo las normas deben satisfacer los fines del derecho penal.

Por consiguiente el *quid* es determinar los fines del derecho penal y para lo cual se han elaborado, entre otras, la tesis del modelo tecnocrático y la teoría garantista; sin olvidar las posturas abolicionistas, pero éstas sólo cambian el nombre de derecho penal por otro, sin solventar algún problema, por lo que huelga otro comentario al respecto.

Para el modelo tecnocrático, que apoya las tesis sistémicas, el fin del derecho penal es garantizar la confianza institucional mediante el restablecimiento de la vigencia de la norma infringida.³⁴ Lo que no se comparte, sustancialmente, porque es avalorativo³⁵ y por ende de aceptarlo al mismo tiempo podría legitimar la delincuencia organizada como al derecho penal.

Si bien, el derecho penal es reflejo del modelo de control social, es un subsistema en el que la norma, el proceso y la pena siguen el camino del orden imperante, pero no significa que la función del derecho penal sea mantener la funcionalidad del sistema de control social³⁶ como lo pretenden las posturas sistémicas, ya que en muchas ocasiones los mecanismos de control social sólo posibilitan la mejora de vida a unos, pero no a todos.³⁷ De ahí que pueda ser atacada de ilegítima una norma penal de derecho positivo.³⁸

Mientras la propuesta garantista precisa que el fin del derecho penal es “[...] la minimización de la violencia en la sociedad, previendo mediante su parte prohibitiva la razón de la fuerza manifestada en los delitos y mediante la parte punitiva la razón de la fuerza manifestada en las venganzas o en otras posibles reacciones informales [...]”³⁹

Dilucidar el fin del derecho penal sobrepasa con mucho las posibilidades de este escrito, pero aun así se debe asumir una postura que lo ubique, ya que sólo así se tendrá la posibilidad de establecer la legitimidad del derecho penal y, para ello, es conveniente alejarse de las posturas antes señaladas, ya que en puridad no indican cuál es el fin del derecho penal, sino su discurso se centra y concentra en cómo alcanzarlo.

Así pues, el fin del derecho penal no puede ser distinto al del general del derecho: no puede ser de otra manera. Y el fin general, generalísimo, del derecho, en lo que existe opinión mayoritaria, es que tiene el “telos” de viabilizar la vida gregaria del hombre. Conclusión que es punto de partida para valorar la legitimidad del derecho penal.

Cierto, pues con relativo grado de certeza puede sostenerse que el derecho penal estará legitimado si apoya, desde su materia, la posibilitación de la vida gregaria. Por consiguiente una norma penal tendrá razón válida de existir si, con garantías, reprime un efectivo daño social.

En este hilo de explicación no todos los principios del *ancien regimén* legitiman el nuevo derecho; por el contrario lo deslegitiman con insolente frialdad esta, ya que más que soluciones buscan silogismos perfectos en una intoxicación por sedimentos históricos provenientes de un derecho penal arcaico y uno de los adagios que previsiblemente cambiarán es el de mínima intervención en los delitos de riesgo de nimia monta en los que debe existir un amplio espectro normativo.

³¹ En este sentido Rodríguez Mesa, Ma. J., “Las razones del...”, *passim*.

³² *Cfr.* Real Academia de la Lengua, *Diccionario de la lengua española*, Vigésima segunda edición, tomo h/z, Madrid, España, 2001, p. 1360.

³³ *Vid.* Luhmann, N., *Teoría de los sistemas sociales*, Universidad Iberoamericana, México, 1998, p. 155.

³⁴ *Vid.* Luhmann, N., *Teoría de los sistemas sociales II* (artículos), 1a. ed., Universidad Iberoamericana, Colección teoría social, 1999, México, pp.137 y ss.

³⁵ *Vid.* Portilla Contreras, G., “Introducción y teoría de la ley penal”, en *Manual de derecho penal parte general*, dirigido por José M. Zugaldia Espinar, Tiran lo Blanch, Valencia, España, 2002, p. 370.

³⁶ Rodríguez Mesa, Ma. J., “Las razones del...”, *op. cit.*, p. 2.

³⁷ *Vid.* Muñoz Conde, F., *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria Jerez, Jerez, España, 1985, *passim*.

³⁸ *Vid.* Rodríguez Mesa, Ma. J., “Las razones del...”, *op. cit.*, p. 2.

³⁹ Rodríguez Mesa, Ma. J., “Las razones del...”, *op. cit.*, p. 13.

No obstante, uno de los axiomas, definitivamente irrenunciable y baluarte de la legitimidad del derecho penal, es el de ofensividad que consiste en la exigencia, de todo delito, de tutelar un bien jurídico individual o colectivo.⁴⁰

VII. El bien jurídico como elemento legitimador del derecho penal

El control social que ocupa al derecho penal debe circunscribirse a ciertos comportamientos no tolerados, cuya primera aproximación sociológica son los “comportamientos desviados” o “aquellos que signifiquen un riesgo no tolerado”.

Pero no todo “comportamiento de riesgo” debe ocupar el derecho penal sino, desde un punto de vista ideal, sólo aquellos que produzcan un “daño social”, lo que se determina con base en un principio que excluye toda consideración de castigar “la personalidad dañina del autor” (derecho penal de autor).⁴¹

Si bien, al criterio de bien jurídico se le ha objetado, entre otras cosas, que los bienes jurídicos no pueden surgir de la ley, a razón de que se daría una *petitio principii*, un círculo vicioso, pues la ley penal debe proteger bienes jurídicos y son bienes jurídicos los que protege la ley, los que deben ser previos a ella y emanar de la realidad social, de las convicciones culturales del conglomerado, lo que es ambiguo mas puede concretizarse y una guía, en el caso, es la que aporta la tesis de las sociedades contemporáneas del riesgo.

Además, no hay una definición unánimemente aceptada del propio concepto del bien jurídico, como

que se debaten sus funciones dentro de la teoría del delito y la necesidad, de dicha institución jurídica, en la dogmática jurídico-penal.

Sin embargo, dígame como se diga, o se use cualquier tipo de palabras, un “comportamiento desviado y dañoso” necesariamente implica lesión o puesta en peligro de determinados valores o intereses individuales o colectivos.⁴² Dicho en otras palabras, los comportamientos dañosos afectan bienes jurídicos, lo que constituye un elemento relativamente objetivo, concreto y materializable.⁴³

Para los efectos que ahora interesan se define al bien jurídico como:

La institución jurídica que considera el interés, personal o colectivo, que es merecedor de protección penal. Mismo que antes de la creación del tipo penal, a través del estudio de lo que sucede en la sociedad, proporciona, teóricamente, la directriz político criminal de aquello que debe ser considerado delito, para legitimar el poder castigador del Estado. Como que, ya creada la figura delictuosa, suministra los elementos para la interpretación teleológica.

Esta definición, como cualquier otra de un tema polémico, no será plenamente satisfactoria aunque, al explicar los fines del bien jurídico, cumple con situar el marco metodológico del presente examen.⁴⁴

No se pasa por alto que la creación de las figuras delictuosas son actualmente una potestad discrecional del legislador y una consecuencia de la democracia, que obliga a soportar la creatividad o ingenio legislativo sin más límite real que el que se encuentra en las fuerzas políticas.⁴⁵

⁴⁰ Vid. Herzog, F., “Límites del derecho...”, *op. cit.*, pp. 307 y ss. En contrario Günther, J., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª. ed. corregida, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons ediciones jurídicas, Madrid, España, 1997, p. 47.

⁴¹ Para determinar la “dañosidad” de un “comportamiento desviado” y por ello su verdadero carácter delictivo, se ha recurrido a diversos y variados criterios, algunos de los más recurridos son: “La ética social”, “la funcionalidad de la conducta” y “el bien jurídico”. De esos tres criterios, el bien jurídico tornasola preferible sobre los otros, substancialmente porque el de la “ética social” y el de la “funcionalidad de la conducta” no hay manera de concretizarlos ya que no determinan clara y precisamente, inicialmente, qué conductas deben ser delitos y cuáles no; como, posteriormente, no jerarquizan la distinta gravedad de los hechos seleccionados como delitos ni dan luz de cómo deben ser interpretados.

⁴² Vid. Polaino Navarrete, M., *Derecho Penal. Parte General, Teoría jurídica del delito*, t. II, vol. I, Bosch, Barcelona, España, 2000, p. 558. Sobre la evolución y concepto del bien jurídico, *vid.* también, Morillas Cueva, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 81 y ss. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo Blanch libros, Valencia, España, 1998, pp. 93 y ss.

⁴³ Vid. Quintero Olivares, G., *Parte General del Derecho Penal*, con la colaboración de Fermín Morales Prats, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 64 y ss.; Mir Puig, S., *Bien jurídico y bien jurídico penal como límite al ius puniendi. Estudios penales y criminológicos*, XIV Universidad de Santiago de Compostela, 1991, pp. 205 y ss.; del mismo autor: *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008.

⁴⁴ Vid. Stratenwerth, G., *Derecho penal. Parte general. El hecho punible*, 4ª. ed. totalmente reelaborada, Traducción de M. Cancio Meliá y M. Sanacineti, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 65.

⁴⁵ Vid. Rodríguez Mesa, Ma. J., “Las razones del derecho...”, *op. cit.*, p. 3.

A pesar de la ilimitada facultad legislativa, no implica que todo lo que hagan esté legitimado, ya que al crear tipos penales sólo lo estarán, si, entre otras cosas, se respetan las reglas que impone el tutelar bienes jurídicos.

En fin, actualmente en el siglo XXI, el bien jurídico en su función prelegal fácticamente proporciona la directriz político criminal de aquello que debe ser considerado delito,⁴⁶ para legitimar el poder castigador del Estado como lo explicara la doctrina científica, aún por escribirse...

Bibliografía

- Beck, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, España, 1998.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. y otros, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 2a. ed., Editorial Praxis, Barcelona, España, 1999.
- Caro Coria, D.C., "Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos", *Memorias del II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Lima, Perú, 1997.
- Del Rosal Blasco, B., "¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. <http://criminet,ugr.es/recpc>, 11 de julio de 2009.
- Feejio Sánchez, B., "Sobre la administrativización del derecho penal en la sociedad del riesgo. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI", en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Editorial Colex, 2006.
- Ferrajoli, L., *La ley del más débil*, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Editorial Trotta, Madrid, España, 1999.
- Herzog, F., "Límites del derecho penal para controlar los riesgos. Una perspectiva crítica ante el derecho penal de peligro", en *Nuevo foro penal*, núm. 53, 1991.
- Luhmann, N., *Teoría de los sistemas sociales*, Universidad Iberoamericana, México, 1998.
- , *Teoría de los sistemas sociales II* (artículos), 1a. ed., Universidad Iberoamericana (Colección teoría social), México, 1999.
- Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo Blanch libros, Valencia, España, 1998.
- Martiñón Cano, G., *El delito de secuestro*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2010.
- Maqueda Abreu, Ma. L., "La idea de peligro en el moderno derecho penal. Algunas reflexiones a propósito del proyecto de código penal de 1992", en *Actualidad penal*, núm. 26, 1994.
- Mir Puig, S., *Bien jurídico y bien jurídico penal como límite al ius puniendi. Estudios penales y criminológicos*, XIV Universidad de Santiago de Compostela, 1991.
- , *Penal. Parte General*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008.
- Muñoz Conde, F., *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria Jerez, Jerez, España, 1985.
- Morillas Cueva, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*, Dykinson, Madrid, 2004.
- Real Academia de la Lengua, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima segunda edición, tomo h/z, Madrid, España, 2001.
- Rodríguez Mesa, Ma. J., "Las razones del derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, <http://criminet.ugr.es/recpc>, 9 de octubre de 2007.
- Roxin, C., *Derecho penal. Parte general*. t. I, *Fundamento. La estructura de la teoría del delito*, Traducción y notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, España, 1997.
- Pérez Alonso, E.J., "Las revoluciones científicas del derecho penal: Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal", en *Anuario del derecho penal y ciencias penales*, t. L, Año MCMXCVII, Ministerio de Justicia, Madrid, España.
- Polaino Navarrete, M., *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, t. II. vol. I, Bosch, Barcelona, España, 2000, p. 558. Sobre la evolución y concepto del bien jurídico.

⁴⁶ Vid. Roxin, C., *Derecho penal. Parte general. Fundamento. La estructura de la teoría del delito*, t. I, Traducción y notas, Diego – Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, España, 1997, pp. 55 y ss. En este mismo sentido Martíñón Cano, G., *El delito de secuestro*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2010, pp. 48 y 49.

- Portilla Contreras, G., “Introducción y teoría de la ley penal”, en *Manual de derecho penal parte general*, dirigido por José M. Zugaldia Espinar, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2002.
- Stratenwerth, G., *Derecho penal. Parte general. El hecho punible*, 4ª ed., totalmente reelaborada, Traducción de M. Cancio Meliá y M. Sanacinetti, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2000.
- Jakobs, G., “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del riesgo permitido, la prohibición de regreso y el principio de confianza”, en *Estudios de derecho penal*, traducción al castellano y estudio preliminar Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suarez González y Manuel Cancio Meliá, Editorial Civitas, Madrid, España, 1997.
- , *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. corregida, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons ediciones jurídicas, Madrid, España, 1997.
- Terradillos Basoco, J.M., “El derecho penal de la globalización: Luces y sombras”, en *Trasformaciones del derecho en la mundialización. Estudios de derecho judicial*, núm. 16, Escuela Judicial, Consejo del Poder Judicial, Madrid, España, 1999.
- Quintero Olivares, G., *Parte General del Derecho Penal*, con la colaboración de Fermín Morales Prats, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.
- Zugaldia Espinar, J.M., “Delitos de acción. La culpabilidad (I)”, en *Derecho penal parte general*, director José María Zugaldia Espinar y coordinador Esteban Juan Pérez Alonso, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2002.



Instituto Nacional de Ciencias Penales
Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal
Editorial Ubijus